
Das Spannungsverhältnis zwischen dem Unfallversicherungsmonopol der gewerblichen Berufsgenossenschaften und dem Gemeinschaftsrecht

Ilka Wölfle*

Inhalt

A. Einleitung	302
B. Das System der gesetzlichen Unfallversicherung in Deutschland	303
C. Das Unfallversicherungsmonopol im Spannungsverhältnis mit dem Europarecht	306
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	306
II. Die Rechtsprechung der deutschen Sozialgerichte	311
D. Die Rechtssache „Kattner Stahlbau GmbH“	312
I. Sachverhalt	312
II. Argumentation des vorlegenden Gerichts	313
III. Urteil des EuGH	314
IV. Kritische Analyse	315
1. Zur ersten Vorlagefrage	315
a) Nationale Prärogative für soziale Sicherungssysteme	315
b) Sozialer Zweck	316
c) Grundsatz der Solidarität	317
(1) Solidarische Organisationsform	317
(2) Keine strenge Proportionalität zwischen Beiträgen und versichertem Risiko	319
(3) Keine strenge Proportionalität zwischen Höhe der Leistungen und Einkünften der Versicherten	324

* Ass. iur. Ilka Wölfle LL.M. ist Referentin der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) in der Europavertretung der Deutschen Sozialversicherung, Brüssel. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Magisterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudiengangs „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes angefertigt hat. Die Autorin dankt Rechtsanwalt Dr. Robin van der Hout LL.M. für die Betreuung der Magisterarbeit.

d) Staatliche Kontrolle	326
2. Zur zweiten Vorlagefrage	329
a) Verstoß gegen Art. 82 EG in Verbindung mit Art. 86 EG	329
(1) Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung	329
(2) Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG	330
b) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit – Art. 49 EG	333
(1) Nationale Prärogative für soziale Sicherungssysteme	333
(2) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Pflichtmitgliedschaft in der MMBG	335
(3) Rechtfertigung – „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“	337
E. Ergebnis und Schlussfolgerung	339

A. Einleitung

Seit vielen Jahren werden monopolistisch organisierte Sozialversicherungssysteme wegen ihrer angeblichen Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht angegriffen. Anlass der kritischen Analysen bieten das im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft niedergelegte Ziel des unverfälschten Wettbewerbs und das mit der Einheitlichen Europäischen Akte eingefügte Binnenmarktkonzept. Beide Zielsetzungen stehen in einem Spannungsverhältnis mit Sozialschutzeinrichtungen, die innerhalb der Landesgrenzen mit einem Monopol für die Organisation der Solidarität ausgestattet sind. Durch ihre Ausschließlichkeitsstellung verhindern sie zwangsläufig die Entstehung wirtschaftlichen Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft. Darüber hinaus beschränkt die Pflichtmitgliedschaft in den Sozialversicherungseinrichtungen die Freiheit, Dienstleistungen vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen oder in Anspruch zu nehmen.

Vor diesem Hintergrund standen über Jahre hinweg zahlreiche Kranken- und Rentenversicherungsträger auf dem Prüfstand des EuGH. Veranlasst durch eine Vorlage eines italienischen Arbeitsrichters machte der Gerichtshof schließlich im Jahre 2002 eine Aussage über die Kompatibilität des italienischen Unfallversicherungssystems mit dem Gemeinschaftsrecht. Die Richter kamen zu dem Ergebnis, dass die in Italien bestehende Pflichtversicherung mit Europäischem Wettbewerbsrecht vereinbar ist.¹ Einen Blick auf die Dienstleistungsfreiheit erlaubte die Vorlagefrage dagegen nicht.²

¹ EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691.

Auch in Deutschland wehren sich insbesondere kleinere Unternehmerverbände zunehmend gegen das bestehende System der Pflichtversicherung bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften (BGen). Sämtliche Austrittsklagen vor den deutschen Sozialgerichten wurden abgewiesen, bis schließlich im Jahre 2007 das Landessozialgericht Sachsen (LSG Sachsen) dem EuGH die Frage vorlegte, ob das Monopol der BGen mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehe.³

