

Berufsgenossenschaften und Wettbewerb

Mit Beiträgen von

Lüder Gerken / Guido Raddatz, Richard Giesen
und Volker Rieble / Dominik Jochums

Kleine Handbibliothek • Band 35

Berufsgenossenschaften und Wettbewerb

Mit Beiträgen von

Lüder Gerken / Guido Raddatz, Richard Giesen
und Volker Rieble / Dominik Jochums

Diese Veröffentlichung geht zurück auf die gleichnamige gemeinsame Veranstaltung der Stiftung Marktwirtschaft und der Wirtschaftspolitischen Gesellschaft von 1947 e.V. (WIPOG, Hindenburgring 44, 61348 Bad Homburg) am 17. September 2003 in Frankfurt am Main.

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Oktober 2003

Stiftung Marktwirtschaft
Charlottenstraße 60
10117 Berlin

E-Mail: info@stiftung-marktwirtschaft.de
Internet: www.stiftung-marktwirtschaft.de

ISBN 3-89015-094-2

Inhalt

<i>Lüder Gerken / Guido Raddatz</i> Gesetzliche Unfallversicherung: Markt statt Monopol	9
<i>Volker Rieble / Dominik Jochums</i> Wettbewerbswidrigkeit berufsgenossenschaftlicher Monopole	29
<i>Richard Giesen</i> Wettbewerb und Berufsgenossenschaften	57
Die Autoren	127

Gesetzliche Unfallversicherung: Markt statt Monopol

Lüder Gerken / Guido Raddatz

1 Einführung

Die gesetzliche Unfallversicherung hat in Deutschland eine lange Tradition. Sie wurde bereits 1884, im wesentlichen auf Betreiben Bismarcks, eingeführt – nur ein Jahr später als die gesetzliche Krankenversicherung. Ihre damals festgelegten staatlich-monopolistischen Grundstrukturen sind bis heute weitgehend unverändert geblieben. Allerdings wurde ihr Leistungsumfang in den vergangenen 120 Jahren deutlich ausgedehnt.

Stand ursprünglich nur die soziale Absicherung der Beschäftigten bei betrieblichen Arbeitsunfällen sowie die privatrechtliche Haftungsfreistellung der betroffenen Unternehmen im Vordergrund,¹ so wurde der

1 Vgl. den Beitrag „Wettbewerbswidrigkeit berufsgenossenschaftlicher Monopole“ von Volker Rieble und Dominik Jochims in diesem Band. Vgl. ausführlicher Gitter, Wolfgang, (1998), Die gesetzliche Unfallversicherung nach der Einordnung ins Sozialgesetzbuch – ein Versicherungszweig ohne Reformbedarf?, in: Betriebsberater, Beilage 6 zu Heft 22, S. 1–19 und ders. (1993), Grundlagen der gesetzlichen Unfallversicherung im Wandel der Zeit, in: Die Sozialgerichtsbarkeit, 40. Jahrgang, Heft 7, S. 297–303.

Versicherungsschutz in der Folgezeit sukzessive in zwei Richtungen ausgeweitet.

Zum einen wurden Wegeunfälle zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sowie Berufskrankheiten in den Versicherungsschutz aufgenommen.² Dabei handelt es sich um Teilbereiche, die in keinem oder häufig nur sehr schwer feststellbarem Zusammenhang mit betrieblichen Gegebenheiten stehen.

Zum anderen wurde der Versicherungsschutz im Rahmen der sogenannten „unechten Unfallversicherung“ auf eine Vielzahl weiterer Personengruppen ausgeweitet, z.B. Kinder in Tagesstätten, Schüler und Studenten sowie Personen, die im Interesse der Allgemeinheit tätig sind wie z.B. Elternbeiräte oder Blutspender.³

2 Im Gegensatz zu Deutschland sind Wegeunfälle in einigen anderen europäischen Ländern nicht oder nur eingeschränkt in den Versicherungsschutz der gesetzlichen Unfallversicherung einbezogen, so z.B. in Dänemark, Großbritannien und Italien, vgl. Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (2003), Sozial-Kompaß Europa: Soziale Sicherheit in Europa im Vergleich, Bonn, S. 86-89; ähnlich auch Gitter (1998), a.a.O., S. 5.

3 Die sogenannte „unechte Unfallversicherung“ schützt Personen, die nicht am Erwerbsleben teilnehmen, bei bestimmten Tätigkeiten. Die Finanzierung erfolgt anders als bei der „echten Unfallversicherung“ nicht über Beiträge, sondern durch Steuern, vgl. ausführlicher Giesen (1995), Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag: Eine Untersuchung am Beispiel der gesetzlichen Unfallversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos, S. 206 ff.

Als weiterer zentraler Aufgabenbereich der Berufsgenossenschaften ist die Prävention zu nennen, ein Bereich, der zwar von Anfang an bestand, aber im Zeitablauf – nicht zuletzt durch die Ausweitung des Versicherungstatbestandes auf Berufskrankheiten – deutlich an Bedeutung gewann. So heißt es u.a. in § 1 des Sozialgesetzbuches VII (SGB VII), das die gesetzliche Unfallversicherung regelt: „Aufgabe der Unfallversicherung ist es, ... mit allen geeigneten Mitteln Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten.“

Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sind die nach Regionen und Gewerbebezweigen gegliederten 35 gewerblichen Berufsgenossenschaften, die 10 landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften sowie die Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand. Letztere sind sowohl für die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes zuständig als auch für die Personen, die durch die „unechte Unfallversicherung“ – in Teilbereichen ihres Lebens – abgesichert werden.⁴

In diesem Beitrag soll jedoch nur die „echte“, d.h. beitragsfinanzierte Unfallversicherung im Zentrum der Betrachtung stehen, so daß im weiteren die Begriffe „gesetzliche Unfallversicherung“ und „Berufsgenossenschaften“ weitgehend synonym verwendet werden.

4 Gemäß Angabe des Bundesverbandes der Unfallkassen sind bei den Unfallversicherungsträgern der öffentlichen Hand insgesamt rund 28 Millionen Menschen versichert, vgl. www.unfallkassen.de/personen.html (abgerufen am 10.10.2003).

2 Finanzierung der Berufsgenossenschaften

Anders als sonst in der Sozialversicherung besteht in der Unfallversicherung keine paritätische Finanzierung. Die versicherten Arbeitnehmer müssen keine Beiträge bezahlen. Statt dessen entrichten ausschließlich die Unternehmen die gesamten Versicherungsprämien. Die versicherten Arbeitnehmer erhalten somit einen umfassenden Versicherungsschutz – individuell betrachtet – de facto umsonst, ohne sich über die tatsächlichen Kosten dieses Schutzes in Form der Versicherungsprämien Gedanken machen zu müssen.

Hinsichtlich der Finanzierungsstruktur wird in der gesetzlichen Unfallversicherung grundsätzlich eine risikobezogene Beitragserhebung angestrebt⁵ – trotz der Anwendung eines Umlageverfahrens zwischen den Betrieben auf Basis der Lohnsumme.⁶ Die Risikoorien-

5 Vgl. zu den Details der Finanzierung der gewerblichen Berufsgenossenschaften Schulz, Udo (1999), The financing of the Berufsgenossenschaften in Germany, Sankt Augustin: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, ders. (1999), Der Gefahrarif der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Sankt Augustin: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften und ders. (1999), Grundfragen des berufsgenossenschaftlichen Beitragsausgleichsverfahrens: Bonus-Malus-Systeme der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Sankt Augustin: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften.

6 Der zu berücksichtigende Jahreslohn eines Arbeitnehmers ist nach § 153 SGB VII nach oben auf die Höhe des „Höchstjahresarbeitsverdienstes“ begrenzt.

tierung ergibt sich zum einen schon aus der nach Branchen unterteilten Zuständigkeit der Berufsgenossenschaften (vgl. Abb.1).

Aus den bei einer Berufsgenossenschaft zwangsversicherten Unternehmen werden zudem unterschiedliche, gewerbebezweigspezifische Gefahrenklassen gebildet (zusammengefaßt im sogenannten Gefahrtarif), die sich im Beitragssatz unterscheiden.⁷ Und schließlich kann es außerdem – in Abhängigkeit von der unternehmensspezifischen Schadensentwicklung – zu Beitragszuschlägen oder Beitragsnachlässen für einzelne Unternehmen kommen.⁸ Für das Jahr 2002 lag der durchschnittliche Beitragssatz der gewerblichen Berufsgenossenschaften – mit erheblichen Abweichungen zwischen Branchen (vgl. Abb. 1), Gewerbebezweigen und einzelnen Unternehmen – bei 1,33 % der Lohnsumme.⁹ Abbildung 2 verdeutlicht seine Entwicklung im Zeitablauf seit dem Jahr 1960.

7 Die Einteilung des Gefahrtarifs nach Gewerbebezweigen wird teilweise um Elemente von Tätigkeitstarifen ergänzt, etwa durch eine eigene Tarifstelle für den kaufmännischen Bereich der Unternehmen, vgl. Schulz, Udo (1999), Der Gefahrtarif der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Sankt Augustin: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, S. 34.

8 Wegeunfälle bleiben dabei zwingend unberücksichtigt.

9 Pressemitteilung des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften vom 9. Juli 2003.

Abb. 1: Durchschnittliche Beitragssätze der gewerblichen Berufsgenossenschaften im Jahr 2001

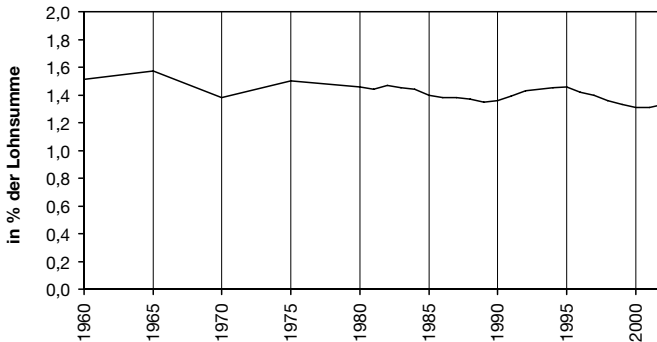
Berufsgenossenschaft	Beitragsbemessungs- grundlage (Lohn- summe in Mrd. Euro)	Umlagesoll (in 1000 Euro)	Durchschnitt- licher Beitrags- satz (in %)
Bergbau-BG	3,411	239.480	7,02
Binnenschifffahrts-BG	0,265	14.258	5,37
See-BG	1,021	43.154	4,23
Bau-BG Bayern und Sachsen	8,692	346.450	3,99
Tiefbau-BG	7,575	285.546	3,77
Bau-BG Frankfurt am Main	4,332	162.875	3,76
Bau-BG Hamburg	3,104	113.977	3,67
Bau-BG Rheinland und Westfalen	8,306	296.496	3,57
Bau-BG Hannover	8,903	308.343	3,46
Steinbruchs-BG	4,409	149.091	3,38
Südwestliche Bau-BG	3,718	115.293	3,10
Württembergische Bau-BG	3,611	100.723	2,79
Hütten- und Walzwerks-BG	3,265	89.352	2,74
Zucker-BG	0,303	7.792	2,57
BG der keramischen und Glas-Industrie	4,914	103.476	2,11
Holz-BG	12,699	259.035	2,04
BG für Fahrzeughaltungen	23,383	461.833	1,98

Gesetzliche Unfallversicherung: Markt statt Monopol

Papiermacher-BG	2,042	39.501	1,93
Maschinenbau- und Metall-BG	29,760	527.352	1,77
Norddeutsche Metall-BG	20,881	346.414	1,66
BG Nahrungsmittel und Gaststätten	29,461	484.856	1,65
Fleischerei-BG	4,631	75.469	1,63
Lederindustrie-BG	2,428	34.385	1,42
Textil- und Bekleidungs-BG	8,720	111.284	1,28
BG der chemischen Industrie	33,133	408.609	1,23
Süddeutsche Metall-BG	54,741	671.106	1,23
BG der Straßen-, U- und Eisenbahnen	3,942	42.785	1,09
Edel- und Unedelmetall-BG	6,824	68.219	1,00
BG der Gas-, Fernwärme- und Wasserwirtschaft	5,544	53.829	0,97
BG der Feinmechanik und Elektrotechnik	69,901	654.069	0,94
Großhandels- und Lagerei-BG	58,976	545.205	0,92
BG Druck und Papierverarbeitung	15,174	128.059	0,84
BG für den Einzelhandel	38,030	304.392	0,80
BG für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege	61,749	425.578	0,69
Verwaltungs-BG	122,939	752.228	0,61
Insgesamt	670,784	8.770.513	1,31

Quelle: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften (2002), Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften 2001.

Abb. 2: Entwicklung des durchschnittlichen Beitragssatzes der gewerblichen Berufsgenossenschaften (1960 - 2002)



Quelle: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften.

Der leichte Rückgang des durchschnittlichen Beitragssatzes ist vor dem Hintergrund sinkender Unfallzahlen zu sehen, so daß man aus ihm nicht auf eine besondere Effizienz der Berufsgenossenschaften schließen kann. Denn die Zahl der meldepflichtigen Arbeitsunfälle hat sich von ihrem Höchststand im Jahr 1960 bis zum Jahr 2002 mehr als halbiert (von 2,26 Mio. auf 0,97 Mio.)¹⁰, während der durchschnittliche Beitragssatz im gleichen Zeitraum nur um 13 % (von 1,51 % auf 1,33 %) gesunken ist.¹¹

10 Ohne Wegeunfälle; deren Zahl hat sich ebenfalls verringert, wenn auch in geringerem Ausmaß (1960: 248.474, 2002: 168.353)

11 Bei den Unfallzahlen ist zusätzlich die deutsche Wiedervereinigung zu berücksichtigen, die temporär zu einem deutlichen Anstieg der absoluten (und relativen) Unfallzahlen Anfang der 90er Jahre führte.

Das bei den übrigen Sozialversicherungen dominierende Ex-ante-Umverteilungsziel spielt in der gesetzlichen Unfallversicherung keine vorrangige Rolle, da bei letzterer die Beiträge risikoorientiert erhoben werden. Daß ex-post jeder Versicherungsfall mit einer Umverteilung zwischen den von einem Schadenseintritt verschont gebliebenen und den betroffenen Unternehmen einhergeht, ist gerade das zentrale Charakteristikum jeder Versicherung und stellt daher keine Umverteilung im klassischen Sinn dar. Die Risikoorientierung bei der Beitragsgestaltung ist unter Anreizgesichtspunkten zu begrüßen, da die Versicherungsprämien so prinzipiell ihre lenkende Preisfunktion wahrnehmen können.

Zwei Dinge sind bezüglich der Finanzierungsstruktur der Berufsgenossenschaften noch erwähnenswert. Zum einen hat die alleinige Beitragspflicht der Arbeitgeber den Gesetzgeber Anfang der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts nicht davon abgehalten, die Selbstverwaltungsgremien der Berufsgenossenschaften nicht nur mit den beitragsfinanzierenden Arbeitgebern zu besetzen. Vielmehr wurden – wie in den anderen Zweigen der Sozialversicherung – die versicherten Arbeitnehmer paritätisch einbezogen.¹² Gewerkschaften als Vertreter der zweiten Gruppe bestimmen also munter mit, ohne daß sich die Arbeitnehmerseite an der Finanzierung beteiligt. Die Unfallversicherung ist damit ein

12 Nur bei den landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften ist die Selbstverwaltung durch eine Drittelparität gekennzeichnet. Neben den Versicherten und den Arbeitgebern sind hier auch Selbständige ohne fremde Arbeitskräfte zu einem Drittel vertreten.

Paradebeispiel für die gesetzliche Einräumung von machtpolitischen Erbhöfen an Interessengruppen. Zum anderen ist zu bezweifeln, daß die ausschließliche Beitragspflicht der Arbeitgeber wirklich sachgerecht ist. Begründet wird diese einseitige Belastung in der Regel damit, daß die Unternehmen zum einen von eventuellen Haftungsrisiken freigestellt werden und zum anderen Anreize für ein risikobewußtes Verhalten erhalten.¹³ Doch mit der Absicherung der Wegeunfälle sind auch Risiken in den Versicherungsschutz eingeschlossen, die unter Risikogesichtspunkten unzweifelhaft dem privaten Bereich zuzurechnen sind und sich einer Beeinflussung durch die Arbeitgeber gänzlich entziehen. Außerdem hängt die Sicherheit am Arbeitsplatz auch vom individuellen Verhalten der Beschäftigten ab. Der umfassende Versicherungsschutz zum Nulltarif birgt die Gefahr eines weniger risikobewußten Verhaltens der Arbeitnehmer gegenüber sich selbst und vor allem auch gegenüber den Mitarbeitern.

3 Die Monopolstellung der Berufsgenossenschaften auf dem Prüfstand

Zentrales organisatorisches Hauptmerkmal der Berufsgenossenschaften ist jedoch ihre Monopolstellung. Sowohl der Wettbewerb zwischen den Berufsgenossenschaften als auch der Wettbewerb zwischen Berufs-

13 Römer, Wolfgang (1990), Die Grenzen des Monopols der gesetzlichen Unfallversicherung, Berlin: Erich Schmidt, S. 22 f.

genossenschaften und privatwirtschaftlichen Versicherungsunternehmen ist ausgeschlossen. Aufgrund ihrer regionalen und branchenbezogenen Gliederung können die Unternehmen nicht zwischen verschiedenen Berufsgenossenschaften wählen: jedes Unternehmen wird genau einer Berufsgenossenschaft zugeordnet – ohne Wahl- oder Wechselmöglichkeiten. Damit übersteigt die Intensität des staatlichen Markteingriffs sogar die Situation in der gesetzlichen Krankenversicherung um ein Vielfaches. Denn dort gibt es immerhin einen Teilwettbewerb zwischen den Krankenkassen um die Versicherten über den Beitragssatz.

In marktwirtschaftlich verfaßten Wirtschaftsordnungen bedürfen Staatseingriffe einer Rechtfertigung, da sie die Freiheit der Menschen beeinträchtigen, ihre eigenen ökonomischen Ziele und Wünsche zu verfolgen. Besondere Relevanz bekommen die Rechtfertigungsgründe bei so weitreichenden Eingriffen wie einem staatlich abgesicherten Monopol. Schließlich führt die Ausschaltung jeglicher Konkurrenz grundsätzlich zu Ineffizienzen, überhöhten Preisen und mangelnder Innovationsfähigkeit und schadet so den Betroffenen. Denn wie kein anderer Koordinationsprozeß löst der Wettbewerb die allgegenwärtigen Anreiz- und Informationsprobleme, indem er das in der Gesellschaft verstreute Wissen nutzbar macht und zur Entdeckung neuen Wissens führt.¹⁴ Ihn auszuschalten bedarf daher

14 Hayek, Friedrich August von (1968/1969), Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Hayek, Friedrich August von (1969), Freiburger Studien, Tübingen: Mohr. Erstveröffent-

einer genauen Abwägung der damit verbundenen Effekte. Keinesfalls ausreichend ist der Verweis auf die historische Entwicklung, verbunden mit dem pauschalen Argument, das System der Berufsgenossenschaften habe sich angesichts einer sinkenden durchschnittlichen Beitragsentwicklung bewährt.¹⁵ Denn damit ist keineswegs gesagt, ob nicht der Wettbewerbsprozeß zu deutlich überlegenen Lösungen führen könnte. Als mögliche Rechtfertigungsgründe kommen sowohl politische als auch ökonomische Argumente in Frage.

Eine politische Rechtfertigung für staatliches Handeln kann in bestimmten sozial- oder gesellschaftspolitischen Gerechtigkeitsvorstellungen liegen, die durch den Marktprozeß nicht erreicht werden. Die politisch erwünschte Umverteilung läßt sich nur durch den Staat, beispielsweise im Rahmen des Steuer- oder des Sozialabgabensystems erreichen. Dieser Weg wird etwa – wenn auch höchst ineffizient und mit gravierenden Gerechtigkeitsdefiziten im einzelnen – in der gesetzlichen Krankenversicherung verfolgt. Die mit lohnabhängigen Beiträgen verbundene Umverteilung ließe sich auf einem freien Versicherungsmarkt nicht erzielen.

lichung: (1968), Kieler Vorträge, N.F. 56, Kiel: Institut für Weltwirtschaft.

15 Abgesehen von den Vertretern der Berufsgenossenschaften wird diese Argumentation beispielsweise vorgebracht von Rürup, Bert (2003), Systemverändernde Reformen der gesetzlichen Unfallversicherung sind nicht erforderlich, in: Jahrbuch 2002/2003 des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften (HVBG), S. 15.

Allerdings kann dieser politische Rechtfertigungsgrund für Staatseingriffe nicht als Argument für die Monopolstellung der Berufsgenossenschaften angeführt werden. Denn ein Umverteilungsziel, mit dem eine Monopolstellung begründet werden könnte, wird mit der Unfallversicherung, wie bereits dargelegt, nicht verfolgt.

Aus ökonomischer Perspektive können – theoretisch – Fälle auftreten, in denen der Marktprozeß nicht die sonst üblichen Eigenschaften aufweist; Ökonomen sprechen dann von „Marktversagen“.¹⁶ Häufig wird dann die Vermutung geäußert, daß der Staat aufgrund seiner Möglichkeit, Zwang auszuüben und verbindliche Regelungen vorzuschreiben, in der Lage sei, solches „Marktversagen“ zu beheben.¹⁷ Dabei wird freilich häufig übersehen, daß die Politik in ihren Handlungen in noch stärkerem Maße als der marktwirtschaftliche Wettbewerbsmecha-

-
- 16 Vgl. beispielsweise Richter, Wolfram F. und Wiegand, Wolfgang (1993), Zwanzig Jahre „Neue Finanzwissenschaft“, Teil I: Überblick und Theorie des Marktversagens, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Band 113, S. 169–224, Boadway, Robin W. und Wildasin, David E. (1984), Public Sector, 2. Aufl., Boston: Little, Brown & Company sowie grundlegend Bator, Francis M. (1958), The Anatomy of Market Failures, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 72, S. 351–379. Üblicherweise zählt man zu den Marktversagensgründen natürliche Monopole, öffentliche Güter, externe Effekte sowie asymmetrische Information.
- 17 So z.B. Stiglitz, Joseph E. (1989), On the Economic Role of the State, in: Heertje, Arnold (Hrsg.), The Economic Role of the State, Oxford: Basil Blackwell, S. 11–85 und ders. (1991), The Invisible Hand and Modern Welfare Economics, NBER Working Paper Nr. 3641.

nismus vielfältigen Restriktionen unterworfen ist. Hierzu zählen beispielsweise die Unvollkommenheiten des politischen Prozesses, der Zwang zum Schließen politischer Kompromisse, die Beeinflußbarkeit der Politik durch Interessengruppen sowie nicht zuletzt die Eigeninteressen der Politiker und der mit Exekutivaufgaben betrauten Bürokraten in Ministerien und Verwaltung.¹⁸ Folglich muß stets auch mit „Staatsversagen“ gerechnet werden, das die besten Absichten zunichte machen kann.

Unabhängig von diesem Problem stellt sich die Frage, ob sich die gesetzlich gesicherte Monopolstellung der Berufsgenossenschaften über ihre Aufgaben oder Funktionen begründen läßt. Das wäre der Fall, wenn diese Funktionen im freien Wettbewerb nicht erfüllt werden könnten, weil „Marktversagen“ auftreten würde. Diese Frage soll für die drei zentralen Aufgabenbereiche der Berufsgenossenschaften analysiert werden: die Versicherungsfunktion (1), die Haftungsersetzungsfunktion (2) und die Präventionsfunktion (3).

(1) Die Versicherungsfunktion

Die Unfallversicherung soll Arbeitnehmer bei Arbeitsunfällen finanziell absichern, sei es durch die Kostenübernahme der Maßnahmen zur medizinischen Rehabilitation oder durch die Zahlung einer Unfallrente.

18 Vgl. exemplarisch Mueller, Dennis C. (1989), *Public Choice II*, Cambridge: Cambridge University Press und Niskanen, William A. (1994), *Bureaucracy and Public Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.

Das Unfallrisiko läßt sich jedoch problemlos von privaten Versicherungsunternehmen abdecken. Der funktionierende Wettbewerb auf dem Versicherungsmarkt für private Unfälle ist der beste Beleg hierfür.