Im vorliegenden Beitrag soll anhand des vom LSG Sachsen eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahrens in der Rechtssache *Kattner* das Spannungsverhältnis zwischen dem berufsgenossenschaftlichen Unfallversicherungsmonopol und dem Gemeinschaftsrecht untersucht werden. Im Mittelpunkt stehen dabei die Art. 81, 82, 86 Abs. 2 EG sowie die Art. 49 ff. EG. Nach einem Überblick über das deutsche System der gesetzlichen Unfallversicherung wird die bisher ergangene europäische und nationale Rechtsprechung dargestellt. Anschließend wird die Rechtssache *Kattner* unter Einbeziehung der Entscheidung des EuGH vom 5. März 2009⁴ untersucht und kritisch gewürdigt. Dabei wird auf die relevanten Änderungen im deutschen Recht hingewiesen, die durch das am 5. November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der gesetzlichen Unfallversicherung (UVMG) eingeführt wurden.

B. Das System der gesetzlichen Unfallversicherung in Deutschland

Das System der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung wurde im 19. Jahrhundert eingeführt.⁵ Trotz zahlreicher Novellierungen ist es in seinen Grundzügen bis zum heutigen Tage unverändert geblieben.⁶ Seit dem 1. Januar 1997 finden sich die Regelungen zur gesetzlichen Unfallversicherung im Sozialgesetzbuch (SGB) VII.⁷ Vorschriften insbesondere zur Organisation, zur Aufsicht und zur Verwen-

² Der EuGH hat sich im Vorabentscheidungsverfahren an die Fragen des nationalen Gerichts zu halten. Siehe hierzu: *Ebricke*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 234 EG, Rdnr. 13.

³ LSG Sachsen, Az. L 6 U 2/06, Die BG 2008, S. 94-97.

⁴ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg.

⁵ *Kater*, in: Kater/Leube, Gesetzliche Unfallversicherung SGB VII, Kommentar, 1997, S. 1.

⁶ Die Grundzüge der Pflichtmitgliedschaft mit Ausschließlichkeitsstellung sind auch durch das UVMG unberührt geblieben.

⁷ Gesetz vom 7.8.1996, BGBl. 1998 I, 1254 in der Fassung vom 20.4.2007, BGBl. 2007 I, 554. Es wird darauf hingewiesen, dass diese Fassung auch Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist, da das vorlegende Gericht in seiner Entscheidung – zumindest für die Vergangenheit – dieses Recht anzuwenden hat.

dung der finanziellen Mittel, die einheitlich für die gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung sowie die soziale Pflegeversicherung gelten, sind im SGB IV geregelt. Weitere Vorschriften für alle Sozialversicherungszweige finden sich im SGB I und im SGB X.

Die Aufgabe der gesetzlichen Unfallversicherung besteht darin, Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten und arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten, nach Eintritt eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit die Gesundheit und die Leistungsfähigkeit der Versicherten wiederherzustellen und sie oder ihre Hinterbliebenen finanziell zu entschädigen. Der so umrissene Auftrag ist unter Zuhilfenahme aller vom Gesetz bereitgestellten geeigneten Mittel zu erfüllen.⁸ Zu dem Kreis der Pflichtversicherten zählen neben zahlreichen anderen Gruppen⁹ insbesondere alle lohnabhängig Beschäftigten.¹⁰ Dagegen sind Unternehmer – abgesehen von Ausnahmen¹¹ – grundsätzlich nicht pflichtversichert.¹²

Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sind neben den nach Regionen und Gewerbebranchen gegliederten gewerblichen BGen die landwirtschaftlichen BGen und die Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand.¹³ Die gewerblichen BGen sind für alle Unternehmen zuständig, soweit keine Zuständigkeit der landwirtschaftlichen BGen oder der Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand vorliegt.¹⁴ Für die in Deutschland ansässigen Unternehmen bedeutet dies, dass sie mit Aufnahme ihrer unternehmerischen Tätigkeit kraft Gesetzes einer BG zugeordnet werden.

Die BGen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts.¹⁵ Im Rahmen der Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags erlassen sie im Bereich der Prävention Unfallverhütungsvorschriften als autonomes Satzungsrecht.¹⁶ Verwaltet werden die BGen durch eine paritätisch besetzte Selbstverwaltung bestehend aus Versicherten und Arbeitgebern.¹⁷ Dabei unterliegen die Versicherungsträger hinsichtlich der Rechtmäßigkeit ihrer Tätigkeiten der Aufsicht durch das Bundesversicherungsamt. Auf den Gebieten der Prävention wacht zudem das Bundesministerium für Arbeit und

⁸ § 1 SGB VII.

⁹ Vgl. hierzu die in § 2 SGB VII genannten Personen.

¹⁰ § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

¹¹ Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 5, 6, 7 SGB VII sowie § 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

¹² § 6 SGB VII.

¹³ § 114 Abs. 1 SGB VII.

¹⁴ § 121 Abs. 1 SGB VII.

¹⁵ § 29 Abs. 1 SGB IV.

¹⁶ § 15 Abs. 1 SGB VII.

¹⁷ § 29 Abs. 2 SGB IV.

Soziales im Rahmen der Fachaufsicht über den Umfang und die Zweckmäßigkeit der von den Trägern getroffenen Maßnahmen.¹⁸

Die Leistungen – wie beispielsweise Heilbehandlung, Verletztengeld und Rente – sind kraft Gesetzes einheitlich für die Versicherten aller BGen vorgeschrieben.¹⁹ Die versicherten Arbeitnehmer und ihre Hinterbliebenen können die Leistungen auch dann beanspruchen, wenn der Versicherungsfall durch verbotswidriges Handeln²⁰ eingetreten ist, sie einer nicht angemeldeten Tätigkeit nachgehen²¹ oder wenn der Arbeitgeber pflichtwidrig keine Beiträge entrichtet hat.²²

Im Kern beruht die gesetzliche Unfallversicherung seit ihrer Entstehung auf dem Grundgedanken der Ablösung der zivilrechtlichen Haftung der Unternehmer.²³ Diese müssen im Gegenzug für die Mittel zur Finanzierung durch die alleinige Entrichtung von Beiträgen aufkommen.²⁴ Die Festsetzung der Beiträge erfolgt im Wege des Umlageverfahrens. Jede BG ermittelt nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beitragsansprüche dem Grunde nach entstanden sind, das Umlagesoll als Differenzbetrag zwischen den Aufwendungen und den Erträgen.²⁵ Das Umlagesoll wird auf die Mitgliedsunternehmen der jeweiligen BG verteilt, wobei sich die Höhe der von den Unternehmen zu zahlenden Beiträge nach verschiedenen Faktoren richtet. Ausgangspunkt ist die Summe der beitragspflichtigen Arbeitsentgelte der Versicherten. Anschließend findet das Unfallgeschehen und damit die Unfallgefahr in den Gewerbezweigen der einzelnen Unternehmen im Rahmen der Beitragsberechnung Berücksichtigung.²⁶ Dabei sind drei Stufen zu unterscheiden: Die erste Abstufung erfolgt durch die Bildung von Risikogemeinschaften, indem Gewerbezweige bzw. Unternehmen mit etwa gleichen Gefährdungsrisiken zu einer Gefahrengemeinschaft zusammengefasst werden.²⁷ Die zweite Abstufung erfolgt dadurch, dass die in einer BG zusammengefassten Gewerbezweige entsprechend dem bisherigen Unfallgeschehen unterschiedlichen Gefährklassen zugeordnet werden. Die Zuordnung der einzelnen Unternehmen zu einer Gefährklasse nimmt die jeweilige BG anhand des Gefahrtarifs vor, der aufgrund der statistischen Erfassung

¹⁸ §§ 87 Abs. 1 und 2, 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

¹⁹ Kap. 3 SGB VII.

²⁰ § 7 Abs. 2 SGB VII.

²¹ *Mehrtens*, in: Bereiter-Hahn/Mehrtens (Hrsg.), SGB VII, Kommentar, § 2, Rdnr. 6.10.

²² *Ibid.*, Rdnr. 5.

²³ §§ 104 bis 109 SGB VII.

²⁴ § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB VII.

²⁵ § 152 SGB VII.

²⁶ § 153 SGB VII.