Marktversagen wäre auf Versicherungsmärkten vor allem aufgrund einer asymmetrischen Informationsverteilung vorstellbar. Von asymmetrischer Information spricht man, wenn eine Marktseite (hier die Versicherten bzw. die beitragszahlenden Unternehmen) über bessere Informationen hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts verfügt als die Marktgegenseite (hier die Versicherer). In einer solchen Situation, wie sie beispielsweise für die Krankenversicherung oder die Berufsunfähigkeitsversicherung geltend gemacht wird, ist bei Vertragsabschluß eine risikoäquivalente Prämienausgestaltung nicht ohne weiteres möglich, denn die Versicherer können nicht verlässlich auf das tatsächliche Schadeneintrittsrisiko der einzelnen Versicherten schließen. Schlechte Risiken haben einen Anreiz, sich als gute Risiken auszugeben, um in den Genuß niedrigerer Prämien zu kommen. Dies hätte jedoch letztlich zur Folge, daß der Versicherer Verluste machen und aus dem Markt ausscheiden müßte. Er muß daher seine Prämien am durchschnittlichen Risiko orientieren. Die guten Risiken werden jedoch in der Regel nicht bereit sein, eine im Vergleich zu ihrem Risiko zu hohe „durchschnittliche“ Versicherungsprämie zu bezahlen, und ihren Versicherungsschutz daher einschränken oder gar auf Null reduzieren. Da der Versicherungsschutz der guten Risiken zurückgeht, muß die „durchschnittliche“ Versiche-

rungsprämie weiter steigen. Diese Entwicklung kann letztlich dazu führen, daß nur noch die schlechten Risiken Versicherungsschutz nachfragen.¹⁹ Man spricht daher auch von *adverser Selektion* (negativer Auslese). Je nach Verhalten der Versicherungsunternehmen sind sogar Situationen vorstellbar, in denen überhaupt kein Versicherungsmarkt entsteht.²⁰

Eine solche asymmetrische Informationsverteilung und entsprechend die Gefahr eines Marktversagens ist bei der gesetzlichen Unfallversicherung jedoch nicht zu erwarten. Denn erstens lassen sich die Risikoprofile der unterschiedlichen unternehmerischen Tätigkeiten anhand objektiver Kriterien gut einschätzen. Zweitens gibt es verlässliche branchenbezogene Erfahrungswerte und drittens besteht – ähnlich wie in der Kfz-Versicherung – die Möglichkeit, die jährliche Versicherungsprämie des einzelnen Versicherungsnehmers an der Schadensentwicklung in der Vergangenheit auszurichten. Die Prämie kann also im Zeitablauf der tatsächlichen Risikoentwicklung angepaßt werden.

19 Vgl. Pauly, Mark V. (1974), *Overinsurance and Public Provision of Insurance: The Roles of Moral Hazard and Adverse Selection*, in: *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 88, S. 44–62.

20 Vgl. für den Fall eines sogenannten Nash-Cournot-Verhaltens der Versicherungsunternehmen grundlegend Rothschild, Michael und Stiglitz, Joseph E. (1976), *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*, in: *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, S. 629–649; weiterführend Wilson, Charles (1977), *A Model of Insurance Markets with Incomplete Information*, in: *Journal of Economic Theory*, Vol. 16, S. 167–207.

Unabhängig von einem möglichen Marktversagen wenden die Besitzstandswahrer in den Berufsgenossenschaften gerne ein, private Versicherungen könnten kein so günstiges Preis-Leistungs-Verhältnis bereitstellen wie die Berufsgenossenschaften, denn sie müßten Gewinne erzielen und den Markt bewerben, um einen Kundestamm aufzubauen.²¹ Dieses Argument, das routinemäßig vorgetragen wird, um Wettbewerb zu verhindern, hat sich aber regelmäßig als falsch und vorgeschoben herausgestellt. Man denke nur an den Preissturz in der Telekommunikation. Und selbst wenn es bei der Unfallversicherung ausnahmsweise einmal zutreffen sollte: Dann müssen die Berufsgenossenschaften den Wettbewerb nicht fürchten, denn sie werden wegen ihres unschlagbaren Preis-Leistungs-Verhältnisses die private Versicherungswirtschaft ausstechen können.

(2) Die Haftungsersetzungsfunktion

Die Unternehmen und die Mitarbeiter werden durch die Unfallversicherung von der Haftung für Verschulden bei Arbeitsunfällen befreit. Damit kann im Schadensfall auf langwierige Gerichtsprozesse verzichtet werden.²² Gleichzeitig wird so der Betriebsfrieden gestärkt.

21 So z.B. Sokoll, Günther (2001), Die Vorzüge einer gesetzlichen gegenüber einer privaten Arbeitsunfallversicherung am Beispiel Deutschlands, in: Scheil-Adlung, Xenia (Hrsg.), Gestaltung der sozialen Sicherheit: Die Rolle der Privatisierung, Bern u.a.O.: Peter Lang, S. 355.

22 Vgl. Gitter, Wolfgang (1998), a.a.O., S. 3 und ders. (1993),

Allerdings ist auch die Haftungsersetzungsfunktion keine Rechtfertigung für ein gesetzliches Monopol. Es trifft zwar zu, daß das gegenwärtige System sicherstellt, daß ein Arbeitnehmer im Falle eines Arbeitsunfalls soziale Absicherung unabhängig von der Verschuldensfrage erhält und eine langwierige Klärung dieser Frage nicht erforderlich ist. Diese Vorzüge sind allerdings nicht das Ergebnis der Monopolherrschaft der Berufsgenossenschaften, sondern rühren daher, daß die Unternehmen einer Versicherungspflicht unterliegen. Man kann beides ohne weiteres entkoppeln, wie die Kfz-Haftpflichtversicherung belegt: Eine Versicherungspflicht, die die Beteiligten von der Haftung befreit, bei gleichzeitigem Wettbewerb zwischen den Versicherungen, ist ohne weiteres möglich.

(3) Die Präventionsfunktion

Schließlich soll die gesetzliche Unfallversicherung Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten verhüten. Hier wird gerne argumentiert, verantwortungsbewußt und vorsorgend könne nur der Staat handeln, denn die Unternehmen hätten nur ihr Gewinnmaximierungskalkül vor Augen. Doch auch dieses Argument ist unzutreffend. Bei risikoäquivalenten Prämien haben die versicherten Unternehmen ein ureigenes Interesse daran, Unfallverhütung zu betreiben. Denn so können sie ihre Ver-

a.a.O., S. 301. Während die Haftungsfreistellung des Arbeitgebers von Anfang an Bestandteil der gesetzlichen Unfallversicherung war, wurde die Haftungsersetzung für Mitarbeiter erst 1963 eingeführt.

sicherungsprämie niedrig halten²³ und, vielleicht noch wichtiger, unfallbedingte Arbeitsausfallzeiten vermeiden.

Und selbst wenn man hier dem freien Wettbewerb nicht trauen sollte: Es gibt staatliche Regelungen und Einrichtungen, die den vorbeugenden Schutz der Beschäftigten am Arbeitsplatz sicherstellen können, etwa im Rahmen des Arbeitsschutzrechts und durch die Gewerbeaufsichtsämter. Wie die Beispiele TÜV und DEKRA für die Kfz-Sicherheit zeigen, können solche Einrichtungen sogar miteinander im Wettbewerb stehen.²⁴ Die Präventionsfunktion kann also ohne weiteres von der Versicherungsfunktion getrennt werden.

4 Fazit

Die Gesamtschau der oben angeführten Argumente läßt nur eine Schlußfolgerung zu: Die Monopolstellung der Berufsgenossenschaften entbehrt einer tragfähigen ökonomischen Rechtfertigung und stellt daher ei-

23 Auch die Vertreter der Berufsgenossenschaften sehen die positiven Präventionswirkungen einer risikoäquivalenten Prämienausgestaltung, vgl. etwa Schulz, Udo (1996), Risikogerechte Finanzierung als Gestaltungsfaktor in der Prävention der gewerblichen Berufsgenossenschaften, in: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften (Hrsg.), Die soziale Unfallversicherung — Beiträge zur Standortbestimmung, Bielefeld: Erich Schmidt, S. 149-160.

24 Vgl. den Beitrag „Wettbewerbswidrigkeit berufsgenossenschaftlicher Monopole“ von Volker Rieble und Dominik Jochums in diesem Band.

nen marktwidrigen Staatseingriff dar. Es mag sein, daß die Einführung einer Monopolversicherung zu Zeiten Bismarcks eine sinnvolle Vorgehensweise war. Heute jedoch lassen sich die mit der Unfallversicherung verfolgten gesellschaftliche Ziele – die soziale Absicherung der Arbeitnehmer, die Haftungsersetzung sowie die Unfallprävention – mit Instrumenten sicherstellen, die in geringerem Ausmaß gegen die Grundprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung verstoßen.

Die gebotene Abschaffung des berufsgenossenschaftlichen Monopols ist nicht gleichbedeutend mit einem Verzicht auf staatliche Vorkehrungen. Die Normierung einer Versicherungspflicht und von Arbeitsschutzbestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer bleiben ohne weiteres möglich. Die Abschaffung des Monopols der Berufsgenossenschaften würde aber dazu führen, daß der Wettbewerb mit all seinen Anreiz- und Effizienzwirkungen in die gesetzliche Unfallversicherung Einzug halten könnte.

Natürlich sind die Details einer Rahmenordnung für einen funktionierenden Wettbewerb zwischen den Berufsgenossenschaften und privaten Versicherungsunternehmen noch auszuarbeiten. Auch beinhaltet jeder Systemwechsel gerade in der Übergangsphase besondere Herausforderungen, etwa bezüglich der Behandlung von bestehenden, langfristigen Leistungszusagen wie den Unfallrenten. Diese Probleme werden hier keineswegs verkannt. Allerdings sind sie prinzipiell lösbar, so daß auch in der gesetzlichen Unfallversicherung die Entscheidung für mehr Freiheit und Wettbewerb möglich ist.

Wettbewerbswidrigkeit berufsgenossenschaftlicher Monopole

Volker Rieble / Dominik Jochums

1 Zwangsmonopol: bewährtes System oder kostentreibende Staatsveranstaltung

1.1 Monopolstellung der Berufsgenossenschaften

Die „echte“ gesetzliche Unfallversicherung (UV) wird nach wie vor von zwei Strukturprinzipien bestimmt: Zum einen sozialer Schutz der Erwerbstätigen und ihrer Familien vor wirtschaftlichen und sozialen Risiken eines erlittenen Arbeitsunfalls, zum anderen Freistellung des Unternehmers — aber auch der unfallverursachenden Arbeitnehmer — von der privatrechtlichen Haftung gegenüber dem Verletzten.¹ Versichert im eigentlichen Sinne sind also nicht nur die Beschäftigten, sondern auch die Unternehmer. Finanziert wird die Unfallversicherung ausschließlich von den Arbeitgebern.

1 Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht (1969), S. 38; ders., Die gesetzliche Unfallversicherung nach der Einordnung in das Sozialgesetzbuch — ein Versicherungszweig ohne Reformbedarf?, Betriebs-Berater 1998, Beilage 6, S. 3.

So wenig sich seit Einführung der Unfallversicherung im Jahre 1884 an diesen Strukturprinzipien etwas geändert hat, so wenig wurde ihre organisatorische Ausgestaltung angetastet. Träger der Unfallversicherung sind seit jeher die nach Gewerbezweigen gegliederten, kraft Gesetzes gebildeten Berufsgenossenschaften, in denen die Unternehmer als Zwangsmitglieder zusammengeschlossen und die Beschäftigten pflichtversichert sind.²

Aufgrund dieser Zwangsmitgliedschaft ist der Versicherungsmarkt für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten – aber auch für Wegeunfälle als Teil des Verkehrsrisikos – für die öffentlich-rechtlichen Berufsgenossenschaften reserviert. Zugleich wird der Markt für die Haftpflichtversicherung von Unternehmen und Mitarbeitern so zwangsweise bedient.

Zwar sind private Versicherer rechtlich nicht daran gehindert, eine Versicherung dieser Risiken anzubieten. Weil aber der Abschluß eines Versicherungsvertrages über diese Risiken nicht von der gesetzlichen Unfallversicherung bei den Berufsgenossenschaften befreit, ist das praktisch sinnlos. Die Berufsgenossen-

2 Neben den gewerblichen Berufsgenossenschaften gibt es noch die landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften und die Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand, die im Bereich der sogenannten „unechten“ Unfallversicherung nicht beitrags-, sondern steuerfinanziert sind. Deshalb möchten wir diese im folgenden außer Betracht lassen und den Fokus auf den Prototypen der Unfallversicherungsträger, die gewerblichen Berufsgenossenschaften, richten.

schaften sind also faktische Zwangsmonopole der öffentlichen Hand.³ Solche Monopole sind nach Badura eine Regelungstechnik des Staates zur Aufgabenerfüllung im Gemeinwohlinteresse.⁴

Neben diesem „Versicherungsmonopol“⁵ haben Berufsgenossenschaften auch ein polizeiliches Regelmonopol inne: Sie sind umfassend für die Unfallprävention durch Unfallverhütungsvorschriften zuständig, haben hierüber aufsichtsrechtliche Befugnisse und können Pflichtverstöße der Unternehmer und Versicherten als Ordnungswidrigkeiten sanktionieren.⁶

Auch insoweit kann man in Alternativen denken: Gesundheitsschutzregeln können auch staatliche Arbeitsschutzbehörden erlassen. Gerade bei den Wegeunfällen ist die Regulierung der Fahrzeugsicherheit in staatlicher Hand; die Kontrolle freilich (TÜV, DEKRA) ist dem Wettbewerb überantwortet. Branchenspezifische autonome Regeln zur Prävention sind insbesondere durch Tarifparteien in Tarifverträgen möglich, die für allgemeinverbindlich erklärt werden könnten. Aber auch der Markt kann autonome Regeln hervorbringen: Versicherer streben danach, das versicherte

3 Römer, Die Grenzen des Monopols der gesetzlichen Unfallversicherung (1990), S. 2.

4 Badura, Das Verwaltungsmonopol (1963), S. 86.

5 So die Terminologie H. Bogs, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart (1973), S. 494.

6 Vgl. hierzu Römer (Fn. 3), S. 2.

Risiko zu minimieren und machen den Versicherten technische Auflagen in Versicherungsbedingungen⁷.

Nach dem Prinzip „Alles aus einer Hand“ schließlich ist den Berufsgenossenschaften die Rehabilitation nach Eintritt eines Versicherungsfalles überlassen. § 34 Abs. 1 SGB (Sozialgesetzbuch) VII ermächtigt die Berufsgenossenschaften, zum Zwecke der Heilbehandlung besondere Anforderungen an Krankenhäuser und Ärzte festzulegen. Beschränkt wird so nicht nur die freie Arztwahl der Versicherten, sondern auch der Zugang zum Heilbehandlungsmarkt. Verstärkt wird die Marktbegrenzung noch dadurch, daß die Berufsgenossenschaften Leistungen der medizinischen Restitution meist selbst in eigenen Kliniken und Rehabilitationseinrichtungen erbringen.

1.2 Kränkelnde „heile Welt“ der gesetzlichen Unfallversicherung

Eine Neuordnung dieses Systems steht nach nun bald 120 Jahren nicht an oberster Stelle der sozial- und wirtschaftspolitischen Agenda. Die noch zu Beginn des Jahres im „Masterplan Bürokratieabbau“ des – unzuständigen – Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vorgeschlagene Abschaffung der Pflichtversicherung bei Berufsgenossenschaften und Einführung einer Wahlmöglichkeit der Unternehmer fand bei der Bundesregierung keinen Anklang: Jüngst be-

⁷ Etwa § 24 der Allgemeinen Wohngebäude-Versicherungsbedingungen (VBG 2000 - Wert 1914).

tonte die – zuständige – Bundesministerin für Gesundheit und Soziales Ulla Schmidt die „Erfolgsstory“ der gesetzlichen Unfallversicherung⁸; eine Kleine Anfrage im Bundestag, ob die freie Wahl der Unfallversicherungsträger effektiver sein könne als das überkommene monopolistische System, verneinte die Bundesregierung.⁹ Damit steht sie nicht alleine: Die gesetzliche Unfallversicherung galt bisher als „heile Welt“¹⁰ der Sozialversicherung, das berufsgenossenschaftliche System als „bewährt“¹¹.

In der Tat: Nimmt man die übrigen Sozialversicherungen als Maßstab, leisten die Berufsgenossenschaften viel und kosten wenig: Im Durchschnitt aller Branchen und Gefahrklassen betrug im Jahr 2002 der Beitrag für Präventionsarbeit, Entschädigungs- und Rehabilitationsleistungen bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften 1,33 % der Lohnsumme.¹²

8 So geäußert laut einer Pressemitteilung des BMGS vom 11.7.2003, abrufbar unter www.bmgs.bund.de.

9 Bundestags-Drucksache 15/1462 vom 5.8.2003, S. 12.

10 Papier/Möller, Die Rolle des Solidarausgleichs in der gesetzlichen Unfallversicherung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1998, 353.

11 Unter vielen Gitter, Grundlagen der gesetzlichen Unfallversicherung im Wandel der Zeit, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1993, 297, 303; Büdenbender, Privatisierung ist kein Patentrezept, Der Arbeitgeber 1997, 718.

12 Quelle: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften (HVGB), Pressemitteilung vom 9.7.2003, abrufbar unter www.hvbg.de.

In Wirklichkeit „kränkelt“ auch die gesetzliche Unfallversicherung: Trotz weiterhin sinkender Zahl der Arbeitsunfälle sind im vergangenen Jahr durchschnittlich die Beiträge erstmalig seit 1995 gestiegen.¹³ Insbesondere im Baugewerbe muß der steigende Finanzbedarf von immer weniger Unternehmen getragen werden. Die Unternehmen stoßen sich vor allem an mangelnder Effizienz und Transparenz der gegenwärtigen Organisationsstruktur der Berufsgenossenschaften und an dem „ausufernden“ gesetzlichen Leistungskatalog (z.B. dem „Dauerbrenner“ Wegeunfälle).¹⁴ Das liegt eben auch daran, daß sich die Berufsgenossenschaften ihren Versichertenkreis nicht frei wählen können, sondern staatlich segmentierte „Teilmärkte“ zwangsweise bedienen müssen. Das schließt umgekehrt die Wahlfreiheit der Versicherten aus.

Während die einen „lediglich“ eine an Effizienzsteigerung orientierte Modernisierung und Straffung der berufsgenossenschaftlichen Selbstverwaltung fordern¹⁵, verlangen andere freien, also autonomen Wettbewerb durch Öffnung des Unfallversicherungsmarktes für pri-

13 Quelle: HVBG (Fn. 12).

14 Siehe etwa Bayerischer Handwerkstag (BHT), 12-Punkte-Papier zur Reform der gesetzlichen Unfallversicherung, abrufbar unter www.bayern.handwerk.de; Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft (vbw), Reformnotwendigkeit im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung – Position der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft (Dez. 2002), S. 2 ff.

15 Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Effizienzsteigerung und Modernisierung in der sozialen Selbstverwaltung (2003), S. 7.

vate Anbieter, zumindest aber einen Binnenwettbewerb zwischen den Berufsgenossenschaften.¹⁶ Auch wenn man die fixe Revieraufteilung durch das strenge Zuständigkeitskataster aufgabe, wäre der einsetzende Wettbewerb durch öffentlich-rechtliche Zwangsversicherungen allenfalls ein künstliches Instrument, vergleichbar dem „Wettbewerb der Krankenkassen“. Wirklicher Wettbewerb setzt voraus, daß der Marktzutritt für neue Unfallversicherer frei ist.

Politik und Berufsgenossenschaften bleiben nicht untätig: Die gewerblichen Berufsgenossenschaften haben etwa eine neuorientierte Kosten- und Leistungsrechnung eingeführt¹⁷, befassen sich mit einer Reduzierung der Unfallverhütungsvorschriften und der nach § 118 SGB VII möglichen freiwilligen Vereinigung von Berufsgenossenschaften, um Wirtschaftlichkeit und Transparenz zu fördern. Durch das Gesetz zur Ände-

16 So etwa die Aktionsgemeinschaft Wirtschaftlicher Mittelstand e.V. (AWM), Reformpotential bei den Berufsgenossenschaften, AWM-Kurzinfo vom 31.10.2002, abrufbar unter www.awm-online.de; Bundesverband Deutscher Unternehmensberater e.V. (BDU), Pressemeldung vom 19.3.2003, abrufbar unter www.bdu.de; Walter Döring, Pressemitteilung der FDP Baden-Württemberg vom 25.5.2003, abrufbar unter www.fdp2001.de; Habermann, Eines der letzten Monopole, FAZ vom 28.7.2001, Nr. 173, S. 13; Tuengerthal/Hagemann, Zur mangelnden gesetzlichen Grundlage, Bestimmtheit und Schlüssigkeit der Regelungen der gesetzlichen Unfallversicherung aus der Sicht der anwaltlichen Praxis bei der Vertretung von Unternehmen, SGB 2002, 372, 375 f.

17 HVBG, Pressemeldung vom 15.3.2002, abrufbar unter www.hvbg.de.

rung des Sozialgesetzbuchs und anderer Gesetze vom 24.2.2003¹⁸ wurde jüngst der branchenübergreifende Lastenausgleich zwischen den Berufsgenossenschaften neu geregelt, um vor allem die Belastungen in den traditionellen Branchen wie dem Bau- und Textilgewerbe in Maßen zu halten. Diese leiden besonders unter wachsender internationaler Konkurrenz und dem allgemeinen Strukturwandel, welche sich letztlich in der sinkenden Zahl von Beitragszahlern und damit verbundenen steigenden Beitragssummen niederschlagen. Ein gesetzlicher Zwangslastenausgleich zwischen Leistungserbringern – wie in der Krankenversicherung – zeigt, welches Wettbewerbsverständnis hier greift.

Nur: Solche Maßnahmen sollen das überkommene System stabilisieren. Eine grundsätzliche Neuordnung, auch nur ein Nachdenken über die Sinnhaftigkeit der Zwangsversicherung und über ihre Alternative, hält man für nicht erforderlich.

2 Berufsgenossenschaften im (europäischen) Wettbewerbsrecht

2.1 Juristische Dimension der Wettbewerbsdiskussion

Die Diskussion um Privatisierung der Unfallversicherung und Einführung des Wettbewerbs ist keineswegs

18 Bundesgesetzblatt I, S. 1526 ff.

neu und kehrt in wirtschaftlichen Krisenzeiten regelmäßig wieder. Schon bei den Beratungen um das Unfallversicherungsgesetz 1884 wurde die Idee aus liberalen nationalökonomischen Richtungen forciert, die Arbeitsunfallversicherung privaten Versicherungsgesellschaften zu überantworten.¹⁹ Bismarck lehnte das ab, „weil der Unfall als solcher vom sittlichen Standpunkt aus nicht Gegenstand der Spekulation und Dividendenverteilung sein darf. Das Prinzip der Zwangsversicherung ... (ist) auf Privatanstalten, welche der Staat nicht garantiert hat, nicht anwendbar; man kann nicht Zwang üben, wo die Möglichkeit des Verlustes der Anstalt durch Konkurs vorliegt“²⁰. Insofern hülfe eine Insolvenzversicherung und ein Ausfallfonds bei Verstoß gegen die Versicherungspflicht. Daß dies effektiv ist, zeigt die Pflichtversicherung für Halter von Kraftfahrzeugen. Wie man Insolvenzrisiken durch zwangsweise Rückversicherung Rechnung trägt, zeigt der Pensionsversicherungsverein. Während Bismarck ideologisch argumentierte, um wohlfahrts-staatspolitisch zu reüssieren — dem Arbeiter mußte deutlich werden, was der Staat für ihn tue²¹ — , so ist sie heute — wenn auch bisweilen ideologisch verklärt — vor allem eine ökonomische: Man streitet vor allem, ob die monopolistische oder wettbewerbliche Ordnung kostengünstiger ist.²² Auch

19 Siehe zur Geschichte etwa Gitter, Schadensausgleich (Fn. 1), S. 1 ff.; Schulin/Breuer, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2 Unfallversicherungsrecht (1996), § 1 Rn. 1 ff.

20 Zitiert nach Gitter, Schadensausgleich (Fn. 1), S. 32.

21 Gitter (Fn. 11), SGB 1993, 297, 298.

22 Siehe etwa die Beiträge von Hoffmann/Saier, Gewerbliche Be-

die Beschäftigungsfolgen spielen eine Rolle: Je höher mit dem UV-Beitrag die Lohnnebenkosten werden, desto schwächer wird die Arbeitsnachfrage. 1 Prozentpunkt Lohnnebenkosten sind nach Modellrechnungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) 100.000 Arbeitslose.²³

Die Frage nach den berufsgenossenschaftlichen Monopolen ist aber auch juristischer Art: Weil die Zwangsversicherung dem Arbeitgeber als Nachfrager der Versicherungsleistung die Freiheit nimmt, den Anbieter frei auszuwählen; weil die privaten Versicherer als Anbieter von Unfallversicherungen vom Marktzutritt ausgeschlossen sind, hat die Frage eine verfassungsrechtliche und eine europarechtliche Dimension. Die Monopole müssen sich wegen ihrer freiheitseinschränkenden Wirkung insbesondere an den Grundrechten messen lassen; unmittelbar legitimiert durch das Grundgesetz, etwa durch das Sozialstaatsprinzip nach Artt. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz (GG), durch den Kompetenztitel des Art. 74 Nr. 12 GG oder als stete Bestandteile der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung und damit eines vom Grundgesetz vorausgesetzten „vorrechtlichen Gesamtbildes“, sind sie jedenfalls nicht.²⁴

rufsgenossenschaften: „Ineffizientes Relikt aus wilhelminischer Zeit“ oder „eine Erfolgsgeschichte?“, Die Berufsgenossenschaft (BG) 2002, 310 ff. und Sokoll, Berufsgenossenschaften zwischen Pflicht und Freiheit — Ein Beitrag zur Monopoldiskussion, BG 2002, 319 ff. einerseits und Habermann (Fn. 16) andererseits.