²⁷ *Platz*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 2: Unfallversicherungsrecht, 1. Aufl. 1996, § 58, Rdnr. 34 ff.

des Unfallgeschehens und der darauf beruhenden Aufwendungen bemessen wird. Insoweit findet eine Differenzierung der Beitragshöhe innerhalb der zuvor gebildeten Gefahrengemeinschaft statt.²⁸ Schließlich kann in einer dritten Stufe eine weitere Herabsetzung oder Erhöhung einer Gefahrklasse auf Unternehmensebene erfolgen. Kriterien für diese subjektive Abstufung können beispielsweise Anzahl, Schwere und Kosten der im jeweiligen Unternehmen eingetretenen Arbeitsunfälle innerhalb eines bestimmten Zeitraums sein.²⁹

Die Beitragsbelastung des einzelnen Unternehmens ist zudem beschränkt, da der zu bemessende Jahresarbeitsverdienst seiner Höhe nach begrenzt ist.³⁰ Um einzelne Unternehmen vor einer übermäßigen Beitragsbelastung zu schützen, sieht daneben § 176 SGB VII einen Lastenausgleich zwischen den BGen vor. Dieses Verfahren greift, wenn eine BG finanziell so stark belastet wird, dass die Beiträge der Unternehmer unvertretbar ansteigen würden und damit die laufenden Ausgaben nicht mehr alleine gedeckt werden können. In solchen Fällen werden besonders stark belastete BGen finanziell von den anderen BGen unterstützt. Mithin müssen die ausgleichsberechtigten BGen den Betrag weniger aufbringen, den die Mitglieder der anderen BGen zusätzlich zahlen.³¹ Dies gilt im Grundsatz auch für die durch das UVMG eingeführte Neuregelung des Überaltlastenausgleichs nach §§ 176 bis 181 SGB VII, welche am 5. November 2008 in Kraft getreten ist, jedoch einen gleitenden Übergang vom bisherigen Lastenausgleich zur neuen Lastenverteilung im Zeitraum der Ausgleichsjahre 2008 bis 2013 vorsieht. Im Gegensatz zum bisherigen Lastenausgleichsverfahren soll künftig eine gemeinsame Tragung der Rentenlasten erfolgen, eine Einordnung in „arme“ und „reiche“ BGen erfolgt demnach nicht mehr.³²

C. Das Unfallversicherungsmonopol im Spannungsverhältnis mit dem Europarecht

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Mit der Monopolstellung von Sozialversicherungsträgern hat sich der EuGH bereits mehrfach beschäftigt. Im Mittelpunkt der eingeleiteten Vorlageverfahren stand immer die Frage, ob eine Sozialversicherungseinrichtung ein Unternehmen im Sinne der Art. 81, 82 EG ist und dementsprechend den Wettbewerbsvorschriften

²⁸ Ibid., Rdnr. 37 ff.

²⁹ Ibid., Rdnr. 50 ff.

³⁰ § 153 Abs. 2 SGB VII.

³¹ Platz, (Fn. 27), § 58, Rdnr. 114 ff.

³² Siehe die Anmerkungen von *Rothe*, in: EK-UVMG, 2008, S. 216 ff.

unterliegt. Inwieweit die Pflichtmitgliedschaft in einer Sozialversicherungseinrichtung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, musste der EuGH bisher noch nicht entscheiden.

Im Jahre 1992 hat der EuGH in der Rechtssache *Höfner und Elser* eine richtungsweisende Definition des Unternehmensbegriffs getroffen, die auch für die Sozialversicherungsträger von Bedeutung ist.³³ Zentrale Frage des Verfahrens war, ob eine öffentlich-rechtliche Institution wie die Bundesanstalt für Arbeit ein Unternehmen im Sinne der Art. 81, 82 EG darstellt und demzufolge die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze anzuwenden sind.³⁴ Der EuGH hat dies bejaht und seine Entscheidung auf eine begriffliche Definition gestützt, wonach „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ ein Unternehmen ist.³⁵

In der Folgezeit beschäftigte sich der Gerichtshof zunehmend mit der Einordnung von Sozialversicherungsträgern als Unternehmen. Dabei nahmen die Richter stets Bezug auf die in der Rechtssache *Duphar* getroffene Feststellung, „dass das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten nicht berührt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten“.³⁶

In der im Jahre 1993 ergangenen Entscheidung *Poucet und Pistre* hat der EuGH im Hinblick auf die Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungseinrichtungen die rechtlichen Grundlagen entwickelt.³⁷ Die Kläger dieses Verfahrens verweigerten die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen an einen bestimmten französischen Sozialversicherungsträger. Es handelte sich dabei um eine mit der Verwaltung des Versicherungssystems für Krankheit und Mutterschaft der Selbstständigen nichtlandwirtschaftlicher Berufe betrauten Einrichtung und einer mit der Verwaltung des Altersversicherungssystems für Handwerker zuständigen Institution. Die Kläger vertraten die Auffassung, diese Sozialversicherungsträger seien Unternehmen, die über eine beherrschende Stellung verfügten und diese auch missbrauchten. Sie forderten das Recht, sich an jede im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassene private Versicherungsgesellschaft ihrer Wahl zu wenden.³⁸ Der EuGH stellte die Zwangsversicherungspflicht in den französischen Sozialversicherungseinrichtungen nicht in Frage und befand, dass Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken keine Unternehmen im Sinne des EG-Vertrags sind, wenn sie „eine Aufgabe mit ausschließlich sozia-

³³ EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979.