23 IAB-Werkstattbericht Nr. 7/1997, Die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge.

Bisher jedoch hielt das gegenwärtige System der Unfallversicherung der grundrechtlichen Überprüfung durch die Gerichte stand: Die Entscheidungen des Sozialgerichts Würzburg vom 28.10.1999²⁵ und des Sozialgerichts Darmstadt vom 18.1.2000²⁶ bestätigten jüngst die Verfassungsgemäßheit der Zwangsversicherung. Das Landessozialgericht Brandenburg entschied mit Urteil vom 24.9.2001²⁷, daß insbesondere die alleinige Beitragspflicht des Unternehmers nach § 150 SGB VII, die Festlegung der Beitragssätze durch Bildung von Gefahrtarifen nach § 157 SGB VII und selbst die Wegeunfallversicherung nach § 8 Abs. 2 SGB VII verfassungsrechtlich unbedenklich seien.²⁸

Die Diskussion um die Zulässigkeit nationaler „Unfallversicherungsmonopole“ hat eine europarechtliche Dimension. 1995 hat Richard Giesen das Thema „Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag“ grundlegend untersucht. Das Sozialgericht Darmstadt und das Sozialgericht Würzburg mußten gleichfalls die Rechtmäßigkeit nach Gemeinschaftsrecht prüfen, legten aber die Frage dem dafür allein zuständigen Europäischen Gerichtshof (EuGH) nicht vor.

24 Hierzu ausführlich Römer (Fn. 3), S. 7 ff.

25 S 5 U 388/96 - BG 2000, 174 f.

26 S 3 U 1300/96 - BG 2000, 417 f.

27 L 7 U 88/00 - NZS 2002, 489.

28 Anderer Ansicht für die Festsetzung der Beiträge: Papier/Möller, Verfassungsrechtliche Fragen der Festsetzung der Beiträge in der Unfallversicherung, SGB 1998, 337 ff.

Immerhin stand die italienische gesetzliche Unfallversicherung und damit erstmals ein nationales Unfallversicherungssystem auf dem „europäischen Prüfstand“ (sogleich 2.3).

2.2 EG-Wettbewerbsrecht und Sozialversicherungsmonopole

Art. 49 EG-Vertrag (EGV) gewährleistet den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der Gemeinschaft. Garantiert wird also, Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen zu können. Dementsprechend ist es mit dem Gemeinsamen Markt insbesondere nicht zu vereinbaren, wenn vor allem eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt durch ein oder mehrere Unternehmen dazu führt, daß dieser freie Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird (Art. 82 EGV).²⁹ Das kann an sich dazu führen, daß der Staat auch die faktischen Monopole der Sozialversicherungsträger als öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV aufheben muß. Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsnormen ist aber, daß die Sozialversicherungsträger überhaupt Unternehmen im Sinne der Artt. 81 ff. EGV sind. Der EuGH geht im Grundsatz von einem denkbar weiten, funktionalen Unternehmensbegriff aus, unter den an sich auch Sozialversicherungsträger fallen (vergleichbar der Diskussion,

²⁹ Rolfs, Europarechtliche Grenzen für die Monopole der Sozialversicherungsträger?, SGB 1998, 202.

ob öffentlich-rechtliche Krankenkassen als Unternehmen unter das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fallen): Er begreift in ständiger Rechtsprechung ein Unternehmen als jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung.³⁰ Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dabei jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.³¹

Freilich gilt für die Sozialpolitik und damit gerade auch für die Sozialversicherung als Instrument der Sozialpolitik kein Primat des europarechtlich vorgegebenen Wettbewerbs: Denn Sozialpolitik ist in der Kompetenzordnung der Gemeinschaft grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten und kann von der Gemeinschaft nicht mit Blick auf wettbewerbliche Folgewirkungen „akquiriert“ werden. Umgekehrt läßt es der EuGH sogar zu, daß sozialpolitische Vorgaben den Wettbewerb stören, etwa wenn im Vergaberecht sozialpolitische Aspekte eine Rolle spielen dürfen.³² Eben deswegen betont der EuGH immer wieder, daß das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit

30 EuGH u.a. vom 12.9.2000 - Rs. C-180/99 - „Pavlov“ - Slg. 2000, I-6541 Rn. 74.

31 EuGH u.a. vom 25.10.2001 - Rs. C-475/99 - „Ambulanz Glöckner“ — Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2002, 25 Rn. 19 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 1935 f.

32 EuGH vom 26.9.2000 - Rs. C-225/98 - „Nord-pas-de-Calais“

unberührt lasse.³³ So schränkt der EuGH gerade für Einrichtungen der sozialen Sicherheit den Unternehmensbegriff wieder ein: Sozialversicherungsmonopole sind keine Unternehmen im Sinne der Artt. 81 ff. EGV, wenn erstens in der Versicherung in ausreichendem Umfang Solidaritätselemente enthalten sind und zweitens dem Sozialversicherungsträger aufgrund staatlicher Regulierung keine Möglichkeit verbleibt, wesentliche Elemente der Versicherung autonom zu gestalten. So wurde etwa in der Sache *Poucet et Pistre*³⁴ entschieden, daß ein Sozialversicherungsträger für Krankheit und Mutterschaft Selbständiger wegen der ausgeprägten solidarischen Ausgestaltung kein Unternehmen sei. In den Sachen *Albany*³⁵ und *Brentjens*³⁶ wurde dagegen die Unternehmensqualität eines (tariflichen) Betriebsrentenfonds wegen der geringen solidarische Elemente und der Möglichkeit, autonom über Leistungen und Beitragshöhe zu bestimmen, bejaht. Für unsere Frage ist das durchaus interessant: Denn

- Slg. 2000, I-7445 ff. = NJW 2000, 3629 ff.; vom 17.9.2002 - Rs. C-513/99 - „Concordia Bus” - Slg. 2002, I-7213 ff. = EuZW 2002, 628.

33 EuGH u.a. vom 28.4.1998 - Rs. C-158/96 - „Kohll” - Slg. 1998, I-1931 Rn. 17 = EuZW 1998, 345 ff.; vom 12.7.2001- Rs. C-157/99 - „Smits/Peerbooms” - EuZW 2001, 469 Rn. 44 = NZS 2001, 478 ff.

34 EuGH vom 16.2.1993 - Rs C-159/91 - Slg. 1993, I-637.

35 EuGH vom 21.9.1999 - Rs. C-67/96 - Slg. 1999, I-5751 = Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA) Art. 81- 82 EG-Vertrag 1999 Nr. 1.

36 EuGH vom 21.9.1999- Rs. C-117/97 - Slg. 1999, I-6025 = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2000, 201 ff.

eine Altersversorgungseinrichtung, die die Tarifvertragsparteien durch Tarifvertrag vorgeben und die der Staat dann durch eigenen Rechtssetzungsakt – Allgemeinverbindlicherklärung – auf alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber einer Branche erstreckt, kommt doch einer Sozialversicherungseinrichtung recht nahe.

Das Verständnis des EuGH hat eine fatale Folge: Je unfreier das System ausgestaltet ist, desto weniger Unternehmensqualität kommt der Versicherung zu und desto weniger Schutz kann die Marktfreiheit dann noch genießen. So gesehen ist das Verständnis des EuGH ein Anreiz zur maximalen Freiheitsbeschränkung durch möglichst weitgreifende „Bürgerversicherungssysteme“.

2.3 Die Rechtssache INAIL

2.3.1 Sachverhalt

Mit der Unternehmensqualität der italienischen Unfallversicherungsanstalt setzte sich der EuGH in der Sache INAIL³⁷ auseinander. Ein italienisches Unternehmen, kurz: Cisa, bestritt die Beitragspflicht ihres geschäftsführenden Gesellschafters, der in seinem eigenen Unternehmen als Schreiner mitarbeitete, zur staatlich errichteten Unfallversicherungsanstalt für Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, kurz: INAIL. Zum Streit geführt hatte ein Mahnbescheid des INAIL, das auf die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft verweisend

37 EuGH vom 22.1.2002 - Rs. C-218/00 - Slg. 2002, I-691 = EuZW 2002, 146 m. Anm. Lübbig.

ausstehende Versicherungsbeiträge eingefordert hatte. Cisa hielt dagegen, daß der Geschäftsführer als solcher bereits bei einer privaten Versicherungsanstalt gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten versichert sei. Cisa war der Auffassung, die Rechtsvorschriften, auf Grund derer sie verpflichtet sei, ihren Geschäftsführer gegen dieselben Risiken auch bei dem INAIL zu versichern, verstießen gegen das europäische Wettbewerbsrecht; die italienischen Rechtsvorschriften hielten zu Unrecht das Monopol des INAIL aufrecht, was dieses zum Mißbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung verleite.

Das italienische Tribunale Vicenza setzte das Verfahren aus und legte die Sache dem EuGH vor. Es meinte, daß das INAIL Eigenschaften aufweise, die charakteristisch für eine rein wirtschaftliche Tätigkeit seien. Dabei nannte es die Erhebung von unmittelbar mit dem versicherten Risiko zusammenhängenden Beiträgen, die Unterteilung des Risikos in zehn verschiedene Klassen aufgrund eines wirtschaftlichen und unternehmerischen Merkmals und schließlich die gesetzliche Verpflichtung des INAIL, seine Tätigkeit unter Kriterien der Wirtschaftlichkeit auszuüben.³⁸

2.3.2 Entscheidungsgründe

Der EuGH mochte der Auffassung des Tribunale nicht folgen und lehnte die Unternehmensqualität des INAIL

38 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 14 f.

im Sinne der Artt. 81 und 82 EGV ab. Der EuGH zeigte zunächst den sozialen Zweck des INAIL auf, den er zwar als notwendig erachtete, als solchen aber für nicht genügend hielt, um eine Einstufung der betreffenden Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen.³⁹ Vielmehr betonte der EuGH erneut, daß es darauf ankomme, wie solidarisch die Versicherung ist und wie wenig autonom der Sozialversicherungsträger agieren kann.

Obwohl sich die Beiträge — an sich für eine privatwirtschaftliche Ausgestaltung typisch — grundsätzlich am zu versichernden Risiko ausrichteten, sah der Gerichtshof keine unmittelbare Proportionalität zwischen Risiko und Beitrag, weil die Beiträge nach dem italienischen Versicherungssystem auch für sehr hohe Risiken einen Höchstbetrag nicht übersteigen konnten. Da die so entstehende Finanzierungslücke von allen Unternehmen derselben Risikogruppen geschlossen wurde, wertete dies der EuGH als wesentliches solidarisches Umverteilungselement.⁴⁰ Ein weiteres solidarisches Element sah der Gerichtshof insbesondere auch darin, daß losgelöst von den erbrachten Beiträgen bei der Berechnung der Rentenleistungen ein Mindest- bzw. Höchstehinkommen als Basis diene. Abhängig vom nationalen Durchschnittseinkommen konnte maximal der 30 % darüber bzw. 30 % darunter liegende Betrag berücksichtigt werden.⁴¹ Hierin lag ein weiterer Umverteilungseffekt zwischen Beziehern hoher Einkommen

39 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 32 ff.

40 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 39.

zugunsten solcher mit niedrigen Einkommen. Zudem stellte der EuGH fest, daß das INAIL nicht nur der staatlichen Aufsicht unterworfen, sondern auch die Höhe der Leistungen und Beiträge staatlich festgesetzt sei, mithin autonome Gestaltungsmöglichkeiten des INAIL ausgeschlossen seien.⁴²

Abschließend betonte der Gerichtshof, daß die Pflichtmitgliedschaft in einem Versicherungssystem wie das des INAIL für dessen finanzielles Gleichgewicht und für die Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität nicht nur kennzeichnend, sondern unerlässlich sei.⁴³ Das INAIL nahm also mit den Worten des EuGH „eine Aufgabe rein sozialer Natur“ wahr, hingegen übte es keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Artt. 81, 82 EGV aus.⁴⁴

Mit der Rechtsprechung zu den Marktfreiheiten ist das nur schwer zu vereinbaren. Letztlich könnte man mit diesem Argumentationsgang die nationale Sozialisierung einzelner Wirtschaftszweige betreiben, ohne sich dem EGV stellen zu müssen. Warum nicht etwa eine staatliche Kfz-Haftpflichtversicherung mit entsprechenden „solidarischen“, also umverteilenden Elementen? Warum keine Bürgerversicherung, die auch in Deutschland die Selbständigen, Freiberufler und Organmitglieder der gesetzlichen Kranken-, Unfall-, Ren-

41 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 40 ff.

42 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 43 f.

43 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 44.

44 EuGH (Fn. 37), Slg. 2002, I-691 Rn. 45.

ten- und Pflegeversicherung zuführt? Weshalb nicht eine nationale Pflichtversicherung gegen Elementarschäden (entsprechend der früheren Feuerversicherung)?

2.4 Erkenntnisse aus der INAIL-Entscheidung

Fragt man nach den Erkenntnissen, die die INAIL-Entscheidung — auch für die europarechtliche Wettbewerbsfestigkeit der berufsgenossenschaftlichen Monopole — liefert, fällt zunächst auf, daß der EuGH ausschließlich auf das Verhältnis zwischen Beitrag und Leistung der Versicherung abstellte. Dagegen spielte es für den EuGH offenbar keine Rolle, daß das INAIL zumindest teilweise Aufgaben der Prävention und Rehabilitation wahrnahm⁴⁵ und das System größtenteils umlagefinanziert war.

Gerade für Präventions- und Rehabilitationsaufgaben wurde im Vorfeld zur ausstehenden INAIL-Entscheidung darauf hingewiesen, daß man das Versicherungsverhältnis nicht isoliert von Prävention und Rehabilitation betrachten könne, sondern vielmehr von einer moderne Unfallversicherungssysteme prägenden „Einheit von Prävention, Rehabilitation und Entschädigung“ auszugehen sei.⁴⁶ Daß der EuGH dennoch allein auf den Zusammenhang zwischen Beitrag und Leistung abstellte, liegt schlicht in der Konse-

45 Fuchs/Giubboni, Das Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs, BG 2001, 320, 328.

quenz des vom EuGH angewandten funktionalen Unternehmensbegriffs, der eben nur die in Rede stehende einzelne Tätigkeit erfaßt.⁴⁷ Insofern hätte die Notwendigkeit der einheitlichen Betrachtung — bejaht man die Unternehmenseigenschaft — allenfalls im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV Relevanz. Selbst dort ist sie aber nicht zwingend, was sich etwa am deutschen Recht des Straßenverkehrs erweist: Seit jeher wird der Schadensausgleich von privaten Versicherungsunternehmen vollzogen, während die Verhütung von Unfällen Aufgabe der öffentlichen Hand ist.⁴⁸

Vor dem Hintergrund des deutschen berufsgenossenschaftlichen Systems war ebenso richtig, daß der EuGH die Frage der Umlagefinanzierung nicht in seine Erwägungen einbezog. Zwar ließen zuvor ergangene Entscheidungen des EuGH zu einer Zusatzrentenversicherung in Frankreich⁴⁹ und zu niederländischen Betriebsrentenfonds⁵⁰ vermuten, daß der EuGH zukünftig die Unternehmensqualität sozialer Sicherungssysteme

46 Fuchs/Giubboni (Fn. 45), BG 2001, 320, 324.

47 Siehe die Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs in Rs. INAIL Rn. 48.

48 Rolfs (Fn. 29), SGB 1998, 202, 207; im Ergebnis ebenfalls eine Trennung bejahend R. Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag (1995), S. 251 f.; anderer Ansicht Heinze, Europarechtliche Rahmenbedingungen der deutschen Unfallversicherung, Festschrift für Gitter (1995), 355, 358 ff.; Fuchs, Vereinbarkeit der Sozialversicherungsmonopole mit dem EG-Recht, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1996, 338, 353.

maßgeblich von der Finanzierungsart abhängig machen würde: Sowohl die französische Zusatzrentenversicherung als auch die niederländischen Betriebsrentenfonds wurden als Unternehmen im Sinne der Artt. 81 ff. EGV eingestuft, auch weil sie kapitaldeckungsfinanziert waren. Richard Giesen hat aber für die gewerblichen Berufsgenossenschaften gezeigt, daß das Umlageverfahren zwar von privatwirtschaftlichen Versicherungsprinzipien abweicht, weil ein Mißverhältnis zwischen Beitrag und übernommenem Risiko entsteht, wenn Gewerbebezüge schrumpfen oder sich ausdehnen. Dieses Mißverhältnis ist aber nicht als Ausdruck eines besonderen sozialen Ausgleichs zu begreifen, sondern wird als Nachteil wegen der damit verbundenen Vorteile der Verwaltungsvereinfachung und Krisensicherung hingenommen.⁵¹ Also: Solidarität, wohin man schaut.

Aus der INAIL-Entscheidung folgt aber auch, daß es für die Unternehmensqualität darauf ankommt, inwieweit die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Beiträgen und Leistungen einer privatwirtschaftlichen Ausgestaltung gleichkommt. Ergibt dieser Vergleich, daß Staats- und Privatwirtschaft mit ähnlichen oder gleichen Mitteln arbeiten, dann liegt eine wirtschaftli-

49 EuGH vom 16.11.1995 - C-244/94 - „FFSA” - Slg. 1995, I-4013 = EuZW 1996, 277 ff.

50 EuGH vom 21.9.1999 - Rs. C-67/96 „Albany” - Slg. 1999, I-5751 = EzA Art. 81 - 82 EG-Vertrag 1999 Nr. 1; EuGH vom 21.9.1999- Rs. C-117/97 - „Brentjens” - Slg. 1999, I-6025 = NZA 2000, 201 ff.

51 R. Giesen (Fn. 48), S. 225 ff.

che Tätigkeit im Sinne der Artt. 81 ff. EGV vor.⁵² Dagegen reicht es nicht aus, wenn nur der gleiche Zweck durch die Privatwirtschaft erreicht werden könnte, weil wohl nach Auffassung des EuGH die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme gerade der Kompetenz der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben sollte.⁵³

Bislang verweigert sich der EuGH in diesem Punkt der sonst in seiner Rechtsprechung anzutreffenden Neigung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung.

2.5 Übertragung auf die deutsche Monopolversicherung

Was bedeutet die INAIL-Entscheidung für die deutschen berufsgenossenschaftlichen Monopole? Wären sie ebenfalls vom EuGH als wettbewerbsfest eingestuft worden, wenn etwa das Sozialgericht Würzburg oder das Sozialgericht Darmstadt die Frage dem EuGH vorgelegt hätten? Das Sozialgericht Darmstadt hatte seinerzeit eine Vorlage an den EuGH auch deshalb abgelehnt, weil das „Zusammenwirken (der) drei traditionellen Aufgabenfelder Prävention, Rehabilitation und Entschädigung (des Sozialversicherungsmonopols der deutschen Unfallversicherung) eine sinnvolle Aufgabenerfüllung ermöglicht, die durch private Unternehmen nicht gewährleistet wäre“⁵⁴. Daß es nach dem EuGH auf Prävention, Rehabilitation und

52 Vgl. Penner, Monopolschutz für die Unfallversicherung, NZS 2003, 234, 237.

53 Penner (Fn. 52), NZS 2003, 234, 238.

auch auf die in Deutschland angewandte Umlagefinanzierung zumindest für die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts nicht ankommt, wurde von den Sozialgerichten nicht erkannt.

Soweit ersichtlich, wird die INAIL-Entscheidung weit-
hin als Bestätigung auch des deutschen berufsgenos-
senschaftlichen Monopols gesehen.⁵⁵ Das ist eher eine Vermutung als Gewißheit: Der EuGH hat zwar klar-
gestellt, daß nicht nur ausschließlich am Solidaritäts-
gedanken ausgerichtete Systeme der sozialen Sicher-
ung, sondern auch Mischsysteme aus privatwirt-
schaftlichen und solidarischen Elementen von vorn-
herein aus dem Anwendungsbereich der Artt. 81 ff.
EGV fallen können.⁵⁶ Wieviel solidarischer Ausgleich
dafür nötig ist, möchte der EuGH aber nicht verraten.

Die Beitragsfestsetzung im berufsgenossenschaftli-
chen System orientiert sich sehr eng am versiche-
rungstechnischen Äquivalenzprinzip und enthält nur
sehr wenige solidarische Elemente.⁵⁷ So werden ge-
mäß § 157 SGB VII die Beiträge nicht ausschließlich
vom Hundert-Satz der Arbeitsentgelte erhoben, son-
dern nach Gefahrklassen gestuft, in denen Gefah-
rengemeinschaften nach Gefährdungsrisiken unter

54 (Fn. 26), BG 2000, 417, 418.

55 Zum Beispiel Sokoll (Fn. 22), BG 2002, 319, 323.

56 Vgl. Penner (Fn. 52), NZS 2003, 234, 236.

57 Etwa R. Giesen (Fn. 48), S. 220 ff.; Papier/Möller, (Fn. 10), NZS 1998, 353, 359; Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht (2000), S. 462 f.

Beachtung eines versicherungsmäßigen Risikoausgleichs gebildet werden. Nach § 162 Abs. 1 SGB VII werden für Betriebe mit besonders hoher bzw. geringer Schadenswahrscheinlichkeit Zuschläge erhoben bzw. Nachlässe gewährt. Solidarische Umverteilung findet dagegen nur in wenigen Fällen statt: Etwa nach dem Fremdrehtengesetz, bei dem Einzug des Insolvenzgeldes⁵⁸ und bei Leistungen an illegal Beschäftigte, für die keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden. Ein solidarisches Moment hat auch die Wegeunfallversicherung: Weil der Unternehmer allenfalls geringfügig auf die Wahrscheinlichkeit von Wegeunfällen Einfluß nehmen kann, sind sie aus dem Beitragsausgleichsverfahren gemäß § 162 SGB VII ausgenommen. Das Wegeunfallrisiko kann so also nicht für das einzelne Unternehmen individualisiert werden, sondern wird innerhalb einer Gefahrentarifstelle solidarisch getragen.⁵⁹

Zwischen dem deutschen und italienischen Beitrags- und Leistungsrecht gibt es aber auch eine Parallele, die wahrscheinlich den EuGH bewogen hätte, auch die Berufsgenossenschaften aus dem Anwendungsbereich der Artt. 81 ff. zu nehmen: Wie im italienischen Unfallversicherungsrecht ist in § 85 SGB VII in Verbindung mit § 18 SGB IV ein Mindest- bzw. Höchstbetrag als Bemessungsgrundlage festgelegt.⁶⁰ Jene Beträge sind ebenfalls an das nationale Durchschnittseinkommen gekoppelt. Von diesem weichen

58 R. Giesen (Fn. 48), S. 233 f.

59 Papier/Möller (Fn. 10), NZS 1998, 353, 359.

der Mindestbetrag um 40 % und der Höchstbetrag um 100% ab. Penner weist dabei zu Recht darauf hin, daß sich das Solidarelement weniger in der Abweichung nach oben als vielmehr zugunsten derjenigen mit niedrigen Einkünften verwirklicht.⁶¹

Aufgrund dieses Vergleiches kann man also vermuten, daß auch das deutsche Unfallversicherungsrecht einer Überprüfung durch den EuGH standhielte.

Selbst wenn man wegen des an sich überwiegend privatwirtschaftlich ausgestalteten Verhältnisses zwischen Beitrag und Leistung für die deutschen Berufsgenossenschaften die Unternehmenseigenschaft annimmt, ist freilich die Wettbewerbswidrigkeit noch nicht bewiesen: Vielmehr sind die Monopole dann etwa an Art. 82 EGV oder an Art. 86 Abs. 2 EGV zu messen.

Insgesamt läßt sich sagen, daß das überkommene berufsgenossenschaftliche System eher „wettbewerbsfest“ ist. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sind aber Tendenzen nicht unbedenklich, die Autonomie der berufsgenossenschaftlichen Selbstverwaltungen zu stärken, ihnen weitere Gestaltungsspielräume zuzugestehen und die wenigen solidarischen Umverteilungselemente wie im Fall des Insolvenzgeldes, der Leistung an illegal Beschäftigte⁶² und des Wegeunfalls zu streichen. So würden nämlich die privatwirtschaftlichen

60 Vgl. Penner (Fn. 52), NZS 2003, 234, 237.

61 Penner (Fn. 52), NZS 2003, 234, 237.

Elemente noch stärker, und die Berufsgenossenschaften rückten immer weiter in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts. Auch wenn aus juristischer Sicht die Wettbewerbsdiskussion durch die INAIL-Entscheidung entschärft wurde, bleibt die ordnungspolitische Diskussion um das „richtige“ System für die Unfallversicherung weiter wichtig — es sei denn, man zieht sich auf den Standpunkt zurück: Wieso ändern, was sich bewährt hat und rechtlich gesichert ist?

3 Ausblick

Ordnungspolitisch mag man die Berufsgenossenschaften als „ineffizientes Relikt aus wilhelminischer Zeit“ sehen und den Fall „eines der letzten Monopole“ fordern⁶³. Richtig ist mit von Hayek aber: „Die einzige Alternative zum Markt aber ist die Lenkung durch eine Behörde“⁶⁴. Diese „bange Wahl“⁶⁵ zwischen Staat und Markt muß nüchtern entschieden werden: Kann Wettbewerb funktionieren? Welche Defizite bringt die öffentlich-rechtliche Bewirtschaftung? Woher kommt der Anpassungsdruck für Berufsgenossenschaften, der insbesondere Wirtschaftlichkeitsreserven aufdeckt? Wo bleibt der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?