³⁴ Ibid., Rdnr. 20.

³⁵ Ibid., Rdnr. 21.

³⁶ EuGH, Rs. C-238/82, *Duphar*, Slg. 1984, 523, Rdnr. 16.

³⁷ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637.

³⁸ Ibid., Rdnr. 2 ff.

lem Charakter erfüllen und eine Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht ausüben, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht.“³⁹ Maßgeblich für die Erfüllung des Solidaritätsgrundsatzes war, dass die Einrichtungen nach dem Umlageverfahren organisiert waren und finanziell stärkere Systeme sich an der Finanzierung finanziell schwächerer beteiligten.⁴⁰

Drei Jahre später präzisierte der Gerichtshof in der Rechtssache *FFSA* seine Rechtsprechung.⁴¹ Der Entscheidung lag ein Verfahren zugrunde, in dem Versicherungsgesellschaften das einer Sozialversicherungskasse übertragene ausschließliche Recht, ein Zusatzrentenversicherungssystem zu verwalten, angriffen.⁴² Unter Bezugnahme auf seine vorangegangene Rechtsprechung vertrat der EuGH die Auffassung, dass die Einrichtung wirtschaftliche Tätigkeiten ausübe und somit dem Wettbewerbsrecht unterliege. Das Zusatzrentensystem sei nach dem Kapitalanlagenverfahren finanziert und beruhe zudem auf freiwilliger Basis.⁴³ Die im Versicherungssystem enthaltenen solidarischen Elemente wie Unabhängigkeit der Beiträge gegenüber dem Risiko, das Verbleiben der geleisteten Beitragszahlungen im System bei vorzeitigem Ableben und die Beitragsbefreiung aus bestimmten Gründen waren für den EuGH nicht ausreichend, um eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen. Entscheidend war, dass das Zusatzrentensystem auf freiwilliger Basis beruht, so dass der Grundsatz der Solidarität nur eingeschränkt galt.⁴⁴

Ende des Jahres 1999 bestätigte der Gerichtshof in drei im Wesentlichen gleichlautenden Urteilen *Albany*, *Brentjens* und *Drijvende Bokken* die in den vorhergehenden Entscheidungen aufgestellten Grundsätze.⁴⁵ Den Entscheidungen lagen Verfahren zugrunde, in denen Arbeitnehmer kraft Gesetzes in niederländische Rentenversicherungsfonds aufgenommen wurden. Die Betriebsrentenfonds waren aus Tarifvereinbarungen zwischen Sozialpartnern hervorgegangen.⁴⁶ Verschiedene Unternehmen vertraten die Auffassung, dass die Zwangsmitgliedschaft in den Fonds gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße.⁴⁷ Der EuGH ordnete die Betriebs-

³⁹ Ibid., Rdnr. 6 ff.

⁴⁰ Ibid., Rdnr. 10 ff.

⁴¹ EuGH, Rs. C-244/94, *FFSA*, Slg. 1995, I-4013.

⁴² Ibid., Rdnr. 5.

⁴³ Ibid., Rdnr. 17.

⁴⁴ Ibid., Rdnr. 18 f.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025; EuGH, Rs. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg. 1999, I-6121.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 25 ff.; EuGH, Rs. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 25 ff.

rentenfonds als Unternehmen ein, da sie nach dem Kapitaldeckungsverfahren arbeiteten, die Höhe der Beiträge und der Leistungen von ihnen selbst bestimmt wurden und somit von den Erträgen der Investitionen abhingen.⁴⁸ Die soziale Zielsetzung, die fehlende Gewinnerzielungsabsicht und verschiedene im System enthaltene solidarische Elemente waren für den EuGH nicht ausreichend, um den Unternehmenscharakter zu verneinen.⁴⁹ In einem zweiten Schritt erklärte der EuGH das Monopol des Rentenversicherungsfonds als gerechtfertigt im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG, da es zur Erfüllung einer im allgemeinen Interesse liegenden besonderen sozialen Aufgabe erforderlich sei.⁵⁰