62 Breuer, Die Deutschen Berufsgenossenschaften: In weltweitem Vergleich bewährt — wandlungsfähig für die Zukunft, Die Industrie der Steine und Erden, Ausgabe 01/2003.

63 Habermann, (Fn. 16).

64 Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. (1991), S. 347.

65 Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des

Diese Entscheidung ist in erster Linie politischer und nicht rechtlicher Natur. Allerdings kommt Vertrag und Wettbewerb als Freiheitssicherungsinstrumenten ein Primat gegenüber der staatlichen Steuerung zu.⁶⁶ Rechtlich angreifbar ist – mit Blick auf die vom EuGH sonst stets geforderte Verhältnismäßigkeit – vor allem die Zwangsversicherung an den Rändern: Weshalb sind insbesondere Wegeunfälle zwangsversichert, obschon die Teilnahme am allgemeinen Verkehr grundsätzlich Privatsache ist, obschon der Kfz-Verkehr effektiv privatwirtschaftlich versichert ist und obschon die Einheit von Prävention und Rehabilitation hier keine Rolle spielt?

Bislang wird auf der Ebene des europäischen Wettbewerbsrechts zu wenig an die Auswirkung auf weitere Märkte gedacht: Daß berufsgenossenschaftliche Kliniken entstanden sind (beginnend mit der berufsgenossenschaftlichen Krankenanstalt Bergmannsheil in Bochum im Jahre 1890)⁶⁷, um den Mißständen in der Unfallchirurgie abzuhelfen, heißt nicht, daß heute noch ein Eingriff in die Gesundheitsmärkte erforderlich ist. Gerade weil berufsgenossenschaftliche Kliniken wettbewerbs-

Vertragsrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 147, 130, 169; Rittner, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188, 101, 134.

66 Vor allem Rittner (Fn. 65), AcP 188, 101, 134.

67 Zu Grund und Geschichte berufsgenossenschaftlicher Krankenhäuser Seidler, Entwicklung und heutiger Stand des berufsgenossenschaftlichen Heilverfahrens, BG 1986, 668 ff.; Schulin/Breuer (Fn. 19), § 1 Rn. 147.

fähige Leistungen anbieten, ist Wettbewerb dort möglich. Die Versicherung für Wegeunfälle hat Fernwirkungen auf den Straßenverkehrsversicherungsmarkt.

So könnte eine mittlere Linie lauten: Bevor man das System der gesetzlichen Unfallversicherung als Ganzes aufgibt, mag man die privatwirtschaftliche Alternative an den Rändern erproben. Denkbar ist es aber auch, einzelne moderne Branchen aus der Zwangsversicherung in den Versicherungszwang zu entlassen. Niemand nämlich behauptet, daß es ganz ohne Staat ginge, daß insbesondere Unternehmer frei darin seien sollten, überhaupt eine Unfallversicherung zugunsten ihrer Arbeitnehmer abzuschließen.

Wettbewerb und Berufsgenossenschaften

Richard Giesen

1 Das Monopol der Berufsgenossenschaften

Das Sozialgesetzbuch (SGB) VII sichert den Berufsgenossenschaften ein nationales Monopol bei der Versicherung von Arbeitsunfällen, Wegeunfällen und Berufskrankheiten. Sämtliche Arbeitnehmer und noch eine Anzahl weiterer Personen sind nach §§ 2, 3, 105 Abs. 2 S. 2 SGB VII pflichtversichert. Alle Unternehmen, bei denen diese Personen tätig sind, werden für sie gemäß § 150 Abs. 1 SGB VII zur Beitragszahlung bei der jeweils zuständigen Berufsgenossenschaft verpflichtet. Diese ausschließliche Zuständigkeit der Berufsgenossenschaften als Unfallversicherungsträger begründet eine faktische Monopolstellung. Ein zusätzlicher Abschluß weitergehender privater Versicherungsverträge ist zwar nicht verboten. Aber weil er nicht der gesetzlichen Versicherungspflicht genügt, ist er wirtschaftlich sinnlos.¹ Wettbewerb besteht

1 Römer, Die Grenzen des Monopols der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 2; Heinze, Festschrift (FS) Gitter, S. 358 (364 f.); Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 96 ff., 209; Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 3 f., 87, sieht ein faktisches bzw. tatsächliches Monopol dort, wo Rechte der öffentlichen Hand „bestimmten Inhalts“ (z.B. Grundeigentum) zu einer Monopolstellung führen, ohne daß die Ausübung der

demnach nur dort, wo die Sozialversicherung freiwillig ist (§§ 5 f. SGB VII).²

Diese Situation ist nicht zwingend. So wird die gesetzliche Unfallversicherung in Belgien, in Dänemark, in Finnland und in Portugal im Wettbewerb von privaten Versicherungsunternehmen geleistet. In all diesen Staaten sind die Arbeitgeber versicherungspflichtig, und es werden risikoäquivalente Versicherungsprämien erhoben. Durch die Absicherung bei privaten Versicherungsgesellschaften entstehen keine spezifischen Schwierigkeiten bei der Risikovorsorge oder etwa der Leistungserbringung zugunsten von Heilbedürftigen oder Rentenberechtigten. Auch in Spanien wird die Absicherung des Arbeitsunfallrisikos von privaten Versicherern übernommen, die im Wettbewerb stehen. Allerdings haben diese einen Sonderstatus, nach welchem ihnen die Gewinnerzielung verboten ist; nach Wahl des Unternehmers ist die Versicherung bei der staatlichen Aufsichtsbehörde INSS möglich.³

betreffenden Tätigkeit als solche Privaten verwehrt ist. H. Bogs „Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart“, S. 495 ordnet das Sozialversicherungsmonopol in Anlehnung an Badura, a.a.O. S. 113 ff., als öffentlich-rechtliches Leistungsmonopol ein; für die Unfallversicherung zustimmend Römer a.a.O.

- 2 Timmer, FS Schwebler, S. 541 (546 ff.); Wiegand, Betriebs-Berater (BB) 1995, 94 ff.; Giesen, Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1996, 311 (338 f.); zur gesetzlichen Unfallversicherung s. §§ 545, 632, 671 Nr. 9, 762 Abs. 3, 830, 891 RVO.
- 3 In einigen Staaten ist die gesetzliche Unfallversicherung – wie in Deutschland – in staatlicher Hand, wobei aber risikoabhän-

Gesetzliche Monopolstellungen sind unter zwei Gesichtspunkten europarechtlich anfechtbar. Zum einen behindern sie den Wettbewerb im Binnenmarkt, weswegen sie nach dem EU-Wettbewerbsrecht der Art. 81 ff. EG-Vertrages (EGV) überprüft werden können. Auf diese Frage wird sogleich in Abschnitt 2 einzugehen sein. Zum anderen verhindern sie auch die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen oder sonstigen Gütern. Deshalb unterliegen sie den diesbezüglichen Beschränkungsverboten, wie sie sich aus den Grundfreiheiten des EGV ergeben. Die mögliche Verletzung der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 ff. EGV, wird in Abschnitt 3 besprochen. Zuletzt ist in Abschnitt 4 auf die Neugestaltung der Berufsgenossenschaften und die sich dabei ergebenden rechtspolitischen Perspektiven einzugehen.

gige Beiträge erhoben werden, so in Frankreich, Italien, Liechtenstein, Luxemburg, Norwegen und Österreich. In Schweden und Irland sind die Unfallversicherungsbeiträge fix und nicht risikoabhängig, in Großbritannien wird die Unfallversicherung staatlich finanziert, in Island erfolgt eine Mischfinanzierung. In Griechenland und den Niederlanden existiert keine eigene Unfallversicherung, sondern die Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sind innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung mit abgedeckt. Zu den Unfallversicherungssystemen in den EU-Mitgliedstaaten siehe Europäische Kommission (Hrsg.), Soziale Sicherheit in den Mitgliedstaaten der EU und im Europäischen Wirtschaftsraum / MISSOC, Brüssel 2001, S. 72 ff., 84 ff., 96 ff., 104 ff., 341 ff.; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 213 ff.; zur Unfallversicherung in Spanien Pabst, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2003, 355 ff.; zur Unfallversicherung in den Niederlanden Pabst, Die Berufsgenossenschaft (BG) 2002, 580 ff.; zur Unfallversicherung in der Schweiz Pabst, BG 2003, 293 ff.

2 Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts durch das Monopol der Berufsgenossenschaften

2.1 Die Diskussion um das Monopol und die Unternehmenseigenschaft der Berufsgenossenschaften

Die Untersuchung des Ausschließlichkeitsrechts der Berufsgenossenschaften am Maßstab der Art. 86, 82 EGV hat zur Voraussetzung, daß es sich bei ihnen um „Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschriften handelt. Hiervon wird in der wissenschaftlichen Diskussion meist abhängig gemacht, ob man das Monopol der Berufsgenossenschaften für zulässig hält oder nicht. Für die Zulässigkeit des deutschen Unfallversicherungsmonopols haben sich deshalb einige Sozialgerichte ausgesprochen, nämlich das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg, das Sozialgericht (SG) Darmstadt und das SG Würzburg.⁴ Zur Begründung wird vom SG Darmstadt die Ansicht vertreten, wegen der Zugehörigkeit zur Sozialversicherung sei

4 LSG Baden-Württemberg 28.2.2003 – L 1 U 3237/01, HVBG-Info 2003, 1887 ff.; SG Würzburg 28.10.1999, Az. S 5 U 388/96, BG 2000, S. 174 ff., Zusammenfassung auch in Informationsdienst Europäisches Arbeits- u. Sozialrecht (EuroAS) 2000, 79 (nicht rechtskräftig, Berufung anhängig beim BayLSG, Az. L 17 U 477/99); SG Darmstadt 18.1.2000, S 3 U 1300/96, BG 2000, S. 417 f. (nicht rechtskräftig, Berufung anhängig beim HessLSG, Az. L 3 U 260/00).

die Unternehmenseigenschaft zu verneinen.⁵ Das SG Würzburg hat die Unternehmenseigenschaft verneint, weil die gesetzliche Unfallversicherung ohne Gewinnerzielungsabsicht betrieben werde, sozialen Zwecken diene und Präventionsaufgaben erfülle.⁶ Das LSG Baden-Württemberg lehnt die Unternehmenseigenschaft deshalb ab, weil die Berufsgenossenschaften einem sozialen Zweck dienen und dem Solidargrundsatz folgen.⁷ Die Ansicht von der Zulässigkeit des Monopols wird auch außerhalb der Gerichtsbarkeit vertreten, wobei man ebenfalls meist die Unternehmenseigenschaft der Berufsgenossenschaften ablehnt.⁸ Freilich gibt es auch Gegenstimmen, welche die Unternehmenseigenschaft bejahen und auch das Monopol der Berufsgenossenschaften für EU-rechtlich unzulässig halten.⁹ In einigen Publikationen wird aber auch lediglich auf das rechtliche Problem des Unfallversiche-

5 SG Darmstadt 18.1.2000, S. 3 U 1300/96, BG 2000, S. 417 f.

6 SG Würzburg 28.10.1999, Az. S 5 U 388/96, BG 2000, S. 174 (179).

7 LSG Baden-Württemberg 28.2.2003 – L 1 U 3237/01, HVBG-Info 2003, 1887 ff., s. zu diesen Gesichtspunkten unten 2.3.

8 Bieback in: Igl, Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung, S. 7 (17 ff.); Fuchs, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1996, S. 350 ff.; Fuchs/Giubboni, BG 2001, 320 ff.; Heinze, FS Gitter, S. 358 ff.; Rofhs, Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 1998, 202 (207 f.); Sokoll, BG 2002, 319 ff.; Waltermann, Recht der Arbeit (RdA) 1998, 330 (338).

9 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 203 ff.; ders., Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, 134 f.; Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, Rz. 592.

rungsmonopols hingewiesen, ohne daß man im einzelnen Stellung bezieht.¹⁰

2.2 Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern

Der Unternehmensbegriff der Art. 81 ff. EGV erfordert nach der Rechtsprechung „eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“¹¹ Das ausdrückliche Absehen von der institutionellen und finanziellen Verfaßtheit bedeutet, daß hier (ebenso wie im deutschen Wettbewerbsrecht) ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrundegelegt wird.¹² Aufgrund des-

10 Vgl. etwa Eichenhofer, VSSR 1997, 71 (77 f.); Pitschas in: Igl (Hrsg.), Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung, S. 148 (161 f.); Schulte, FS Krasney zum 65. Geburtstag, S. 485 (487 f.); ders., EuroAS 2003, 152 (158 f.); Nußberger in: Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer, Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken, S. 193 (210 f.); Penner, Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2003, 234 (237).

11 Ständige Rechtsprechung, s. etwa EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 (2016); EuGH 17.2.1993, Rs. C-159, 160/91 (Poucet), Slg. 1993, I-637 (669); EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française), Slg. 1996, I-4013 (4025 ff.); EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119 (7147); EuGH 12.9.2000, Rs. C-180-184/98 (Pavlov), Slg. 2000, I-6451 (6520).

12 Emmerich in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H I Rz. 62 ff.; Schröter in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Vor Art. 85-89, Rz. 16 ff.; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 81, Rz. 51 ff.; Slot, FS Everling, S. 1413 (1415 ff.); von Renesse, VSSR 2001, 359 (365 ff.).

sen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) beispielsweise die staatliche Energieversorgung, den staatlichen Rundfunk sowie die staatliche Post und Telekommunikation dem Wettbewerbsrecht unterworfen.¹³ Hoheitliches Handeln dagegen hat er als nicht-unternehmerische Tätigkeit ausgenommen; Beispiele sind die Flugsicherung, die Vergabe von Beerdigungslizenzen und die Abgabenerhebung.¹⁴ Diese Auslegung des Unternehmensbegriffs hat zur Folge, daß bei der Anwendung der Art. 81 ff. EGV nicht auf das Subjekt

-
- 13 EuGH 30.4.1974, Rs. 155/73 (Sacchi), Slg. 1974, 409 (430 f.); EuGH 3.10.1985, Rs. 311/84, (Telemarketing), Slg. 1985, 3261 (3274 ff.); EuGH 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925 (2959 ff.); EuGH 5.10.1994, Rs. C-23/93 (TV 10), Slg. 1994, I-4795 (4830 f.); EuGH 8.2.1994, Rs. C-393/92 (Almelo), Slg. 1994, I-1477 (1518 ff.); EuGH 20.3.1985, Rs. 41/83 (British Telecom), Slg. 1985, 873 (886 ff.); EuGH 19.3.1991, Rs. C-202/88 (Endgeräte), Slg. 1991, I-1223 (1262 ff.); EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (RTT/Inno), Slg. 1991, I-5941 (5979 ff.); EuGH 19.5.1993, Rs. 320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533 ff. = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1993, 422 f.; EuGH 17.5.2001, Rs. C-340/99 (TNT Traco / Poste Italiane), Slg. 2001, I-4109 (4158 ff., Rz. 39 ff.); Everling, *Europarecht (EuR)* 1994, 386 (394 f.); Hancher, *Common Market Law Review (CMLR)* 1994, 857 ff.; Hochbaum, in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rz. 8 ff.; Rapp-Jung, *EuZW* 1994, 464 ff.; Schwarze, *EuZW* 2001, 334 (338 f.).
- 14 EuGH 19.1.1994, Rs. C-364/92 (Eurocontrol), Slg. 1994, I-43 (61 ff.); EuGH 4.5.1988, Rs. 30/87 (Pompes funèbres), Slg. 1988, 2479 (2512); EuGH 12.7.1973, Rs. 2/73 (Geddo), Slg. 1973, 865 (879); EuGH 18.6.1975, Rs. 94/74 (IGAV/ENCC), Slg. 1975, 699 (713); Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, Art. 81, Rz. 67 ff.; Emmerich in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, H I Rz. 63a ff.

gesehen werden darf; es muß vielmehr sein konkretes Handeln „unternehmerisch“ sein. Es geht also trotz des Substantivs „Unternehmen“ nicht darum, wer handelt, sondern wie er handelt, was er also „unternimmt“. Daher ist es bei der Bewertung von Sozialversicherung nicht zulässig, schlichtweg alle Sozialversicherungsträger vom EU-Kartellrecht auszunehmen.¹⁵ Insbesondere sind zunächst der Leistungserbringungsbereich und der Versicherungsbereich voneinander zu unterscheiden. Soweit ein Versicherungsträger gegenüber

15 Für die generelle Nichtanwendbarkeit der Regelungen über Wettbewerb und Grundfreiheiten auf die Sozialversicherung plädiert Fuchs, ZIAS 1996, 338 (347 ff.). Dagegen wendet sich die Mehrheit der Stellungnahmen: Eichenhofer, VSSR 1997, 71 (77 f.); Becker, Juristenzeitung (JZ) 1997, 534 (540 f.); Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 37, 90 EGV, D, Rz. 37; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 132 ff., 149 f.; Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 78 ff.; Möller, VSSR 2001, 25 ff.; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 81 EGV, Rz. 71; Schröter in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann-Schröter, Vor Art. 85-89, Rz. 35; Hochbaum: in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 90, Rz. 16. S. zum Unternehmensbegriff bei der sozialen Vorsorge Behrens in: Igl (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, S. 8 (16 ff.); Ebsen in: Igl (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, S. 22 (31 ff.); Fuchs, ZIAS 1996, 338 (350 ff.); ders. in: Fuchs, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, Einf., Rz. 94 ff.; Gassner, VSSR 2000, 121 (136 ff.); Giesen, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, S. 118 ff., 130 ff.; ders., Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 119 ff.; ders., VSSR 1996, 311 (315 ff.); Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, Rz. 483 ff.; Heinze, FS Gitter, S. 355 ff.; Kunkel, Zeitschrift für Sozial-

Pharmaunternehmen, Kliniken oder Ärzten als Nachfrager für Behandlungsleistungen oder Waren auftritt, liegt eine andere Tätigkeit vor als bei der Risikoübernahme für Versicherte. Daß bei der Nachfrage für Behandlungsleistungen oder Waren das EU-Kartellrecht anzuwenden ist, dürfte nach einer Vielzahl von Entscheidungen zu unterschiedlichen Bereichen heute weitgehend außer Frage stehen.¹⁶ Für die Versicherungstätigkeit in der Sozialversicherung lassen sich aus ihnen aber keine näheren Schlüsse ziehen.

hilfe und Sozialgesetzbuch (ZfSH/SGB) 2002, 397 f.; Rolfs, SGB 1998, 202 (203 ff.); Kunze/Kreikebohm, NZS 2003, 5 ff., 62 ff.; Pietzcker, FS von Maydell, S. 531 ff.; Pitschas, VSSR 1999, 221 (234 ff.); Rebscher, FD von Maydell, S. 549 (555 ff.); von Renesse, VSSR 2001, 359 ff.; Schulz-Weidner, Deutsche Rentenversicherung (DRV) 1997, 449 (451 ff.); Steinmeyer, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, S. 43 ff., 70 ff.; ders. in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 29 Rz. 48 ff.

- 16 S. zur Vermittlung von Führungskräften durch die Bundesanstalt für Arbeit als unternehmerische Tätigkeit EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 ff.; bestätigt für das italienische Arbeitsvermittlungsmonopol in EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119 (7148 ff.). Zur Altenpflege im Rahmen der Sozialhilfe als unternehmerische Tätigkeit, bei dennoch zulässigen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs EuGH 17.6.1997, Rs. C-70/95 (Sodemare), Slg. 1997, I-3395 (3436 ff.); vgl. auch Benicke, ZfSH/SGB 1998, 22 ff.; Kunze/Kreikebohm, NZS 2003, 5, 62 (66); Kuper, EuroAS 1998, 22 ff.; Radermacher, VSSR 1994, 219 ff. Zum Krankentransport als unternehmerische Aktivität EuGH 25.10.2002, Rs. C-475/99 (Ambulanz Glöckner / Landkreis Südpfalz), Slg. 2000, I-8089 ff., s. dazu Kaufmann, ZfSH/SGB 2002, 137 ff. S. zur umstrittenen Frage, ob die Festbetragsregelung der §§ 35 f. SGB V gegen Wettbewerbsrecht

Von Bedeutung für die Untersuchung des Versicherungsmonopols der Berufsgenossenschaften sind vielmehr die Entscheidungen, in welchen der EuGH sich tatsächlich mit versicherungsartiger Vorsorge befaßt hat. Nur hier treten die Sozialversicherer – ähnlich wie Privatversicherungen – mit dem Angebot der wirtschaftlichen Übernahme von Risiken auf. Die Rechtsprechung des EuGH zum unternehmerischen Charakter der Versicherungstätigkeit von Sozialversiche-

verstößt, bejahend Generalanwalt Francis G. Jacobs im Schlußantrag vom 22.5.2003 in den Rsen. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.), noch unveröffentlicht; OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluß zum EuGH v. 18.5.2001 – U (Kart) 28/00; Bundesgerichtshof (BGH) Vorlagebeschlüsse zum EuGH v. 3.7.2001 – KZR 31 und 32/99. Im Jahr 2000 war ein vom LSG NRW gefaßter (für die Zulässigkeit der Regelung votierender) Vorlagebeschluß aufgehoben worden, nachdem die Klage zurückgenommen worden war, LSG NRW Vorlagebeschluß zum EuGH v. 28.9.2000 – L 5 KR 11/95; Aufhebung dieses Beschlusses durch Beschluß des LSG NRW vom 13.3.2001. Zweifel an der EU-kartellrechtlichen Zulässigkeit von § 35 SGB V hatte bereits 1995 das BSG in seinem diesbezüglichen Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geäußert, BSG NZS 1995, 502 (507 f.), bestätigt in BSG SGB 2000, 613 f. (das BVerfG hat die Festbetragsregelung mittlerweile für verfassungsgemäß erklärt, BVerfG 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 und 1 BvL 30/95). Außerdem haben eine Vielzahl von Zivilgerichten unterschiedlich votiert, s. dazu im einzelnen Eichenhofer, Medizinrecht (MedR) 2001, 1 (4 ff.); Hänlein/Kruse, NZS 2000, 165 ff.; Knispel, NZS 2000, 379 ff., 441 ff.; Neumann, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, S. 65 ff.; Oppermann, Soziale Sicherheit 2001, 93 ff.; Steinmeyer, Gesundheit und Gesellschaft (G+G) 05/2000, 44 ff.; Wigge, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd. 48, S. 79 (89 ff.).

Trägern hat sich in den letzten Jahren zunehmend präzisiert und weiterentwickelt. Dabei legt der Gerichtshof einerseits die Feststellung zugrunde, daß das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lasse, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.¹⁷ Andererseits stellt er klar, daß die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Gestaltungsbefugnisse das Gemeinschaftsrecht zu beachten haben.¹⁸

2.2.1 Unternehmenseigenschaft bei der Erfüllung von Versicherungsaufgaben

In der „Poucet“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1993 ging es darum, daß zwei Versicherungspflichtige aus Systemen der Altersversicherung für Handwerker und der gesetzlichen Krankenversicherung austreten

17 Ständige Rechtsprechung, EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal), Slg. 2002, I-691 ff., Rz. 31; EuGH 17.2.1993, Rs. C-159, 160/91 (Poucet), Slg. 1993, I-637 (667). Ebenso – in anderen Zusammenhängen – beispielsweise EuGH 17.6.1997, Rs. C-70/95 (Sodemare), Slg. 1997, I-3395 (3433 f.); EuGH 26.3.1996, Rs. C-238/94 (García), Slg. 1996, I-1673 (1687); EuGH 28.4.1998, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831 (1880) = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 1769 ff.; EuGH 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931 (1942 f.) = NJW 1998, 1771 ff.; EuGH 12.7.2001, Rs. C-157/99 (Smits, Peerbooms), Slg. 2001, I-5473, Tz. 45; s. Giesen, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, S. 17 ff.; Sahmer, NZS 1997, 260 ff.

18 EuGH 28.4.1998, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831 (1880) = NJW 1998, 1769 ff.; EuGH 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931 (1942 f.) = NJW 1998, 1771 ff.; EuGH 12.7.2001, Rs. C-157/99 (Smits, Peerbooms), Slg. 2001, I-5473, Tz. 45.

wollten.¹⁹ Sie hatten sich anderweitig privat versichert und stellten nun das Monopolrecht der Sozialversicherungsträger in Frage. Da es sich bei den Privatversicherern um französische Unternehmen handelte, kam es hierbei ausschließlich auf die Anwendung des EU-Kartellrechts und nicht auf Art. 49 ff. EGV an, denn eine grenzüberschreitende Versicherungsdienstleistung hatten die beiden nicht geplant. Deshalb hatte der EuGH zu prüfen, ob es sich bei der Tätigkeit der Alters- und Krankenversicherungsträger um „unternehmerische“ Aktivität im Sinne der Art. 81 ff. EGV handelte. Dies verneinte der Gerichtshof. Zwei materielle Kriterien legte er seinen Überlegungen zugrunde, nämlich zum einen den mit der Versicherung verfolgten sozialen Zweck und zum anderen den von der Versicherung verwirklichten Grundsatz der Solidarität. Für das System der Krankenversicherung war der Gesundheitszustand der Versicherten beim Abschluß der Versicherung unerheblich. Die erhobenen Beiträge waren einkommensabhängig, obwohl die versicherten Risiken in der Krankenversicherung einkommensunabhängig waren.²⁰ Für das System der Altersversicherung stützte sich der EuGH darauf, daß dieses die Renten im Umlageverfahren finanzierte und daß die Renten teilweise auch ohne vorangegangene Beitragsleistungen gezahlt wurden.²¹

19 EuGH 17.2.1993, Rs. C-159, 160/91 (Poucet), Slg. 1993, I-637 = NJW 1993, 2597 f. mit Anm. Eichenhofer.

20 A.a.O. S. 668; ein weiteres Solidarmoment war das Weiterlaufen des Versicherungsschutzes ein Jahr nach Austritt aus dem Versicherungssystem.

21 A.a.O. S. 668 f.

Im Jahr 1995 folgte dann die Entscheidung des EuGH im Verfahren „Fédération française”.²² Sie betraf nicht die monopolistische Ausschließlichkeitsstellung eines Sozialversicherungsträgers. Vielmehr ging es um die Besserstellung eines Altersversicherungsträgers im Wettbewerb mit privaten Konkurrenten. Diese Zusatzversicherung war staatlicherseits im Wettbewerb bevorteilt worden. Sie hatte keine Verwaltungskosten zu tragen, und die an sie gezahlten Beiträge waren seitens der Versicherten steuerlich absetzbar. Nach Meinung des EuGH lag hier unternehmerische Tätigkeit vor, und zur Begründung verwandte er wiederum die gleichen Argumente wie im „Poucet“-Verfahren. Er verwies zunächst darauf, daß die Zusatzversicherung nach dem Kapitalanlageverfahren finanziert wurde und nicht nach dem Umlageverfahren. Weiter verwies der EuGH auf das fehlende Vorherrschen des Solidarprinzips. Es existierten im Zusatzversicherungssystem einige Solidarmomente, die etwa darin bestanden, daß es eine sechsmonatige Beitragsbefreiung bei Krankheit oder wirtschaftlichen Schwierigkeiten des landwirtschaftlichen Betriebs gab. Diese reichten aber nicht aus, zumal die Versicherung freiwillig war. Die Frage, ob die Bevorzugung des Zusatzversicherungssystems im Wettbewerb zulässig war oder nicht, mußte der Gerichtshof nicht beantworten, da sich die vom nationalen Gericht gestellte Vorlagefrage nur auf die Unternehmenseigenschaft bezogen hatte.

22 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurance u.a. / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche), Slg. 1996, I-4013 (4025 ff.); vgl. auch EuGH 14.12.1995, Rs. C-430, 431/93 (Schijndel), Slg. 1995, I-4705 (4736 ff.) = EuZW 1996, 542 ff.

Die drei am 21.9.1999 entschiedenen Fälle Albany, Bokken und Brentjens²³ betrafen Rentenversicherungssysteme, welche in den Niederlanden durch Tarifvertrag von den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen gebildet worden waren. Aufgrund entsprechender gesetzlicher Regelungen waren alle von diesen Systemen erfaßten Arbeitnehmer bei ihnen versicherungspflichtig. Die Firmen Bokken, Brentjens' und Albany wünschten eine anderweitige private Absicherung ihrer Beschäftigten.²⁴ Der EuGH bejahte hier das Vorliegen eines Unternehmens. Dabei stellte der Gerichtshof darauf ab, daß das System nach dem Kapitaldeckungsverfahren arbeitete und Leistungen erbrachte, deren Höhe vom Anlageerfolg abhing. Zudem verwies er auf Ausnahmeregelungen, welche die

23 EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751 ff.; EuGH 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121 ff.; EuGH 21.9.1999, Rs. C-115-117/97 (Brentjens'), Slg. 1999, I-6025 ff.; s. dazu Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 78 ff.; J. Möller, VSSR 2001, 25 (30 ff.); Emmerich Juristische Schulung (JuS) 2000, 609 ff.; Fleischer, Der Betrieb (DB) 2000, 821 ff.; Stürmer, Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (ZTR) 2000, 293 ff.

24 Der EuGH prüfte zunächst den Tarifvertragsschluß, welcher zur Bildung des Rentenfonds geführt hatte. In diesem sah er kein wettbewerbsrechtlich relevantes Handeln, insbesondere kein Kartell nach Art. 81 EGV. Unter Verweis auf die sozialpolitischen Vorschriften der Art. 136 ff. EGV erklärte der EuGH, daß der EG-Vertrag Absprachen zwischen Tarifvertragsparteien ausdrücklich billige und deshalb nicht gleichzeitig als Kartell verbieten könne, EuGH 21.9.1999, Rs. C-115-117/97 (Brentjens'), Slg. 1999, I-6025, Tz. 50-62; EuGH 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121, Tz. 40-52; EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Tz. 53-70.

Freistellung von der Pflichtversicherung ermöglichen. Die soziale Zielsetzung als solche konnte die Unternehmenseigenschaft nicht begründen.²⁵ Dennoch kam der EuGH zum Schluß zu dem Ergebnis, daß das Ausschließlichkeitsrecht des Fonds nicht gegen den EGV verstieß. Dies begründete er mit der Rechtfertigungsnorm des Art. 86 Abs. 2 EGV (damals Art. 90 Abs. 2 EGV) zugunsten von Unternehmen, welche Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfüllen. Im konkreten Fall verwies er darauf, daß das Rentensystem eine Absicherung zur Verfügung stellte, welche unabhängig von einer Risikoprüfung erfolgte. Dies führte nach Ansicht des Gerichtshofs zu einem sozialen Ausgleich zwischen den „guten“ und den „schlechten“ Risiken, also den gesundheitlich starken und den gesundheitlich schwachen Versicherten.²⁶

Im Verfahren Pavlov ging es um eine Gruppe von Klinikärzten, die verpflichtet waren, in ein niederländisches System der Altersversorgung für Fachärzte (Fachärzte-Fonds) einzuzahlen. Die Ärzte wehrten sich nicht gegen die Vorsorgepflicht als solche, sondern wollten außerhalb des Fondssystem abgesichert werden. Der EuGH erklärte, daß es sich bei diesem System um ein „Unternehmen“ im Sinne der Art. 81 ff. EGV handelte. Zunächst hielt er fest, daß bereits die Bildung des Vorsorgesystems durch die Standesver-

25 EuGH (Brentjens') a.a.O., Tz. 80-87; EuGH (Bokken) a.a.O., Tz. 70-77; EuGH (Albany) a.a.O., Tz. 71-87.

26 EuGH (Brentjens') a.a.O., Tz. 98 ff.; EuGH (Bokken) a.a.O., Tz. 88 ff.; EuGH (Albany) a.a.O., Tz. 98 ff.

tretungen der Ärzte unternehmerischen Charakter hatte.²⁷ Dann untersuchte der EuGH für das Versorgungssystem selbst den Unternehmensbegriff. Diesen bejahte er unter Verweis auf die Entscheidungen in den Verfahren Poucet, Fédération française, Albany, Bokken und Brentjens'. Dabei stellte er darauf ab, daß der Fonds nach dem Kapitaldeckungsverfahren arbeitete und Leistungen erbrachte, deren Höhe er selbst bestimmte.²⁸ Dennoch kam der EuGH zu dem Ergebnis, daß das Ausschließlichkeitsrecht des Fonds nicht gegen den EG-Vertrag verstieß. Er erklärte, es sei nicht ersichtlich, daß der Fonds durch die bloße Ausübung seines Ausschließlichkeitsrechts gegen die Wettbewerbsvorschriften verstoße.²⁹

2.2.2 Insbesondere: Prüfung der Unternehmenseigenschaft im Verfahren „Cisal”

Für die hier zu prüfende Frage nach der Unternehmenseigenschaft der Berufsgenossenschaften ist vor allem die Entscheidung des EuGH im Verfahren „Cisal di Battistello” von Bedeutung.³⁰ In diesem Verfahren ging es um das gesetzliche Monopol der italienischen Unfallversicherung, des Istituto nazionale per l'assicu-

27 EuGH 12.9.2000, Rs. C-180-184/98 (Pavlov), Slg. 2000, I-6451, Tz. 73-101.

28 EuGH (Pavlov) a.a.O., Tz. 102-119.

29 EuGH (Pavlov) a.a.O., Tz. 128 f.

30 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas / Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, INAIL), Slg. 2002, I-691 ff.; s. dazu Sokoll, BG 2002, 319 ff.; Fuchs/Giubboni, BG 2001, 320 ff.

razione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL). Dieser Versicherung unterliegen sämtliche Arbeitnehmer sowie u.a. auch die selbständigen Handwerker. Als Versicherter war auch Herr Battistello erfaßt, der geschäftsführende Gesellschafter einer Schreinerei. Er war bereits bei einer privaten Versicherung unfallversichert. Die Schreinerei weigerte sich, Beiträge für ihn an das INAIL abzuführen und wollte aus dem Zwangsverband der monopolistischen Sozialversicherung austreten.

Auf ihre Klage, mit welcher sie den Beitragsbescheid des INAIL anfocht, legte das italienische Gericht dem EuGH zwei Fragen über die Zulässigkeit des Unfallversicherungsmonopols des INAIL vor. Dabei fragte es insbesondere, ob das INAIL als Unternehmen im Sinne der Art. 81 ff. EGV anzusehen sei. Dies verneinte der EuGH. Bei der Prüfung der Unternehmenseigenschaft verfuhr der EuGH zunächst ähnlich wie in den beiden vorangegangenen Entscheidungen „Poucet“ und „Fédération“.³¹ Weiter wies er darauf hin, daß der Schutz gegen Risiken wie Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten seit langer Zeit zu derjenigen sozialen Vorsorge gehört, welche die Mitgliedstaaten ihrer Bevölkerung oder einem Teil von ihr gewähren. Zudem sei die Unfallversicherung im Koordinierungssystem der VO 1408/71³² integriert.

31 EuGH (Cisal di Battistello Venanzio) a.a.O., Tz. 22, 31.

32 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern vom 14.6.1971, ABI. L 1971, 149/2.

Dann kam er zur eigentlichen Prüfung der Unternehmenseigenschaft. In einem ersten Schritt erklärte er, daß das gesetzliche Unfallversicherungssystem in Italien einen sozialen Zweck verfolgt. Im zweiten Schritt stellte der EuGH klar, daß das Verfolgen des sozialen Zwecks allein noch nicht zur Verneinung der Unternehmenseigenschaft führt. Er prüfte deshalb die Umsetzung des „Grundsatzes der Solidarität“ im Unfallversicherungssystem und die staatliche Steuerung des Unfallversicherungssystems. Die Umsetzung des „Grundsatzes der Solidarität“ erklärte er damit, daß die Beiträge nicht proportional zum versicherten Risiko seien. Des weiteren verwies er auf die staatliche Steuerung des Unfallversicherungssystems und meinte, das INAIL nehme mit der Verwaltung eines der Zweige der sozialen Sicherheit eine Aufgabe rein sozialer Natur wahr.³³

2.2.3 Gibt es neben sozialem Zweck und Solidargrundsatz weitere Merkmale für die fehlende Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherern?

Anders als in den vorangegangenen Entscheidungen hat sich der EuGH in der jüngsten Entscheidung *Cisal* damit offenbar auch an herkömmlichen Sichtweisen in den Mitgliedstaaten orientiert. Dort heißt es, das INAIL nehme eine Aufgabe rein sozialer Natur wahr, und zwar mit der Verwaltung „eines der *traditionellen*³⁴ Zweige der sozialen Sicherheit, der Versicherung gegen

33 EuGH (*Cisal di Battistello Venanzio*) a.a.O., Tz. 34 – 45.

34 Hervorhebung durch den Verfasser.

Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten”.³⁵ Der Hinweis auf die „Tradition“ ist wohl einzigartig in der Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat sich bisher als „Motor der Integration“ und „Hüter der Verträge“ dadurch hervor getan, daß er EU-Recht auch dann anwendet, wenn damit „lieb gewonnene“ Gewohnheiten in einigen Mitgliedstaaten beendet werden mußten. Ohne eine solche Klarheit in der Rechtsanwendung wäre die europäische Integration nicht möglich gewesen. Der Begriff des „Motors der Integration“ klingt zwar etwas merkwürdig für ein Organ, das Recht anzuwenden hat. Trotzdem muß sich der Gerichtshof nun nicht gehalten sehen, selbständig den Rückwärtsgang dieses Motors einzulegen. Der Hinweis des Gerichtshofs auf die „Tradition“ sollte daher in der Weise verstanden werden, daß sich hier der besondere soziale Zweck der gesetzlichen Unfallversicherung manifestiert. Einen eigenen Rechtfertigungsgrund für Wettbewerbsbeschränkungen kann man ihm nicht entnehmen.

Ein weiterer Punkt betrifft die Heranziehung der VO 1408/71 seitens des Gerichtshofs. Durch diese Verordnung werden die Sozialversicherungssysteme in den verschiedenen Mitgliedstaaten aufeinander abgestimmt, um sicher zu stellen, daß die Versicherten keine Nachteile dadurch erleiden, daß sie zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten wechseln.³⁶ Der

35 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal di Battistello), Slg. 2002, I-691 ff., Tz. 45, Hinweise auf die Tradition auch im Schlußantrag des Generalanwalts Francis G. Jacobs, Tz. 3 ff.

36 Die VO 1408/71 enthält ein präzises und bis in die Einzelheiten

EuGH bezieht sich auf diese Verordnung in der *Cisal*-Entscheidung, indem er darauf hinweist, daß auch die gesetzliche Unfallversicherung in Italien in dieses System integriert ist und das INAIL als zuständige Behörde fungiert.³⁷ Hier ist wiederum klarzustellen, daß der Gerichtshof dies lediglich zum Beleg für den „sozialen Zweck“ (im Sinne der Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft) tut, welchen die gesetzliche Unfallversicherung verfolgt. Dagegen ist die Einbindung in das System der Sozialrechtskoordinierung kein Rechtfertigungsgrund für ein Sozialversicherungsmonopol. Es ist ohne weiteres möglich und tatsächlich auch Praxis, daß im Wettbewerb stehende private Unfallversicherer sowohl dem Recht der Privatversicherungen als auch dem Recht der Sozialrechtskoordinierung unterliegen.³⁸

gehendes System der Sozialrechtskoordinierung, das der Verhinderung mittelbarer oder unmittelbarer Diskriminierungen der Versicherten und der sonstigen Leistungsberechtigten dient, vgl. dazu die Kommentierung der Verordnung in Fuchs (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*; Eichenhofer, *Internationales Sozialrecht*, Rz. 121 ff.; ders., *VSSR* 1994, 1 (16 ff.); Schulte in: von Maydell/Ruland (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, Teil 32, Rz. 8 ff., 13 ff.

37 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (*Cisal di Battistello*), Slg. 2002, I-691 ff., Tz. 33.

38 Das ist beispielsweise bei den privaten Unfallversicherern in Belgien, in Dänemark und in Finnland der Fall, s. im einzelnen Art. 4 Abs. 2 und Anhang 2, unter A 4, B 4 und M 3 der Durchführungsverordnung 574/72 zur Verordnung 1408/71, Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemein-

2.2.4 Exkurs: Unternehmerische Sozialversicherung?

Durch die relativ neue Entscheidung im Fall „Danner“ stellt der EuGH seine eigene Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern wieder in Frage. Hier hat er sich auf den Standpunkt gestellt, daß die grenzüberschreitende Sozialversicherung eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EGV darstelle.³⁹ Das Urteil betrifft zwar nicht ausdrücklich die Unternehmenseigenschaft im Sinne der Art. 81 ff. EGV, sondern die Anwendung der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV. Jedoch bestehen sachliche Parallelen. Art. 50 erfaßt alle Leistungen, „die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden“, und die Art. 81 ff. EGV betreffen die unternehmerische Tätigkeit, welche vom EuGH ebenfalls als „wirtschaftliche“ Tätigkeit umschrieben wird. Beide Tatbestandsmerkmale haben die Funktion, gemäß der Vorgabe des Art. 2 Erster Spiegelstrich EGV die ökonomische Dimension des Binnenmarktprinzips zu definieren und gegen den außer-ökonomischen Bereich abzugrenzen.

schaft zu- und abwandern vom 21.3.1972, ABI. L 1972, 74/1; vgl. Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 110, 214 ff.

39 EuGH 3.10.2002, Rs. C-136/00 (Rolf Dieter Danner), Slg. 2002, I-8147 ff., Tz. 26 f., s. dazu Schulz-Weidner, ZESAR 2003, 58 ff. Die Entscheidung ist einige Monate später in anderem Zusammenhang bestätigt worden, EuGH 26.6.2003, Rs. C-422/01 (Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ), Ola Ramstedt / Riksskatteverket), Tz. 43 ff., noch nicht in Slg.

Meines Erachtens ist dieser – in EuGH „Danner“ anklingenden – Ansicht zu folgen.⁴⁰ In der Tat können die Kernelemente des sozialen Zwecks und des Solidarprinzips keine Hinweise dafür liefern, ob eine Tätigkeit „unternehmerisch“ ist oder nicht. Vielmehr kommt es darauf an, ob und inwiefern Vorsorge getroffen wird, die auch von privaten Versicherungen angeboten wird oder angeboten werden könnte. Aus der Sicht des Versicherten ist es nämlich gleichgültig, ob er seine Vorsorge aus staatlicher oder privater Hand erhält. Die vom EuGH entwickelten Grundsätze sollten deshalb nicht im Rahmen der Frage nach der Unternehmenseigenschaft geprüft werden, sondern als Kriterien, welche die eventuell mit der Vorsorge verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen können, also insbesondere im Rahmen der Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV. Dies hat der EuGH auch in den Entscheidungen Albany, Bokken und Brentjens⁴¹ so gehandhabt.

Allerdings hat sich diese Ansicht wohl nicht durchsetzen können. Im Gegenteil hat der EuGH in der *Cisal*-Entscheidung seine frühere Rechtsprechung wieder

40 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 119 ff.; ders., VSSR 1996, 311 (321 ff.); ders., Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, S. 130 f.; ebenso Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 37, 90 EGV, C, Rz. 11 f., D, Rz. 37.

41 EuGH 21.9.1999, Rs. C-115-117/97 (Brentjens⁴¹), Slg. 1999, I-6025, Tz. 98 ff.; EuGH 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121, Tz. 88 ff.; EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Tz. 98 ff.

aufgegriffen, und auch die Literatur hat diese Kriterien übernommen.⁴² Deshalb soll im folgenden diese Rechtsprechung weiter zugrunde gelegt werden.

2.3 Unternehmenseigenschaft der Berufsgenossenschaften

Demnach ist zu prüfen, ob die deutschen Berufsgenossenschaften bei ihrer Versicherungstätigkeit den Begriff des „Unternehmens“ im Sinne der Art. 81 ff. EGV erfüllen. Dabei sind nach der EuGH-Rechtsprechung folgende Punkte unbeachtlich: Der Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts, die Form der Finanzierung durch Beitragserhebung und die Übernahme hoheitlicher Funktionen außerhalb des Versicherungsbereichs. Es sind vielmehr die beiden Kernelemente zu untersuchen, welche nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH im Bereich der sozialen Vorsorge die Annahme nicht-unternehmerischer Tätigkeit rechtfertigen. Es handelt sich, wie oben festgestellt, um den sozialen Zweck des Vorsorgesystems und das bei ihm verfolgte Solidarprinzip.

2.3.1 Sozialer Zweck

Zunächst ist festzustellen, ob das System der deutschen Unfallversicherung einem „sozialen Zweck“ dient. Das ist ohne weiteres zu bejahen. Ebenso wie die sonstigen Systeme der sozialen Sicherheit dient

⁴² Eichenhofer, VSSR 1997, 71 (77 f.); Fuchs, ZIAS 1996, 338 (350 ff.); Schulz-Weidner, DRV 1997, 449 (451 f., 461); s. auch Becker, JZ 1997, 534 (539 f.); Sahmer, NZS 1997, 260 ff.

sie der Absicherung der Versicherungspflichtigen gegen einschneidende allgemeine Lebensrisiken, nämlich das Risiko des Arbeitsunfalls, des Wegeunfalls⁴³ und der Berufskrankheit durch Heilfürsorge und Rentenleistungen für Geschädigte und Hinterbliebene. Sie entspricht damit nicht nur individuellen, sondern auch gesellschaftlichen Interessen. Zudem bewirkt die versicherungsmäßige Übernahme dieser Risiken eine Entlastung der Arbeitsbeziehungen und eine Sicherung des Betriebsfriedens. Denn mit Hilfe des „Haftungersetzungsprinzips“ nach §§ 104 ff. SGB VII wird eine haftungsrechtliche Privilegierung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern sichergestellt, welche die Versicherten bei einem Versicherungsfall schädigen.⁴⁴

2.3.2 Der Solidargrundsatz nach der EuGH-Rechtsprechung

Es fragt sich weiter, ob und inwieweit bei der Versicherungstätigkeit der Berufsgenossenschaften dem Grundsatz der Solidarität gefolgt wird. Dieser Grundsatz manifestiert sich nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere im Umlageverfahren der Altersvorsorge und in der risikounabhängigen Beitragserhe-

43 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Sozialversicherung auch für das Risiko des Wegeunfalls LSG Brandenburg 24.9.2001 - L 7 U 88/00, BG 2002, 325 = NZS 2002, 489.

44 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 246; LSG Baden-Württemberg 28.2.2003 - L 1 U 3237/01, HVBG-Info 2003, 1887 ff.

45 EuGH 17.2.1993, Rs. C-159, 160/91 (Poucet), Slg. 1993, I-637 (669 ff.); EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française), Slg. 1996, I-4013 (4025 ff.).

bung.⁴⁵ Diese Solidarmomente sind als solche in der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung nicht vorzufinden. So sind nach §§ 152 ff. SGB VII die Beiträge grundsätzlich risikoabhängig. Das heißt, daß Ausgleichselemente wie in der Krankenversicherung nicht existieren, in der bewußt auf eine Risikoprüfung zu Beginn und während des Versicherungsverhältnisses verzichtet wird, um gerade den „schlechten“ Risiken zu helfen, nämlich den schützenswerten gesundheitlich Schwachen.⁴⁶ Auch ein Solidarausgleich wie in der umlagefinanzierten Altersvorsorge besteht in der gesetzlichen Unfallversicherung nicht.⁴⁷

2.3.3 Solidargrundsatz nach EuGH „Cisal di Battistello“

Die Versicherungstätigkeit der Berufsgenossenschaften ist demnach als unternehmerische Tätigkeit nach Art. 81 ff. EGV zu bewerten. Freilich sind die Grundsätze des EuGH zuletzt ergänzt worden durch das Urteil „Cisal di Battistello“.⁴⁸ Dieses betraf die gesetzliche Unfallversicherung und ihr Monopol. Zwar bezog sie sich auf das System der italienischen Unfallversicherung des INAIL. Es steht aber wegen der Ähnlichkeiten von deutschem und italienischem System außer Frage, daß diese Entscheidung auch für die Beurteilung des deutschen Unfallversicherungs-

46 S. im einzelnen Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 154 ff., 163 ff.

47 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 258 ff.

48 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal di Battistello), Slg. 2002, I-691 ff., Tz. 40 f.

monopols von größter Bedeutung ist. In Deutschland sind daher von Seiten der Berufsgenossenschaften und auch aus der Wissenschaft einige Stellungnahmen abgegeben worden, welche aus der EuGH-Entscheidung ein Präjudiz für das hiesige System herauslesen.⁴⁹ Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten, es bleibe zwar „wegen der nach wie vor offenen Frage zum Mindestmaß an solidarischen Elementen noch ein abweichendes Ergebnis begründbar, jedoch (spreche) die ähnliche Ausgestaltung dafür, daß der EuGH auch bezüglich des deutschen Systems zur gleichen Einstufung käme.“⁵⁰

Problematisch ist hierbei die Handhabung des Grundsatzes der Solidarität durch den EuGH in der „Cisal“-Entscheidung.⁵¹ Der Gerichtshof erklärte, das Versicherungssystem des INAIL werde durch Beiträge finanziert, „deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist“. Dabei sprach er die folgenden drei Punkte an: Erstens könne der Beitragssatz – auch bei sehr hohen Risiken – einen bestimmten Höchstbetrag nicht überschreiten. Die Lücke werde dementsprechend von den anderen beitragspflichtigen Unter-

49 Sokoll, BG 2002, 319 ff.; s. bereits im Vorfeld der Entscheidung Fuchs/Giubboni, BG 2001, 320 ff. S. allgemein auch die Befürwortung des Monopols in Hoffmann/Saier, BG 2002, 310 ff. und beim Hauptgeschäftsführer des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Breuer, Soziale Sicherheit 2003, 191 ff.

50 Penner, NZS 2003, 234 (237).

51 EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal), Slg. 2002, I-691 ff., Tz. 39–42.

nehmen geschlossen.⁵² Zweitens würden die Beiträge nicht nur auf der Grundlage des versicherten Risikos berechnet, sondern auch nach Maßgabe der Einkünfte der Versicherten.⁵³ Drittens sei die Leistungshöhe nicht proportional zu den Einkünften des Versicherten, da für die Rentenberechnung nur die Gehälter berücksichtigt würden, die zwischen einem Mindest- und einem Höchstbetrag liegen.⁵⁴

Diese Argumente sind im einzelnen wenig überzeugend. Sie ändern nichts an der prinzipiellen Risikoäquivalenz der Beiträge im italienischen Unfallversicherungssystem. Es liegt auf der Hand, daß die betreffenden Umverteilungsmechanismen eher steuerlicher Natur sind und ohne weiteres aus dem Unfallversicherungssystem herausgenommen werden können; sie lassen sich keineswegs mit dem Solidargrundsatz bei der umlagefinanzierten Altersvorsorge oder mit dem Solidargrundsatz in der Krankenversicherung vergleichen.⁵⁵ All diese Bedenken können vorliegend aber dahingestellt bleiben. Denn bei näherer Be-

52 EuGH (Cisal) a.a.O., Tz. 39.

53 EuGH (Cisal) a.a.O., Tz. 39.

54 Der Mindest- und der Höchstbetrag liegt nach italienischem Recht jeweils 30% unter und 30% über dem nationalen Durchschnittseinkommen, EuGH (Cisal) a.a.O., Tz. 40 f.

55 S. einerseits zu den fehlenden Möglichkeiten der „Entwischung“ von sozialem Ausgleich und Risikoversorge in der Alters- und der Krankenversicherung Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 163 ff., 183 ff.; andererseits zu den Möglichkeiten der „Entwischung“ von sozialem Ausgleich und Risikoversorge in der Unfallversicherung Giesen a.a.O. S. 253 ff.

trachtung zeigt sich, daß die vom EuGH in der „Cisal“-Entscheidung hervorgehobenen Elemente des Solidarausgleichs in der deutschen Unfallversicherung nicht existieren:

- (1) In Deutschland existiert keine Regelung, nach welcher der Beitragssatz bei hohen Risiken einen bestimmten Höchstbetrag nicht überschreiten darf. Insbesondere die Vorschriften der §§ 157, 162 SGB VII über den Gefahrarif sowie über risikoabhängige Zuschläge, Nachlässe und Prämien schließen dies aus.
- (2) Nach § 153 SGB VII sind die Einkünfte der Versicherten zwar ebenfalls ein Berechnungsfaktor für die Beitragsberechnung, nämlich das Arbeitsentgelt in der Spanne zwischen einem Mindestverdienst und einem Höchstverdienst.⁵⁶ Diese Zugrundelegung des – leistungsbestimmenden – Arbeitsentgelts dient dazu, risikoadäquate Beiträge zu erheben, da die meisten Ausgaben ebenfalls vom Arbeitsentgelt abhängig sind. Die Ausgaben für die – von den Ausgaben her nicht einkommensabhängige – ambulante und stationäre Heilbehandlung und für vergleichbare Leistungen betragen für

56 Das Mindestverdienst ist hierbei nicht zwingend vorgesehen, sondern kann durch Satzung festgelegt werden. Das Höchstjahresarbeitsverdienst richtet sich ebenfalls nach der Satzung, § 153 Abs. 2, 3, §§ 81 ff. SGB VII. Die Rahmensummen sind nicht nur für die Beitragsberechnung ausschlaggebend, sondern auch für die Leistungsberechnung, insbesondere für Rentenberechnungen.

das Jahr 2002 lediglich 12,4 % der Ausgaben. Das entspricht in etwa den 14,5 % Einnahmen, welche die Berufsgenossenschaften außerhalb der allgemeinen Versicherungsbeitragseinnahmen haben.⁵⁷

- (3) Zuletzt ist auch die dritte Aussage des EuGH zum italienischen Unfallversicherungssystem für das deutsche System nicht einschlägig. Danach ist in Italien die Leistungshöhe nicht proportional zu den Einkünften des Versicherten, da für die Rentenberechnung nur die Gehälter berücksichtigt werden, die zwischen einem Mindest- und einem Höchstbetrag liegen. Nach deutschem Recht werden das Mindestarbeitsverdienst und das Höchstjahresarbeitsverdienst, welche der Beitragsberechnung zugrundeliegen, auch für die Berechnung der einkommensabhängigen Leistungen zugrundegelegt.⁵⁸

Damit stellt sich weiter die Frage, ob das deutsche System über Gestaltungselemente verfügt, welche zwar nicht dieselben, aber ähnliche Umverteilungsmechanismen haben wie die vom EuGH festgestellten Solidarprinzipien. In der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung sind die Versicherungsbeiträge ebenso wie in der Privatversicherung risikoabhängig. Die §§ 152 ff. SGB VII haben einen risikoäquivalenten Beitrag zum Ziel. Auch nach §§ 176 ff. SGB VII folgt kein sozialer Ausgleich in der gesetzlichen Unfallversicherung.

57 Zahlen nach Reiß, BG-Statistik, BG 2003, 347 (359).

58 S. §§ 47 ff., 56 ff., 65 f., 68 ff., 75 ff. in Verbindung mit §§ 81 ff. SGB VII sowie § 153 Abs. 2, 3, §§ 81 ff. SGB VII.

Die Funktion des dort geregelten Lastenteilungssystems liegt nicht im sozialen Ausgleich zwischen unterschiedlichen Berufsgenossenschaften, sondern einzig darin, Abweichungen des Umlageverfahrens vom Äquivalenzprinzip aufzufangen.⁵⁹ Im Fall einer Umstellung auf die Kapitaldeckung wäre eine Verteilung von Lasten nach §§ 176 ff. SGB VII obsolet.⁶⁰

Dennoch existieren Solidarprinzipien in der deutschen Unfallversicherung, wenn auch nur in Teilbereichen. So nutzt man die gesetzliche Unfallversicherung, um durch staatliche Zuschüsse für manche Unternehmenssparten zu günstigeren Beitragssätzen zu kommen und sie so zu subventionieren. Staatliche Zuschüsse werden gezahlt in der landwirtschaftlichen Unfallversicherung und der See-Unfallversicherung. Es existieren Umverteilungsmechanismen durch die Erhebung der Insolvenzgeldumlage und durch die Leistung von Fremdreuten. Zudem gibt es Quersubventio-

59 Das Umlageverfahren führt bei Schrumpfen eines Wirtschaftszweiges zu einer Umverteilung zugunsten der Unternehmen, in deren Verantwortung die Schäden entstanden sind und zulasten der Unternehmen, die ihnen nachfolgen. Bei einer Lastenteilung ist das Ergebnis eine unerwünschte Umverteilung zugunsten der früheren Schadenverursacher einer Branche und zulasten aller Unternehmen, deren Berufsgenossenschaften am Lastenausgleich beteiligt sind, Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 225 ff., s. auch BVerfG 19.12.1967 - 2 BvL 4/65. NJW 1968, 739 ff.

60 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 229, 257. Dasselbe gilt für das Lastenausgleichsverfahren nach §§ 173 f. SGB VII, Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 227.

nierungen zwischen den Unfallversicherungsträgern bei Zahlungsschwierigkeiten und strukturellen Problemen. Zuletzt wird auch die Unfallverhütung als hoheitliche nicht-unternehmerische Tätigkeit durch die Beiträge mitfinanziert.⁶¹ Freilich sind diese Leistungen marginal. Ihrem Wesen nach haben sie nichts mit Unfallversicherung zu tun, und ihre Finanzierung wie auch ihre gesamte Durchführung könnten ohne weiteres von der Unfallvorsorge getrennt werden. Sie ändern nichts daran, daß der Solidargrundsatz für die eigentliche Unfallvorsorge nicht gilt, da Sinn und Zweck der Beitrags-erhebung und der Leistungserbringung nach §§ 152 ff. SGB VII gerade die Risikoäquivalenz ist. Sie lassen sich allenfalls mit den wirtschaftlichen Ausgleichsmechanismen vergleichen, die der EuGH im Verfahren der Rentenversicherung für Landwirte in der Entscheidung „Fédération française“ zu untersuchen hatte.⁶²

2.4 Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 86 Abs. 1, 82 EGV

2.4.1 Wettbewerbsrechtliche Überprüfung staatlicher Monopolbildung

Die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 82 EGV sind insoweit erfüllt, als die Berufsgenossenschaften auf dem deutschen Markt der Unfallversicherungsleistungen eine

61 S. im einzelnen Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 220 ff.; s. zu den entsprechenden Zahlen Reiß, BG-Statistik, BG 2003, 347 ff.

62 EuGH 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française), Slg. 1996, I-4013 (4026 f.).

marktbeherrschende Stellung innehaben.⁶³ Zudem ist auch die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 82 EGV einschlägig, weil das Ausschließlichkeitsrecht der Berufsgenossenschaften den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt bzw. verhindert.⁶⁴ Eine staatlicherseits verschaffte gesetzliche Monopolstellung ist nicht ohne weiteres nach dem EU-Wettbewerbsrecht unzulässig. Jedoch ist es den Mitgliedstaaten gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV verboten, wettbewerbswidrige Maßnahmen in bezug auf öffentliche Unternehmen zu ergreifen oder in bezug auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewährt haben. Auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 1 EGV hat sich eine ständige Rechtsprechung des EuGH entwickelt, nach welcher dieser die staatliche Ausschließlichkeits- bzw. Monopolstellung überprüft hat. Die Rechtsprechung läßt sich in zwei Fallgruppen teilen:

Zum einen ist es den Staaten verboten, Maßnahmen zu ergreifen, welche Kartellrechtsverstöße von öffentlichen Unternehmen bewirken oder unterstützen.⁶⁵ Zum anderen ist es unzulässig, öffentliche Unter-

63 Vgl. zur Marktabgrenzung in sachlicher und räumlicher Hinsicht Emmerich in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H I Rz. 189a ff.; Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82, Rz. 29 ff.; Schröter in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Art. 86, Rz. 107 ff.

64 S. Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82, Rz. 263.

65 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 (2018); EuGH 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925

nehmen in eine Situation zu bringen, in die sie sich durch selbständige Verhaltensweisen nicht ohne Kartellrechtsverstoß versetzen könnten.⁶⁶ Beide Varianten haben zu Entscheidungen geführt, in denen staatliche Monopolrechte für unzulässig erklärt wurden.⁶⁷

(2962); EuGH 10.12.1991, Rs. C-179/90 (Merci convenzionali), Slg. 1991, I-5889 (5928); EuGH 17.5.1994, Rs. C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, I-1783 (1825); EuGH 6.4.1995, Rs. C-241, 242/91 P (Radio Telefis Eireann), Slg. I-743 (822 ff.) = EuZW 1995, 339 (342); EuGH 14.12.1995, Rs. C-387/93 (Banchemo), Slg. 1995, I-4663 (4699 f.); EuGH 17.7.1997, Rs. C-242/95 (GT-Link), Slg. 1997, I-4449 (4464 f.); EuGH 11.11.1997, Rs. C-359, 379/95 P (Ladbroke Racing), Slg. 1997, I-6265 (6312 f.); EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119 (7148 ff.); EuGH 12.2.1998, Rs. C-163/96 (Raso), Slg. 1998, I-533 (579 f.); EuGH 23.5.2000, Rs. C-209/98 (FFAD, Sydhavens Sten), Slg. 2000, I-3743 (3797 ff.); EuGH 8.6.2000, Rs. C-258/98 (Carra), Slg. 2000, I-4217 (4238 f.); EuGH 17.5.2001, Rs. C-340/99 (TNT Traco / Poste Italiane), Slg. 2001, I-4109 (4160 f., Rz. 44 ff.); Emmerich in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H II Rz. 35 ff.; Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 EGV, Rz. 115.

66 EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (RTT/Inno), Slg. 1991, I-5941 (5980); EuGH 17.11.1992, Rs. C-271, C-281, C-289/90 (Telekommunikationsdienste), Slg. 1992, I-5833 (5868); EuGH 19.5.1993, Rs. 320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533 (2567 ff.) = EuZW 1993, 422 f.; Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 EGV, Rz. 115; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 69 ff.; Fesemair, Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht, S. 128 ff.; Hancher, CMLR 1994, 105 (113 ff.); Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 37, 90 EGV, C, Rz. 11 ff., 51 ff.; Emmerich in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H II Rz. 66 ff.; Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, S. 146 ff.

67 EuGH a.a.Oen.

Die erstere Variante führte in der Entscheidung „Höfner“⁶⁸ dazu, daß das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit Anfang der 90er Jahre beseitigt wurde. Das nach §§ 4, 13 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) festgelegte Monopol führte nach damaliger Ansicht zur Unwirksamkeit privater Vermittlungsverträge gemäß § 134 BGB.⁶⁹ Im konkreten Fall hatte einer von vielen Personalvermittlern, die trotz des Verbots existierten, seine Honorarforderung von einem Kunden eingeklagt, und dieser hatte sich auf die Ausschließlichkeitsrechte der Bundesanstalt berufen. Auf die Vorlage des OLG München entschied der EuGH, daß die Bundesanstalt für Arbeit ein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts sei. Die Bundesrepublik, so der Gerichtshof, hatte mit dem Monopol eine Situation geschaffen, in der die Bundesanstalt „zwangsläufig gegen Art. 82 EGV“ (damals Art. 86 EGV) verstoßen mußte.⁷⁰ Deshalb wurde das Monopol für unzulässig erklärt. Diese Rechtsprechung hat der EuGH später mehrfach bestätigt. Die Ent-

68 EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 ff.

69 BGH, BB 1978, 1415 (1416); BGH, DB 1974, 2397 f.; BGH, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1973, 1024 (1026); BGH, WM 1969, 404 (405 f.); BGH, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW RR) 1986, 732; vgl. Pallasch/Steckermeier, NZA 1991, 913 (922 f.); Maurer/Herbert, NZA 1991, 416 (421); Clausnitzer, Soziale Sicherheit 1994, 91 ff.; s. aber auch LSG NRW, NZA 1990, 374 (375 f.); Emmerich BB, Beilage 3/1989, 9 (11 f.).

70 Die Bundesanstalt sei nicht in der Lage, die Nachfrage zu befriedigen, während gleichzeitig die betreffende Leistung der Konkurrenz verboten werde, EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 (2019).

scheidungen bezogen sich zum Teil auf Arbeitsvermittlungsmonopole,⁷¹ aber auch auf Monopolrechte für Postdienste, öffentliche Rundfunkanstalten, Lotterieu Unternehmen und Hafendienstleister. Stets wurden hier Monopole wegen der mit ihnen herbeigeführten Wettbewerbsverstöße für rechtswidrig erklärt.⁷² Allerdings existieren auch zwei Entscheidungen, in welchen der EuGH keine Gefahren für Wettbewerbsverletzungen des Monopolisten annahm und deshalb dessen staatliche Ausschließlichkeitsrechte billigte.⁷³

71 EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119 (7148 ff.); EuGH 12.2.1998, Rs. C-163/96 (Raso), Slg. 1998, I-533 (579 f.); EuGH 8.6.2000, Rs. C-258/98 (Carra), Slg. 2000, I-4217 (4238 f.).

72 EuGH 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925 (2962); EuGH 10.12.1991, Rs. C-179/90 (Merci convenzionali), Slg. 1991, I-5889 (5928); EuGH 17.5.1994, Rs. C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, I-1783 (1825); EuGH 6.4.1995, Rs. C-241, 242/91 P (Radio Telefis Eireann), Slg. I-743 (822 ff.) = EuZW 1995, 339 (342); EuGH 14.12.1995, Rs. C-387/93 (Banchemo), Slg. 1995, I-4663 (4699 f.); EuGH 17.7.1997, Rs. C-242/95 (GT-Link), Slg. 1997, I-4449 (4464 f.); EuGH 11.11.1997, Rs. C-359, 379/95 P (Ladbroke Racing), Slg. 1997, I-6265 (6312 f.); EuGH 23.5.2000, Rs. C-209/98 (FFAD, Sydhavens Sten), Slg. 2000, I-3743 (3797 ff.); EuGH 17.5.2001, Rs. C-340/99 (TNT Traco / Poste Italiane), Slg. 2001, I-4109 (4160 f., Rz. 44 ff.); Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 EGV, Rz. 114 ff.; Emmerich in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H II Rz. 66 ff.; Ehlermann, Managing Monopolies: the role of the state in controlling market dominance in the European Community, *European Competition Law Review* (ECLR) 1993, 61 (66 f.).

73 Das bejahte der Gerichtshof beim Monopol regionaler französischer Rinderbesamungsstationen in Frankreich sowie beim

Die zweite Variante zur Überprüfung staatlicher Ausschließlichkeitsstellungen ist diejenige, in welcher öffentliche Unternehmen von Staaten in eine Situation gebracht werden, in die sie sich durch selbständige Verhaltensweisen nicht ohne Kartellrechtsverstoß versetzen könnten. Diese Aussage bezog der EuGH zunächst auf die Erweiterung bereits bestehender Monopole. Deshalb erklärte der EuGH die staatliche Ausdehnung von Monopolen für unzulässig, etwa im Bereich des Handels mit Telekommunikationsgeräten.⁷⁴ Später hat der Gerichtshof dies nicht nur auf die Ausdehnung von Monopolen bezogen, sondern auch bereits auf deren Schaffung.⁷⁵

Monopol des niederländischen ärztlichen Rentenfonds im Fall „Pavlov“, EuGH 5.10.1994, Rs. C-323/93 (Centre d'insémination), Slg. 1994, I-5077 (5104 f.); EuGH 12.9.2000, Rs. C-180-184/98 (Pavlov), Slg. 2000, I-6451, Tz. 128 f.

- 74 EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (RTT/Inno), Slg. 1991, I-5941 (5980); EuGH 17.11.1992, Rs. C-271, C-281, C-289/90 (Telekommunikationsdienste), Slg. 1992, I-5833 (5868); EuGH 27.10.1993, Rs. C-46, C-93/91 (Lagauche), Slg. 1993, I-5267 (5331 ff.); EuGH 27.10.1993, Rs. C-69/91 (Decoster), Slg. 1993, I-5335 (5380 f.); vgl. auch EuGH 14.12.1995, Rs. C-387/93 (Banchemo), Slg. 1995, I-4663 (4699 f.).
- 75 EuGH 19.5.1993, Rs. 320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533 ff. = EuZW 1993, 422 f.; EuGH 17.5.2001, Rs. C-340/99 (TNT Traco / Poste Italiane), Slg. 2001, I-4109 (4158 ff., Rz. 39 ff.); EuGH 11.11.1997, Rs. C-359, 379/95 P (Ladbroke), Slg. 1997, I-6265 (6312 f.); Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 EGV, Rz. 114 ff.; Everling, EuR 1994, 386 (394 f.); Hancher, CMLR 1994, 857 ff.; Giesen, ECLR 1993, 279 ff.; ders., Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 73 ff.

2.4.2 Bewirken und Unterstützen von Wettbewerbsverstößen

Zunächst zur ersten Fallgruppe, dem Bewirken und Unterstützen von Kartellrechtsverstößen durch das gesetzliche Monopol. Bei der Anwendung dieser Fallgruppe stellt sich ein grundlegendes Problem: Prinzipiell birgt ein Monopol immer die Gefahr des Mißbrauchs und sonstiger Verhaltensweisen des Monopolisten, die er ohne Monopol nicht an den Tag legen würde. Die Preisbildung in einem Monopol ist im allgemeinen ökonomischen Modell, wenn keine Korrektive greifen, eine typische „Monopolpreisbildung“, welche geprägt wird durch höhere Preise und ein geringeres bzw. geringerwertiges Angebot. Insofern ließe sich die Behauptung aufstellen, daß jede gesetzliche Schaffung oder Unterstützung eines Monopols „automatisch“ Wettbewerbsverstöße des Monopolisten nach sich zieht. Dennoch hat sich der Gerichtshof hierauf nicht beschränkt, sondern stets geprüft, ob konkrete Kartellrechtsverstöße von öffentlichen Unternehmen bewirkt oder unterstützt werden.⁷⁶ Deutlich wird dies etwa im Fall „Höfner“, als der EuGH darlegte, daß die Bundesanstalt für Arbeit bestimmte Marktsegmente

76 Ständige Rechtsprechung, s. etwa EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 (2018); EuGH 11.11.1997, Rs. C-359, 379/95 P (Ladbroke), Slg. 1997, I-6265 (6312 f.); EuGH 11.12.1997, Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119 (7148 ff.); EuGH 12.2.1998, Rs. C-163/96 (Raso), Slg. 1998, I-533 (579 f.); EuGH 23.5.2000, Rs. C-209/98 (FFAD, Sydhavens Sten), Slg. 2000, I-3743 (3797 ff.) ff.; EuGH 8.6.2000, Rs. C-258/98 (Carra), Slg. 2000, I-4217 (4238 f.); Emmerich in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H II Rz. 35 ff.

der Vermittlung von Führungskräften den privaten Konkurrenten zwar wegen eigener Überforderung überließ, sich jedoch innerhalb der dadurch geschaffenen Wettbewerbssituation dadurch Vorteile verschaffte, daß die Vermittlungsverträge der Privaten aufgrund der damaligen Rechtslage (nach §§ 4, 13 AFG, § 134 BGB) unwirksam waren.⁷⁷

Für die Berufsgenossenschaften ist es schwierig, eine solche durch das Gesetz angelegte Wettbewerbsverletzung festzustellen. Auch wenn sich der Gerichtshof nicht festlegt, wird man davon ausgehen müssen, daß tatsächlich nicht „nur“ die im Wesen eines Monopols liegenden Wettbewerbsstörungen gemeint sind, sondern daß besondere, durchgängig und strukturell angelegte Wettbewerbsverstöße die Folge der gesetzlichen Monopolbildung sein müssen. Solche Schwierigkeiten sind bei den Berufsgenossenschaften durchaus gegeben. Denn die Merkmale ihrer Tätigkeit entsprechen sowohl auf der Einnahmen- wie auch auf der Leistungsseite nicht unbedingt einem marktförmigen Verhalten.

Zwar ist das Beitragsrecht der §§ 152 ff. SGB VII darauf ausgelegt, durch klare gesetzliche Regelungen willkürfreie, gefahrabhängige Beiträge festzulegen. Jedoch kommt es hierbei immer wieder zu Schwierigkeiten. Die Frage, ob tatsächlich in Befolgung von §§ 152 ff. SGB VII klare Regelungen geschaffen worden sind, ist rechtlich kaum nachvollziehbar. Die Recht-

⁷⁷ EuGH 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, I-1979 (2019).

sprechung des Bundessozialgerichts (BSG) hat sich deshalb immer wieder auf den Standpunkt gestellt, daß die Beitragsfestlegung im einzelnen nur beschränkt zu überprüfen sei. So heißt es beispielsweise zu dem für die einzelnen Unternehmen äußerst folgenreichen Zuschlags-Nachlaß-Verfahren nach § 162 Abs. 1 SGB VII, bei seiner näheren Ausgestaltung hätten „die jeweiligen Berufsgenossenschaften im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben einen weiten Gestaltungsspielraum.“⁷⁸ Das heißt nichts anderes, als daß man sich bei der Festlegung von Beiträgen weitgehend auf das Votum der Selbstverwaltungsorgane in den Berufsgenossenschaften verlassen muß. Es sind keine ausreichenden rechtlichen Korrekturen vorgesehen für das fehlende Wirken des Wettbewerbs.

78 So zuletzt die noch unveröffentlichten BSG-Urteile vom 6.5.2003 - B 2 U 17/02 R und B 2 U 7/02 R, unter Verweis auf BSGE 54, 232 (235) = Sozialrecht (SozR) 2200, § 809 RVO, Nr. 1; BSG SozR 2200, § 725 RVO, Nr. 5, 10; Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zur Neufassung des § 725 RVO, BT-Drucks. 7/4951. S. entsprechend etwa zu den Gestaltungsfreiheiten beim Gefahrtarif nach § 157 SGB VII, für welchen den Berufsgenossenschaften immer ein praktisch nicht justiziableler „weiter Gestaltungsspielraum“ zugebilligt wird, LSG Brandenburg 24.9.2001 - L 7 U 88/00, BG 2002, 325 f. = NZS 2002, 489; vgl. zu den weiten Gestaltungsmöglichkeiten und zur begrenzten Anfechtungsmöglichkeit der Beitragssteuerung nach §§ 157 und 162 SGB VII im einzelnen U. Schulz in: Wannagat, Sozialgesetzbuch, § 157 SGB VII, Rz. 7 ff., § 162 SGB VII, Rz. 5 ff.; Platz in: Lauterbach, Unfallversicherung Sozialgesetzbuch VII, § 157, Rz. 6; § 162, Rz. 3 ff.; Freischmidt in: Hauck, Sozialgesetzbuch, § 157 SGB VII, Rz. 3; § 162 SGB VII, Rz. 2 f.; Molkentin in: Lehr- und Praxiskommentar LPK - SGB VII, § 157, Rz. 2.

Auch auf der Ausgabenseite bestehen erhebliche Schwierigkeiten. Das Vorliegen eines Arbeitsunfalls ist gesetzlich in § 8 SGB VII geregelt. Meist werden tatsächlich aufgrund von Arbeitsunfällen auch Leistungen erbracht. Dennoch bestehen teilweise Anreize, Arbeitsunfälle nicht zu melden. Das liegt nicht nur daran, daß die beteiligten Arbeitgeber eventuelle Beitragserhöhungen scheuen. Zum Teil hat die Feststellung, daß ein Arbeitsunfall vorliegt, auch erhebliche Nachteile für den Geschädigten. Dieser verliert unter Umständen nach §§ 104 ff. SGB VII sämtliche Möglichkeiten, Schmerzensgeld zu erlangen.⁷⁹ Im Ausgleich dazu hat er häufig keine wesentlichen Vorteile aus dem Unfallversicherungsschutz, insbesondere, wenn er lediglich Heilbehandlung benötigt und keine Renten, oder wenn seine dauerhafte Erwerbsbeeinträchtigung von einem haftenden Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung übernommen wird.

Noch problematischer als bei den Arbeitsunfällen ist die Situation bei den Berufskrankheiten (geregelt in § 9 SGB VII und in der Berufskrankheitenverordnung). Hier bestehen immer wieder ganz erhebliche Schwierigkeiten beim Nachweis einer berufsbedingten Erkrankung. Deshalb wird den Berufsgenossenschaften teilweise

79 S. dazu Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 466 ff.; Kater/Leube, § 104 SGB VII, Rz. 36; Waltermann in Wannagat, Sozialgesetzbuch, § 104 SGB VII, Rz. 18; zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Schmerzensgeldansprüchen BVerfG 7.11.1972 - 1 BvR 355/71, E 34, 118 = NJW 1973, 502; BVerfG 8.2.1995 - 1 BvR 753/94, NJW 1995, 1607.

vorgeworfen, sie würden berechnete Leistungsansprüche bewußt zurückweisen. Damit würden die Geschädigten schlechter gestellt und erhebliche Lasten auf die gesetzliche Krankenversicherung abgewälzt.⁸⁰

Diese Vorwürfe wären, wenn sie zutreffen, durchaus als strukturelle Mängel des Marktverhaltens von Berufsgenossenschaften anzusehen. Damit wäre auch ein dauernder Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EGV verbunden. Sicherlich würde die Preisbildung im Wettbewerb eine klare Abbildung der tatsächlich versicherten Risiken nach sich ziehen als das derzeit bestehende Monopol. Auch eine systematische Leistungsverweigerung auf Kosten der Versicherten und anderer Versicherungsträger wäre nicht anzunehmen. Die diesbezügliche öffentliche Diskussion würde die Marktposition eines sich so verhaltenden Versicherers nachhaltig gefährden.

Der gegen die Berufsgenossenschaften erhobene Vorwurf des marktwidrigen bzw. mißbräuchlichen Ver-

80 S. Eiflein/Mayer, Auf fremde Rechnung – Die Berufsgenossenschaften wälzen Kosten in Milliardenhöhe auf die gesetzlichen Kassen ab, Focus, Heft 33/2003, S. 36; Plöger/Fromm, „Kranker Koloss Unfallkasse“, impulse Oktober 2003, S. 124 ff.; Ricke, Der „Leistungsfall“ in der Gesetzlichen Unfallversicherung ein wehendes Vakuum, SGB 2002, 267 ff.; Ricke, Fast nichts wie im richtigen Leben – Zu einigen Irrtümern über Interessen und Regelungen in der Unfallversicherung, SGB 2002, 762 ff.; Tuengerthal/Hagemann, Zur mangelnden gesetzlichen Grundlage, Bestimmtheit und Schlüssigkeit der Regelungen der gesetzlichen Unfallversicherung aus der Sicht der anwaltlichen Praxis bei der Vertretung von Unternehmen, SGB 2002, 372 ff.

haltens kann und darf vorliegend nicht als wahr unterstellt werden. Dennoch würde im Wettbewerb keiner der genannten Vorwürfe erhoben werden können. Insofern ist die Möglichkeit des Wettbewerbsverstößes im System des SGB VII als solchem bereits angelegt. Und diese Möglichkeit genügt nach der Rechtsprechung des EuGH bereits, um das zugrundeliegende gesetzliche Monopol nach Art. 82, 86 EGV überprüfbar zu machen. Denn diese Vorschriften setzen nicht die mißbräuchliche Ausnutzung aufgrund des Monopols voraus, sondern es genügt, daß durch die Ausschließlichkeitsrechte „eine Lage geschaffen werden könnte,⁸¹ in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht.“⁸²

Freilich muß die hier aufgeworfene Frage auch gar nicht beantwortet werden. Im folgenden wird sich erweisen, daß jedenfalls die zweite vom EuGH entwickelte Fallgruppe zur Überprüfung staatlicher Monopole einschlägig ist, nämlich diejenige der Schaffung einer kartellrechtswidrigen Situation.

81 Hervorhebung durch den Verfasser.

82 EuGH 19.5.1993, Rs. 320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533 ff. = EuZW 1993, 422 f.; EuGH 17.5.2001, Rs. C-340/99 (TNT Traco / Poste Italiane), Slg. 2001, I-4109 (4158 ff., Rz. 39 ff.); EuGH 23.5.2000, Rs. C-209/98 (FFAD, Sydhavens Sten), Slg. 2000, I-3743 (3797 ff.); EuGH 21.9.1999, Rs. C-115-117/97 (Brentjens'), Slg. 1999, I-6025 ff.; Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 EGV, Rz. 114 ff.; Everling, EuR 1994, 386 (394 f.); Hancher, CMLR 1994, 857 ff.; Giesen, ECLR 1993, 279 ff.; ders., Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 73 ff.

2.4.3 Schaffung einer wettbewerbswidrigen Situation

Nach der Rechtsprechung des EuGH existiert eine weitere Fallgruppe zur wettbewerbsrechtlichen Überprüfung staatlicher Monopolrechte. Demgemäß verletzen die Mitgliedstaaten die Art. 86 Abs. 1, Art. 82 EGV, wenn sie die privilegierten Unternehmen in eine Situation bringen, in welche sie sich durch selbständige Verhaltensweisen nicht ohne Kartellrechtsverstoß versetzen könnten.⁸³ Die letztere Fallgruppe erfaßt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur die Ausdehnung von Monopolen,⁸⁴ sondern auch bereits deren Schaffung.⁸⁵

83 EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (RTT/Inno), Slg. 1991, I-5941 (5980); EuGH 17.11.1992, Rs. C-271, C-281, C-289/90 (Telekommunikationsdienste), Slg. 1992, I-5833 (5868); EuGH 23.5.2000, Rs. C-209/98 (FFAD, Sydhavens Sten), Slg. 2000, I-3743 (3797 ff.); Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 82 EGV, Rz. 115; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 69 f.

84 EuGH (RTT/Inno), a.a.O.; EuGH (Telekommunikationsdienste), a.a.O.; EuGH 27.10.1993, Rs. C-46, C-93/91 (Lagauche), Slg. 1993, I-5267 (5331 ff.); EuGH 27.10.1993, Rs. C-69/91 (Decoster), Slg. 1993, I-5335 (5380 f.); vgl. auch EuGH 14.12.1995, Rs. C-387/93 (Banchemo), Slg. 1995, I-4663 (4699 f.).

85 EuGH 19.5.1993, Rs. 320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533 ff. = EuZW 1993, 422 f.; EuGH 17.5.2001, Rs. C-340/99 (TNT Traco / Poste Italiane), Slg. 2001, I-4109 (4158 ff., Rz. 39 ff.); vgl. Everling, EuR 1994, 386 (394 f.); Hancker, CMLR 1994, 857 ff.; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 279 ff.; ders., Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, S. 73 ff.

Dementsprechend steht es außer Frage, daß die Schaffung des Monopols der Berufsgenossenschaften, welche auf der gesetzlichen Begründung von Versicherungspflicht und Versicherungszwang beim zuständigen Versicherungsträger beruht, den Verbotsstatbestand des Art. 86, 82 EGV erfüllt.

2.5 Verhältnismäßigkeit des Unfallversicherungsmonopols nach Art. 86 Abs. 2 EGV

2.5.1 Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV

Bei alledem ist zu beachten, daß die betreffenden Monopolrechte gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein können. Nach dieser Regelung wird die Anwendung des EG-Vertrages – und damit auch des Kartellrechts – unter Vorbehalt gestellt für Unternehmen, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“. Die betreffenden Vorschriften gelten für diese Unternehmen nur insoweit, als ihre Anwendung „nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert“.

2.5.2 Verhältnismäßigkeit des Unfallversicherungsmonopols

Das bedeutet, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist. Insbesondere ist zu fragen, ob das Monopol zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist, welche den Berufsgenossenschaften obliegen.

a) Ziele der Unfallversicherung

Die Aufgaben der sozialen Vorsorge werden allgemein als Aufgaben angesehen, die „im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen“.⁸⁶ Sie dienen der Absicherung der Bevölkerung bzw. der jeweilig Versicherungspflichtigen gegen besonders einschneidende allgemeine Lebensrisiken und entsprechen nicht nur individuellen, sondern auch generellen gesellschaftlichen Interessen. Das ist auch für die Tätigkeit der Unfallversicherung anzunehmen. Deren Ausschließlichkeitsrechte können also grundsätzlich nach Art. 86

86 So Generalanwalt Jacobs in Rz. 94 seines Schlußantrags zum Verfahren „Cisal“, in dem er hilfswiese Überlegungen zu Art. 86 Abs. 2 EGV anstellte, EuGH 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal), Slg. 2002, I-691 ff.; ebenso Becker, JZ 1997, 534 (540 f.); Craig/de Búrca, EU Law, 3. Aufl. 2003, S. 1132 f.; Eichenhofer, VSSR 1997, 71 (77 f.); Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 151 ff.; ders., VSSR 1996, 311 (331 ff.); ders., Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, S. 135 f., 138 f.; Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 37, 90 EGV, D, Rz. 37; Möller, VSSR 2001, 25 ff.; Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 78 ff. In diesem Sinne auch die EuGH-Rechtsprechung über die Zulässigkeit der Monopole tariflicher bzw. standesrechtlicher Altersvorsorgefonds, EuGH 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751 (5879 ff.); EuGH 21.9.1999, Rs. C-219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121 ff.; EuGH 21.9.1999, Rs. C-115-117/97 (Brentjens), Slg. 1999, I-6025 ff.; EuGH 12.9.2000, Rs. C-180-184/98 (Pavlov), Slg. 2000, I-6451 (6516 ff., 6532 ff.). EuGH-Rechtsprechung, in der Aufgaben im Allgemeininteresse angenommen wurden, existiert im Bereich der Telekommunikation, des Postdienstes und der öffentlichen Energieversorgung, EuGH 8.2.1994, Rs. C-393/92 (Almelo), Slg. 1994, I-1477 (1518 ff.); EuGH 13.12.1991, Rs. C-18/88 (RTT/Inno), Slg. 1991, I-5941 (5979 ff.); EuGH (Corbeau), a.a.O.; EuGH (TNT Traco / Poste Italiane), a.a.O., 4161 ff., Rz. 51 ff.

Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist aber, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.⁸⁷

Die Aufgaben der Berufsgenossenschaften sind zunächst die Versicherung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und Wegeunfällen zu risikoadäquaten Beiträgen, wobei zusätzlich in der Regel die Haftung eventuell schadensersatzpflichtiger Arbeitgeber oder Arbeitskollegen nach §§ 104 ff. SGB VII abgelöst wird (sogenanntes Haftungsersetzungsprinzip⁸⁸). Neben den Versicherungsaufgaben stehen die aufwendigen Aufgabenfelder der Leistungserbringung und der Unfallverhütung. Die Leistungserbringung erfolgt durch eigene Unfallkliniken und sonstige Einrichtungen zur Prävention, Heilbehandlung und Rehabilitation. Die Unfallverhütung umfaßt gemäß §§ 14 ff. SGB VII die Überwachung der Betriebe, die Kooperation mit ande-

87 EuGH 25.7.1991, Rs. C-353/89 (Mediawet), Slg. 1991, I-4069 (4099 ff.); EuGH (TNT Traco / Poste Italiane), a.a.O, 4162 f., Rz. 54 ff.; EuGH (Brentjens'), a.a.O, Tz. 107 ff.; EuGH (Bokken), a.a.O, Tz. 97 ff.; EuGH (Albany), a.a.O, Tz. 107 ff.; Pernice/ Wernicke in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 86 EGV, Rz. 63 ff.; Emmerich in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H II Rz. 60, 80; Giesen, ECLR 1993, 279 (282); Mestmäcker, FS Deringer, S. 79 (87); Monopolkommission, Achtes Hauptgutachten 1988/1989, S. 387 (405 f.); Van der Esch, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 155 (1991), 274 (287 f.).

88 Die Schädiger haften bzw. müssen Regreß leisten, wenn sie Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit trifft, s. §§ 104 ff. sowie insbesondere § 110 SGB VII.

ren Aufsichtseinrichtungen, den Erlaß von Unfallverhütungsvorschriften und die Verfolgung ihrer Verletzung (§§ 209 ff. SGB VII).

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit des Unfallversicherungsmonopols ist in zwei Schritten zu verfahren. Zum einen ist zu fragen, ob der Versicherungsbereich von den Aufgaben der Leistungserbringung und der Unfallverhütung getrennt werden kann. Zum anderen ist zu fragen, ob der abgetrennte Bereich der Versicherung im Wettbewerb betrieben werden kann.

*b) Trennung von Versicherung,
Leistungserbringung und Prävention*

Die Trennung der Leistungserbringung und der Prävention von der Versicherungstätigkeit ist ohne weiteres möglich, da alle drei Aufgaben bereits jetzt in unterschiedlichen Organisationsbereichen abgewickelt werden. Der in der Unfallverhütung erforderliche Informationsaustausch kann auch nach Trennung von Versicherung und Unfallverhütung gewährleistet werden. Anders als in den anderen Zweigen der sozialen Vorsorge existieren in der Unfallversicherung keine ökonomischen Gründe dafür, daß sie im Monopol betrieben werden müßte. Allerdings müßten 8 % der Umlage, die bisher für die Unfallverhütung aufgewandt werden, auch weiterhin den zuständigen Präventionsbehörden zufließen.⁸⁹ Zudem müßten auch die Kosten für die In-

89 Die Aufwendungen für die Unfallverhütung betragen für das Jahr 2002 gerundet etwa 8 % der Ausgaben. In Zahlen handelt es sich nach der Statistik der Berufsgenossenschaften um

solvenzgeldumlage, die nichts mit der Unfallversicherung zu tun hat, weiterhin erhoben werden.⁹⁰

c) Umstellung des Versicherungsbereichs auf Wettbewerb

Die Abschaffung des Monopols der Berufsgenossenschaften würde die Absicherung von Unfallrisiken bei anderen Versicherungen oder Versicherungsträgern ermöglichen. Diese müßten zur Sicherstellung eines gleichbleibenden – oder verbesserten – Niveaus an sozialem Schutz verpflichtet werden, den Standard der sozialen Sicherung nach dem SGB VII vorzuhalten und die betreffenden Leistungen bereitzustellen. Des weiteren müßte mit den Mitteln der Versicherungsaufsicht auch die langfristige Gewährleistung von Rentenverpflichtungen und sonstigen Verbindlichkeiten sichergestellt werden.⁹¹

Dies alles ist mit den entsprechenden gesetzlichen Regelungen des Sozialversicherungsrechts sowie des

schätzungsweise 1.056 Mio. Euro von insgesamt 13.027,3 Mio. Euro Aufwendungen, s. Reiß, BG-Statistik, BG 2003, 347 (359).

90 Die Insolvenzgeldumlage wird als reiner „Durchlaufposten“ von den Berufsgenossenschaften erhoben; sie ist hohen Schwankungen unterworfen; für das Jahr 2002 betrug sie 1.926,5 Mio. Euro, s. BT-Drucks. 15/1462 vom 5.8.2003, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Andrea Voßhoff, Hartmut Schauerte u.a. S. zu den sonstigen Ausgaben der Berufsgenossenschaften Reiß, BG-Statistik, BG 2003, 347 ff. In den dort wiedergegebenen 13.027,3 Mio Euro Aufwendungen ist die Insolvenzgeldumlage nicht enthalten.

91 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 250 ff., 263 f.

Versicherungsaufsichtsrechts möglich. Ein Umstellungshindernis ist aber die Umlagefinanzierung der Berufsgenossenschaften. Ebenso wie die Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung bildet die Unfallversicherung (mit Ausnahme von knappen Liquiditätsreserven) keine Kapitalrücklagen zur Deckung ihrer langfristigen Verbindlichkeiten. Das gemäß §§ 152 f. SGB VII praktizierte Umlageverfahren sieht vielmehr vor, daß nach Ablauf eines Kalenderjahres auf der Grundlage der in diesem Jahr entstandenen Kosten der Bedarf an Mitteln festgestellt und auf die versicherten Mitgliedsunternehmen umgelegt wird.⁹² Das heißt, daß prinzipiell ebenso wie in der Altersvorsorge das Umlageverfahren als Grund für die Monopolrechte der Berufsgenossenschaften herangezogen werden könnte, denn diese Finanzierungsform ist prinzipiell auf den stetigen Nachzug von Beitragszahlern angewiesen.

Das Umlageverfahren der gesetzlichen Unfallversicherung nach §§ 152 ff. SGB VII läßt sich relativ leicht handhaben, weil es die Berufsgenossenschaften vom unternehmerischen Risiko der Schadensprognose befreit. Andererseits bürdet es diese Last den versicherten Mitgliedsunternehmen auf, die ihre Beiträge unabhängig von eigener Gestaltungsfreiheit nach Maßgabe der letzten Ausgabenentwicklung zu leisten

92 Dieses Verfahren wird als „Umlageverfahren des tatsächlichen Bedarfs“ bezeichnet, s. im einzelnen U. Schulz in: Wannagat, Sozialgesetzbuch, § 152 SGB VII, Rz. 6 ff.; Freischmidt in: Hauck, Sozialgesetzbuch, § 152 SGB VII, Rz. 2 ff.

haben.⁹³ Anders als in der Altersvorsorge würde in der Unfallversicherung die Umstellung auf das Kapitaldeckungsverfahren keine gesamtwirtschaftlichen Belastungen nach sich ziehen. Ebenso wie etwa bei der Krankenversicherung oder anderen Zweigen der Versicherungswirtschaft hat die Frage der Finanzierungsform keinen signifikant anderen Umfang als in der übrigen Wirtschaftstätigkeit. Gesamtwirtschaftliche Aspekte sprechen also weder für noch gegen das Umlage- oder das Kapitaldeckungsverfahren.⁹⁴

Dennoch würden beim Wechsel von der monopolfreundlichen Umlagefinanzierung zur wettbewerbsfreundlichen Kapitaldeckung Kosten entstehen. Zum einen müßten die bei den Berufsgenossenschaften bestehenden Rentenanwartschaften kapitalisiert werden. Andererseits würden dadurch die laufenden Belastungen mit Prämien bzw. Beiträgen zurückgehen, da nunmehr der Zins- und Zinseszinsseffekt eintreten würde.

Nach Schätzung des Verfassers würde die Aufbringung des Kapitals, welches zur Deckung der in der Vergangenheit liegenden Versicherungsfälle notwendig ist, das 4,6-fache der Jahresumlage betragen. Hierbei wird ein Zins zugrundegelegt, welcher 3 % über der zu erwartenden Steigerung der Rentensätze (Dynamisierung) liegt. Gleichzeitig würde sich aus der Ersetzung des Umlage- durch das Kapitaldeckungs-

93 S. näher Schulz, BG 1989, 304 ff.; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 257.

94 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 258.

verfahren aufgrund des Zinsvorteils eine Reduktion der laufenden Beitrags- bzw. Prämienätze um 20 % auf ca. 80 % der Jahresumlage ergeben. Auch dies gilt unter Zugrundelegung von 3 % Differenz zwischen Kapitalverzinsung und Dynamisierung.⁹⁵

Diese Ablösung des Umlage- durch das Kapitaldeckungsverfahren kann zum einen generell für das gesamte Unfallversicherungssystem erfolgen, also unter Einbeziehung der Berufsgenossenschaften. Zum anderen ist es aber auch denkbar, daß sie nur individuell für dasjenige versicherte Unternehmen erfolgt, welches aus dem monopolistischen Zwangsverband seiner Berufsgenossenschaft austreten und zu einem (mit dem Kapitaldeckungsverfahren arbeitenden) Unfallversicherer wechseln möchte. Dieses Unternehmen hätte dann – unter Vernachlässigung einer eventuell abweichenden Risikoeinschätzung und anderer Kostenfaktoren beim neuen Versicherer – mit lediglich 80 % der bisherigen Beitragslasten zu rechnen. Andererseits müßte es denjenigen Betrag an die Berufsgenossenschaft zahlen, welchen diese zur Deckung der anteilig auf das Unternehmen entfallenden Umlagelasten für alte Versicherungsfälle benötigt. Es müßte also eine Summe des 4,6-fachen der bisherigen Umlageleistungen aufbringen, die dann zur anteiligen Anwartschaftsdeckung in einen Kapitalstock eingebracht werden müßte.

95 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 259 ff.; die Schätzung beruht auf Zahlen aus dem Jahr 1980, wie sie berichtet werden in Schulz, Gefahrtarif und Risikoausgleich bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften, S. 135, 289.

Damit ist festzuhalten, daß die Einführung von Wettbewerb in der gesetzlichen Unfallversicherung ohne Verluste bei der sozialen Sicherung, bei der Unfallverhütung oder im Leistungsbereich möglich ist. Wegen der hierbei erforderlichen Umstellung auf das Kapitaldeckungsverfahren müßten diejenigen Unternehmen, die aus der umlagefinanzierten Versicherung bei den Berufsgenossenschaften ausscheren wollen, den Aufwand übernehmen, welcher für den Übergang vom wettbewerbsfeindlichen Umlageverfahren zum wettbewerbsfreundlichen Kapitaldeckungsverfahren entsteht. Das ist nach Schätzung des Verfassers etwa das 4,6-fache eines Jahresbeitrages. Gleichzeitig bewirkt diese Umstellung eine Reduktion der laufenden Kosten um etwa 20 %. Daneben könnten die Berufsgenossenschaften weiterhin die Mittel für die Insolvenzgeldumlage sowie 8 % der Versicherungsbeiträge zur Finanzierung ihrer versicherungsfremden Aufgaben (insbesondere der Schadenverhütung) verlangen.⁹⁶

Eine Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV ist also nicht möglich, so daß die Ausschließlichkeitsstellung der Berufsgenossenschaften gegen Art. 82, 86 EGV verstößt.

96 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 261 f.; s. dort auch zur fehlenden EU-rechtlichen Verpflichtung des Staates, diese Lasten zu übernehmen.

3 Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Monopol der Berufsgenossenschaften

3.1 Gesetzliche Monopolstellung und Grundfreiheiten

Die durch das SGB VII veranlaßte Ausschließlichkeitsstellung der deutschen Berufsgenossenschaften bewirkt, daß es EU-ausländischen Versicherungsunternehmen verwehrt ist, entsprechende Leistungen in Deutschland anzubieten. Ebenso werden hierdurch – spiegelbildlich – deutsche Unternehmen daran gehindert, die entsprechenden Versicherungsleistungen aus dem EU-Ausland nachzufragen. Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des EuGH stellen Dienstleistungsmonopole nicht-diskriminierende Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 49 ff. EGV dar und können als solche nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.⁹⁷ Das beruht darauf, daß durch die Begründung

97 EuGH 19.3.1991, Rs. C-202/88 (Endgeräte), Slg. 1991, I-1223 (1267 ff.); EuGH 25.7.1991, Rs. C-353/89 (Mediawet), Slg. 1991, I-4069 (4092 ff., 4095); EuGH 15.12.1993, Rs. C-277, 318, 319/91 (Ligur Carni), Slg. 1993, I-6621 (6660 ff.); EuGH 24.3.1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, I-1039 (1095 ff.); EuGH 21.10.1999, Rs. C-67/98 (Zenatti), Slg. 1999, I-7289 (7313); Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 49/50 EGV, Rz. 100 ff.; Mestmäcker in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 37, 90 EGV, C, Rz. 34 ff.; Emmerich in: Dausen (Hrsg.),

einer Ausschließlichkeitsstellung auf einem nationalen oder regionalen Markt automatisch mögliche konkurrierende Anbieter aus anderen Staaten am Marktzugang gehindert werden. Ebenso werden Nachfrager daran gehindert, von solchen Anbietern Leistungen entgegenzunehmen.

Die Art. 49 ff. EGV sind deshalb anwendbar, weil es sich bei den Versicherungsleistungen um Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EGV handelt.⁹⁸ Das

Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H II Rz. 53 ff.; Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 40 ff.; Schulz-Weidner, DRV 1997, 449 (463 ff.); Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, S. 122 ff.; Fesenmair, Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht, S. 89 ff.; Becker, JZ 1997, 534 (539 f.); für die Subsumtion von Dienstleistungsmonopolen unter das Verbot unmittelbarer Diskriminierungen plädieren Roth, FS Steindorff, S. 1313 (1327); ders. in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, E I Rz. 87, 131; Engel in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, E V, Rz. 71; s. zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch ein Dienstleistungsmonopol EuG 8.7.1999, Rs. T-266/97 (Vlaamse Televisie Maatschappij), Slg. 1999, II-2329 (2367 ff.); zur möglichen mittelbaren Beschränkung des freien Warenverkehrs durch ein Dienstleistungsmonopol EuGH 28.6.1983, Rs. 271/81 (Coopérative du Béarn), Slg. 1983, 2057 (2072); EuGH 10.12.1991, Rs. C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielle SpA, „Hafen von Genua“), Slg. 1991, I-5889 (5928 ff.); vgl. auch EuGH 5.10.1994, Rs. C-323/93 (Centre d'insémination), Slg. 1994, I-5077 (5106 ff.); EuGH 18.6.1998, Rs. C-266/96 (Corsica Ferries II), Slg. 1998, I-3949 (4001).

98 Vgl. zur Anwendung von Art. 49 ff. EGV auf die Privatversicherung die „Versicherungs-“ Urteile des EuGH vom 4.12.1986 in den Rs. 205/84, Slg 1986, 3755 (3800); Rs. 220/83, Slg. 1986,

gilt nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH übrigens nicht nur für private Versicherungsunternehmen, sondern auch für EU-ausländische Sozialversicherungsträger.⁹⁹ Soweit also kein privater, sondern sozialversicherungsrechtlicher Unfallversicherungsschutz aus dem Ausland begehrt wird, sind die Art. 49 ff. EGV ebenfalls einschlägig.

3.2 Rechtfertigung der Beschränkung?

Weil die jeweiligen Ausschließlichkeitsrechte ohne Unterscheidung nach der Nationalität des Anbieters oder des Nachfragers verliehen werden, handelt es sich nach Ansicht des EuGH bei gesetzlichen Dienstleistungsmonopolen um sogenannte nicht-diskriminierende Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs gemäß Art. 49 ff. EGV. Nicht-diskriminierende Beschränkungen können nach den besonderen Regelungen der Art. 55 in Verbindung mit Art. 45, 46 EGV gerechtfertigt sein. Daneben kommt, wie gesagt, die Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allge-

3663; Rs. 252/83, Slg. 1986, 3713; Rs. 206/84, Slg. 1986, 3816; Hübner in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, E IV Rz. 51 ff.; Randelzhofer/Forsthoef in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 49/50 EGV, Rz. 38; Troberg in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 61, Rz. 19 ff.

99 EuGH 3.10.2002, Rs. C-136/00 (Rolf Dieter Danner), Slg. 2002, I-8147 ff., Tz. 26 f., s. dazu Schulz-Weidner, ZESAR 2003, 58 ff. Die Entscheidung ist einige Monate später in anderem Zusammenhang bestätigt worden, EuGH 26.6.2003, Rs. C-422/01 (Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ), Ola Ramstedt / Riksskatteverket), Tz. 43 ff., noch nicht in Slg.

meininteresses in Betracht. Auch hier ist aber wieder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.¹⁰⁰

3.2.1 Die Rechtfertigung nach Art. 55 in Verbindung mit Art. 45, 46 EGV

Art. 55 in Verbindung mit Art. 45 EGV enthält einen Vorbehalt zugunsten von Tätigkeiten, welche in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Nach den Worten des EuGH geht es hierbei darum, daß ausländische Anbieter an Tätigkeiten gehindert werden, welche „eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen“.¹⁰¹ Sie setzt also das Bestehen und die Ausübung hoheit-

100 Ständige Rechtsprechung, s. etwa EuGH 4.12.1986, Rs. 205/84 (Versicherungen), Slg. 1986, 3755 (3802 ff.); EuGH 25.7.1991, Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221 (4244); EuGH 20.5.1992, Rs. C-106/91 (Ramrath), Slg. 1992, I-3351 (3384 f.); Randelzhofer/Forsthoef in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 49/50 EGV, Rz. 89 f. Der EuGH bringt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei nicht-diskriminierenden Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs stets zur Sprache, wobei er sich in denjenigen Fällen, in denen die Verhältnismäßigkeit keine weiteren Probleme aufwirft, auf die Feststellung beschränkt, daß nur „zwingende“ Erfordernisse rechtfertigend wirken könnten, und in problematischen Fällen auf weniger einschneidende Möglichkeiten zur Zweckerreichung eingeht.

101 EuGH 21.6.1974, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631 (654); EuGH 15.3.1988, Rs. 147/86 (Kommission/Griechenland), Slg. 1988, 1637 (1654 f.); EuGH 13.7.1993, Rs. C-42/92 (Thijssen), Slg. 1993, I-4047 (4069); Randelzhofer/Forsthoef in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 45 EGV, Rz. 7 ff.; Troberg in: von der Groeben/Thiesing/ Ehler-

licher Eingriffsrechte voraus, was bei der Erbringung von Versicherungsleistungen nicht der Fall ist.¹⁰²

Auch Art. 55 in Verbindung mit Art. 46 EGV kommt nicht zum Tragen. Danach greift eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit in bezug auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche „eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“. Alle genannten Tatbestände beziehen sich auf die (ausländer-)polizeiliche Gefahrenabwehr, welche im Bereich der Sozialversicherung keine Rolle spielt.¹⁰³

3.2.2 Rechtfertigung wegen „zwingender Allgemeininteressen“

Die mit der Ausschließlichkeitsstellung der deutschen Berufsgenossenschaften verbundene Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs gilt unabhängig von der Nationalität des Dienstleistungsanbieters oder -nach-

mann, Art. 56, Rz. 3; Klinge, Die Begriffe „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Gemeinschaftsrecht, S. 240 ff., 253 ff.; Tomuschat, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 1967, 53 ff.

102 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 138 ff.

103 Giesen, a.a.O.; vgl. EuGH 28.4.1998, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831 (1880) = NJW 1998, 1769 ff.; EuGH 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931 (1942 f.) = NJW 1998, 1771 ff.; Randelzhofer/Forsthoef in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 46 EGV, Rz. 9 f.; Roth in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, E I Rz. 72; Troberg: in von der Groeben/Thiesing/ Ehlermann, Art. 56, Rz. 3.

fragers. Aus diesem Grund handelt es sich um eine nicht-diskriminierende Beschränkung des Art. 49 EGV.¹⁰⁴ Diese Form der Beschränkung ist nach der Rechtsprechung nur dann gerechtfertigt, wenn das Monopol zur Verfolgung zwingender Allgemeininteressen erforderlich ist.¹⁰⁵ Diese Frage ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.¹⁰⁶ Es ist also zu untersuchen, ob es für die Erfüllung der genannten Aufgaben unerlässlich ist, daß die deutschen Berufsgenossenschaften über ein Monopol verfügen. Die „zwingenden Allgemeininteressen“ lassen sich ebenso definieren wie diejenigen Gründe, welche die Annahme rechtfertigen, daß es sich bei den Aufgaben der Berufsgenossenschaften nach Art. 86 Abs. 2 EGV um Aufgaben von „allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ handelt. Das bedeutet, daß für die Anwendung von Art. 49 EGV im Ergebnis dasselbe gilt wie für Art. 86 Abs. 2 EGV.

Diese Frage ist bereits oben in der Weise beantwortet worden, daß das Unfallversicherungsmonopol unverhältnismäßig ist.¹⁰⁷

104 S. eingehend zu dieser Frage und zur Möglichkeit einer diskriminierenden Beschränkung Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, S. 44 ff.

105 S. oben 3.1.

106 Ständige Rechtsprechung, s. etwa EuGH 4.12.1986, Rs. 205/84 (Versicherungen), Slg. 1986, 3755 (3802 ff.); EuGH 25.7.1991, Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221 (4244); EuGH 20.5.1992, Rs. C-106/91 (Ramrath), Slg. 1992, I-3351 (3384 f.); Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 49/50 EGV, Rz. 89 f.

107 S. oben 2.5.

4 Gestaltungsoptionen für die Unfallversicherung

Die soeben dargelegte Möglichkeit für eine Beendigung des Monopols der Berufsgenossenschaften erfolgte im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie diene ausschließlich dem Nachweis der fehlenden Erforderlichkeit des Monopols bei gleichzeitigem Fortbestand der übrigen Regelungsziele und -zwecke der Unfallversicherung. Im folgenden sollen hiervon abweichende, weitergehende Möglichkeiten für eine wettbewerbliche Gestaltung der Unfallversicherung diskutiert werden. Dabei geht es nicht um eine rechtliche Prüfung, sondern um eine rein ökonomisch-rechtspolitische Betrachtung.¹⁰⁸

108 S. zur Diskussion um mögliche Reformen der Berufsgenossenschaften Joachim Breuer, Eine Privatisierung der gesetzlichen Unfallversicherung hätte fatale Folgen, Soziale Sicherheit 2003, 191 ff.; Klaus Ehrenheim, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung zum Thema: „Zur Forderung nach einer Privatisierung der gesetzlichen Unfallversicherung“, Reg.-Nr. WF VI - 80/98 (s. dort auch weitere Nachweise zur Diskussion); Gerd Habermann, Eines der letzten Monopole, FAZ 28.7.2001, S. 13; Eberhard Hamer, Berufsgenossenschaften müssen auf den Prüfstand, FAZ 1.4.1998, S. 20; Ralf Hoffmann / Heino W. Saier, Gewerbliche Berufsgenossenschaften: „Ineffizientes Relikt aus wilhelminischer Zeit“ oder „eine Erfolgsgeschichte“? BG 2002, 310 ff.; Tuengerthal/Hagemann, Zur mangelnden gesetzlichen Grundlage, Bestimmtheit und Schlüssigkeit der Regelungen der gesetzlichen Unfallversicherung aus der Sicht der anwaltlichen Praxis bei der Vertretung von Unternehmen, SGB 2002, 372 ff.; Günther Sokoll, Berufsgenossenschaften zwischen Pflicht und

4.1 Neuaufteilung der Zuständigkeiten

Bei den Berufsgenossenschaften wurden unterschiedliche Aufgaben zusammengeführt, die miteinander nicht zwingend verbunden sein müssen.

4.1.1 Getrennte Finanzierung der Insolvenzgeldumlage

So ist mittlerweile anerkannt, daß die Erhebung der Insolvenzgeldumlage nichts mit Unfallvorsorge zu tun hat. Sie ist 1974 aus rein praktischen Gründen den Berufsgenossenschaften zugewiesen worden, weil man deren Daten nutzen wollte und das Insolvenzgeld nur als zu vernachlässigende Größe ansah. Die Leistung des Insolvenzgeldes (seinerzeit Konkursausfallgeld) obliegt ausschließlich der Arbeitsverwaltung und ist dementsprechend im SGB III geregelt (§§ 183 ff.). Es liegt deshalb nahe, auch die Finanzierung des Insolvenzgeldes in die Arbeitsverwaltung aufzunehmen und dem Beitrag zur Arbeitslosenversicherung zuzuschlagen. Andererseits steht dem die mittlerweile deutliche Erkenntnis gegenüber, daß es gerade die Kosten des Faktors Arbeit sind, welche die bestehende hohe strukturelle Arbeitslosigkeit nach sich ziehen. Zudem sind die Aufwendungen für die Insolvenzgeldumlage äußerst hohen Schwankungen unterworfen, weil sich in ihnen eine schwache Konjunktur überproportional niederschlägt.¹⁰⁹ Deshalb ist eine Steuerfinanzierung der Beitragsfinanzierung vorzuziehen.

Freiheit - Ein Beitrag zur Monopoldiskussion, BG 2002, 319 ff.

109 S. BT-Drucks. 15/1462 vom 5.8.2003, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Andrea Voßhoff, Hartmut Schauerte u.a.

4.1.2 Wegfall des Versicherungsschutzes für Wegeunfälle

Des weiteren sollte darüber nachgedacht werden, ob die Versicherung des Wegeunfalls nach § 8 Abs. 2 Nrn. 1 bis 4 SGB VII weiterhin bei den Berufsgenossenschaften versichert bleiben sollte. Das Risiko, auf dem Weg von und zur Arbeit zu verunfallen, hat als solches mit dem Arbeitsplatz nichts zu tun und ist schon gar nicht vom Arbeitgeber zu beeinflussen.¹¹⁰ Deshalb ist es in vielen Regelungen des Unfallversicherungsrechts auch einem Sonderstatus unterworfen. Für Zuschläge, Nachlässe und Prämien im Rahmen des Gefahrtarifs müssen gemäß § 162 Abs. 1 S. 1 SGB VII die Wegeunfälle unberücksichtigt bleiben. Außerdem führen Schädigungshandlungen bei Wegeunfällen nicht zum Haftungsprivileg des Arbeitgebers, Arbeitskollegen oder ihnen gleichgestellten Personen nach §§ 104 ff. SGB VII.

Sicherlich kann es nicht sein, daß der Versicherte auf dem Weg von und zum Arbeitsplatz keinen Versicherungsschutz genießt. Jedoch erscheint der allgemeine Krankenversicherungsschutz nach dem SGB V der richtige Weg hierhin, zumal im Bereich des Straßenverkehrs häufig die Haftung des Halters bzw. Fahrers nach dem Straßenverkehrsgesetz (StVG) und insbesondere die Haftung von deren Haftpflichtversicherer nach dem Pflichtversicherungsgesetz (PflVG) eingreift. Dies würde auch die zahlreichen Streitigkeiten in der

110 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Sozialversicherung auch für das Risiko des Wegeunfalls LSG Brandenburg 24.9.2001 - L 7 U 88/00, BG 2002, 325 f. = NZS 2002, 489.

Rechtsprechung um die Frage vermeiden helfen, ob jemand auf einem Weg zur Arbeit bzw. zurück war oder nicht. Hier bestehen nämlich nicht nur diffizile (oft willkürlich erscheinende) Abgrenzungsprobleme, deren Lösung häufig nicht überzeugend gelingt.¹¹¹ Es bestehen auch Anreize, einen Unfall als Wegeunfall „aussehen“ zu lassen.

4.1.3 Ausgliederung der Leistungserbringung

Zudem sollte auch der Bereich der Leistungserbringung von den Berufsgenossenschaften getrennt werden. Hier bestehen bereits jetzt weitgehende organisatorische Trennungen, zumal die Kliniken, Rehabilitationszentren etc. nicht nur für die Berufsgenossenschaften tätig sind, sondern in aller Regel das volle Spektrum der gesetzlich Krankenversicherten, der Privatversicherten, der im Ausland Versicherten sowie der Selbstzahler versorgen. Die Ausgliederung von Unfallkliniken würde also am bestehenden Status nicht allzu viel ändern, wäre aber angesichts der unterschiedlichen Aufgabenstellung der Versicherung und der Leistungserbringung konsequent.

4.1.4 Verselbständigung der Unfallverhütung

Zusätzlich sollte auch die Unfallverhütung gemäß §§ 14 ff. SGB VII von der Versicherungstätigkeit getrennt werden. Hier bestehen ebenfalls unterschiedliche or-

111 Vgl. Waltermann in: Wannagat, Sozialgesetzbuch, § 8 SGB VII, Rz. 70-91; Schwerdtfeger in: Lauterbach, Unfallversicherung Sozialgesetzbuch VII, § 8, Rz. 355-516; Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 8 SGB VII, Rz. 12.

ganisatorische Zuständigkeiten innerhalb der Berufsgenossenschaften. Zusätzlich existieren Zuständigkeitsüberschneidungen mit einigen weiteren Behörden und Unternehmen wie etwa den Gewerbeaufsichtsämtern sowie den technischen Überwachungseinrichtungen. Deshalb empfiehlt sich zumindest teilweise eine Konzentration, wobei die Hauptzuständigkeit der Berufsgenossenschaften in diesem Bereich auch erweitert werden könnte.

4.2 Neugestaltung des Versicherungsbereichs

4.2.1 Einführung des Kapitaldeckungsverfahrens und Auslagerung der bestehenden Rentenverbindlichkeiten

Für den verbleibenden Bereich der Unfall- und Berufskrankheitsversicherung müsste das Kapitaldeckungsprinzip eingeführt werden. Dessen Einführung zieht zunächst einen erheblichen Kostenaufwand nach sich (schätzungsweise das 4,6-fache einer Jahresumlage), bevor der Zins- und Zinseszinsseffekt die Beitragslasten um 20 % reduziert. Deshalb fragt sich, wie dieser Aufwand zu decken wäre.

Der Kapitalbetrag von einem 4,6-fachen der Jahresumlage muß nicht auf einen Schlag in einen Kapitalstock eingebracht werden. Es ist ebenso gut möglich, die Lasten aus den bestehenden Rentenverbindlichkeiten der Berufsgenossenschaften von einer gesonderten Kasse übernehmen zu lassen. Am besten wäre es wohl auch hier, eine Steuerfinanzierung vorzuneh-

men, weil dadurch der Faktor Arbeit entlastet würde. Soweit sich das nicht durchsetzen ließe, müßte eine entsprechende Umlage bei den Mitgliedsunternehmen erhoben werden.

Weiter ist zu prüfen, welcher Regelungsrahmen für die private Unfallversicherung bestehen muß. Materiell-rechtlich ist er definiert durch das SGB VII. Die Leistungsumfänge des SGB VII müßten von privaten Unternehmen ebenso angeboten werden wie von den Berufsgenossenschaften. Dabei empfiehlt es sich, diejenigen Gegenstände, die bisher Gegenstand von Satzungsrecht waren, einzelvertraglich regelbar zu machen. Die Verpflichtung zur Bildung von Kapitalrücklagen für die langfristigen Verbindlichkeiten der Unfallversicherer würden sich nach den Vorschriften des Versicherungsaufsichtsrechts regeln lassen, also insbesondere nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG). Die Berufsgenossenschaften müßten ebenfalls zur Ordnung ihrer Kapitalrückstellungen den Vorschriften über die Anlagenbildung nach dem Versicherungsaufsichtsrecht unterworfen werden.

4.2.2 Eröffnung von Wettbewerb, Wegfall der Zuständigkeitsgrenzen und Privatisierung der Berufsgenossenschaften

Zudem sollten die bisherigen Zuständigkeitstrennungen zwischen den Berufsgenossenschaften aufgehoben werden, so daß sie in den Wettbewerb mit privaten Versicherern und auch untereinander treten können. Es ist durchaus anzunehmen, daß sich die Be-

rufsgenossenschaften aufgrund ihrer Erfahrung und ihres Know-how im Wettbewerb mit privaten Versicherern gut behaupten können. Sie sollten als Versicherer nach dem Ende ihrer Monopolstellung eine privatrechtliche Verfassung erhalten, ähnlich wie dies bei den Umformungsprozessen der früheren Bundespost oder Bundesbahn geschehen ist. Hier empfiehlt sich die Bildung von Aktiengesellschaften oder die Verfassung als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, deren Mitglieder die versicherten Unternehmen sind.

4.2.3 Binnenwettbewerb zwischen den Berufsgenossenschaften als „zweitbeste“ Lösung

Sollte man die volle Eröffnung des Wettbewerbs nicht wagen, so bestünde – gegebenenfalls als Übergangslösung – die Möglichkeit, zwischen den Berufsgenossenschaften zumindest einen „innerbehördlichen“ Quasi-Wettbewerb zu schaffen, wie er beispielsweise in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) existiert.

Mit dem Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) vom 21.12.1992¹¹² ist in Deutschland den Krankenversicherten die Möglichkeit eröffnet worden, den gesetzlichen Krankenversicherungsträger zu wählen. Nach Maßgabe der §§ 173 ff. SGB V kann jeder Versicherte Versicherungsschutz bei einem von ihm selbst bestimmten gesetzlichen Krankenversicherungsträger

112 Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung, BGBl. I S. 2266; s. Rübner, NJW 1993, 753 ff.

erhalten. Dieses Wahlrecht soll wettbewerbsähnliche Verhältnisse zwischen den verschiedenen Kassen eröffnen. Da in der GKV ein sozialer Ausgleich zugunsten von Familien, zwischen unterschiedlichen Einkommen, zwischen unterschiedlichen Krankheitsrisiken und damit auch zwischen unterschiedlichen Altersgruppen und Geschlechtern hergestellt wird, besteht hier die Gefahr der „Negativauslese“ von unwirtschaftlichen Risiken. Deshalb wurde nach §§ 266 ff. SGB V ein Risikostrukturausgleich hergestellt. Hiernach werden die Kassen verpflichtet, einander Ausgleichszahlungen zu leisten.¹¹³

In der Gesetzlichen Unfallversicherung wäre es möglich, einen „vollwertigen“ Wettbewerb zwischen den Berufsgenossenschaften zu eröffnen. Da die Beiträge hier risikoabhängig sind, bestehen keine Notwendigkeiten für Ausgleichsmechanismen wie den GKV-Risikostrukturausgleich. Voraussetzung wäre allerdings auch hier, daß die Finanzierung vom Umlageauf das Kapitaldeckungssystem umgestellt wird.

113 Deren Höhe richtet sich nach den unterschiedlichen Rahmenbedingungen für die Versicherung, also nach dem Einkommen der Versicherten, nach der Zahl der mitversicherten Familienangehörigen, der der Rentner sowie weiterer Risikofaktoren wie Altersstruktur und Geschlecht, s. im einzelnen zum Risikostrukturausgleich die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 12/3608, S. 75 ff., 117 ff.; Schneider, Der Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung; Axer in: Wannagat, Sozialgesetzbuch, Kommentierung zu §§ 266 ff. SGB V.

5 Zusammenfassung

Das Monopol der deutschen Berufsgenossenschaften verletzt sowohl das EU-Wettbewerbsrecht, Art. 82, 86 EGV, als auch die Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 EGV.

Die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts erfordert, daß die Versicherungstätigkeit der Berufsgenossenschaften „unternehmerische“ Tätigkeit im Sinne der Art. 81 ff. EGV ist. Dies ist bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH zu bejahen. Elemente des sozialen Ausgleichs, wie sie der Gerichtshof in seiner „Cisal“-Entscheidung für die italienische Unfallversicherung feststellen konnte, sind der deutschen Unfallversicherung fremd. Das Monopol der Berufsgenossenschaften erfüllt den Verbotstatbestand des Art. 86, 82 EGV. Eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV greift nicht ein, da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt ist. Die Ausschließlichkeitsstellung der Berufsgenossenschaften ist nicht erforderlich, um den durch sie bezweckten sozialen Schutz zu gewährleisten.

Das Unfallversicherungsmonopol der Berufsgenossenschaften verhindert zudem ein konkurrierendes Angebot entsprechender grenzüberschreitender Leistungen. Es beschränkt damit die in Art. 49 EGV festgeschriebene aktive und passive Dienstleistungsfreiheit von Versicherern und Versicherten. Die Beschränkung hat nicht-diskriminierenden Charakter, da sie eine Benachteiligung darstellt, die unabhängig von

der Staatsangehörigkeit greift. Eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung über die „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ ist nicht möglich. Auch hier gilt, daß die Ausschließlichkeitsstellung der Berufsgenossenschaften nicht erforderlich ist, um den durch sie bezweckten sozialen Schutz zu gewährleisten.

Die Abschaffung des Ausschließlichkeitsrechts der Berufsgenossenschaften sollte nach Möglichkeit innerhalb eines organisatorisch, ökonomisch und sozialpolitisch sinnvollen Rahmens erfolgen. Es empfiehlt sich, die bisher zusammengefaßten Aufgaben der Versicherung, der Leistungserbringung und der Unfallverhütung aufzuteilen:

Die Versicherungsaufgaben sollten von privatisierten Rechtsnachfolgern der Berufsgenossenschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit betrieben werden, und zwar unter Wegfall der bisherigen Zuständigkeitsaufteilung zwischen den Berufsgenossenschaften. Hierbei empfiehlt sich eine Beschränkung des Versicherungsschutzes auf diejenigen Risiken, welche tatsächlich mit der Arbeitstätigkeit zusammenhängen. Die Absicherung des Wegeunfallrisikos dagegen sollte beendet werden. Für den verbleibenden Bereich der Unfall- und Berufskrankheitsversicherung sollte das Kapitaldeckungsprinzip eingeführt werden. Die hiermit zusammenhängenden Lasten der Umstellung sollten ebenfalls nach Möglichkeit steuerfinanziert werden,

anderenfalls durch eine Umlage unter den versicherten Unternehmen. Außerdem sollte die Insolvenzgeldumlage nicht mehr von den Berufsgenossenschaften erhoben, sondern steuerlich finanziert werden.

Die Aufgaben der Unfallverhütung könnten von den Berufsgenossenschaften als öffentlichen Selbstverwaltungskörperschaften fortgeführt werden. Die Kliniken und sonstigen medizinischen Einrichtungen der Berufsgenossenschaften sollten – in Fortführung ihrer bereits jetzt bestehenden Eigenständigkeit – vollständig verselbständigt werden.

Die Autoren

Dr. habil. Lüder Gerken ist Vorstand der Stiftung Marktwirtschaft, Berlin.

Prof. Dr. Richard Giesen ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeits- und Sozialrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

Dominik Jochums ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim.

Dr. Guido Raddatz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Stiftung Marktwirtschaft, Berlin.

Prof. Dr. Volker Rieble ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim.

Weitere Titel aus dieser Reihe

Kirchen und soziale Marktwirtschaft

von Matthias Meyer (2003)

**Brachliegende Fähigkeiten nutzen,
Chancen für Arbeitslose verbessern**

von Johann Eekhoff und Steffen J. Roth (2002)

**Kampf gegen Arbeitslosigkeit und Armut –
Markt, Staat und Föderalismus**

von Norbert Berthold und Sascha von Berchem (2002)

**Die Aufgaben der Arbeitslosenversicherung neu
bestimmen**

von Johann Eekhoff und David F. Milleker (2000)

Prinzipien der Renten- und Pensionsbesteuerung

von Axel Börsch-Supan und Melanie Lührmann (2000)

Prosperität in einer alternden Gesellschaft

mit Beiträgen von Herwig Birg, Bernhard Boockmann,
Stephanie Mohr-Hauke, Bert Rürup, Viktor Steiner,
Andreas Storm und Ernst Ulrich von Weizsäcker (2000)

**Mehr Beschäftigung – Sisyphusarbeit gegen
Tarifpartner und Staat**

von Norbert Berthold (2000)

Für weitere Veröffentlichungen der Stiftung Marktwirtschaft siehe www.stiftung-marktwirtschaft.de.