Von wesentlicher Bedeutung ist das im Jahre 2002 ergangene Urteil in der Rechtssache *Cisal*. In dieser Entscheidung hat der EuGH zum ersten Mal über die Vereinbarkeit einer obligatorischen Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten mit dem Wettbewerbsrecht geurteilt. Der Kläger des Ausgangsverfahrens verweigerte die Zahlung von Versicherungsbeiträgen zur Absicherung der Risiken gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten an den zuständigen italienischen Unfallversicherungsträger. Er vertrat die Auffassung, dass die Rechtsvorschriften, die ihn zur Zahlung an die vom Gesetz vorgesehene Einrichtung verpflichten, gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht verstoßen.⁵¹ Der EuGH entschied, dass das gesetzliche Unfallversicherungssystem in Italien einen sozialen Zweck verfolge, da es eine obligatorische Sicherung für alle Versicherten unabhängig von einer Pflichtverletzung der Versicherten oder der Arbeitgeber und ohne Rückgriff auf zivilrechtliche Haftungsgrundsätze ermögliche. Dies würde ferner dadurch bestätigt, dass Leistungen auch ohne Beitragszahlung erfolgen.⁵² Von entscheidender Bedeutung war jedoch, dass das italienische Unfallversicherungssystem den Grundsatz der Solidarität umsetzte. Ausschlaggebend hierbei war, dass sich das Versicherungssystem durch Beiträge finanzierte, deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko war. Auch die Höhe der gewährten Leistun-

⁴⁷ EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 47 f.; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 46 f.; EuGH, Rs. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 36 f.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 81 ff.; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 81 ff.; EuGH, Rs. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 71 ff.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 85; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 85; EuGH, Rs. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 75.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 105 ff.; EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 105 ff.; EuGH, Rs. C-219/97, *Drijvende Bokken*, Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 95 ff.

⁵¹ EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 13.

⁵² *Ibid.*, Rdnr. 34 ff.

gen war nicht streng proportional zu den Einkünften der Versicherten.⁵³ Darüber hinaus unterlagen die Höhe der Leistungen und der Beiträge staatlicher Aufsicht.⁵⁴

Als letzte Entscheidung ist das Urteil des EuGH in der Rechtssache *AOK-Bundesverband* heranzuziehen. In diesem Verfahren musste sich der EuGH mit der Frage befassen, ob die deutschen gesetzlichen Krankenversicherungsträger bzw. deren Verbände den Wettbewerbsvorschriften unterworfen sind. Die Kläger der Ausgangsverfahren wehrten sich gegen die Herabsetzung von Arzneimittelfestbeträgen durch verschiedene Krankenkassenverbände. Die Herabsetzung hatte zur Folge, dass Krankenkassen den abgebenden Apotheken einen geringeren Anteil des Arzneimittels zahlten, so dass die Versicherten die Arzneimittel nur durch eine höhere Zuzahlung erwerben konnten.⁵⁵ Der EuGH betrachtete die in Rede stehenden Einrichtungen nicht als Unternehmen, da die Tätigkeit der Krankenkassen einen sozialen Zweck verfolge und zudem auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe. So hätten die Krankenkassen keine Möglichkeit, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen. Vielmehr seien sie verpflichtet, ihren Mitgliedern die gleichen Pflichtleistungen anzubieten und zwar unabhängig von der Höhe der Beiträge. Schließlich verfolgten sie keine Gewinnerzielungsabsicht.⁵⁶

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Gemeinschaftsrecht nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lässt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten. Im Übrigen sind die europäischen Wettbewerbsvorschriften nur auf solche Einrichtungen anwendbar, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, „die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten, und die zumindest im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“.⁵⁷ Der Gerichtshof hat zur Abgrenzung drei wesentliche Kriterien aufgestellt, wann Einrichtungen der sozialen Sicherheit nicht als Unternehmen angesehen werden. Er prüft dabei erstens, ob die Einrichtungen einen sozialen Zweck verfolgen, zweitens, ob sie auf dem Grundsatz der Solidarität beruhen und drittens, ob die Beiträge und Leistungen staatlichen Regelungen unterliegen.

⁵³ Ibid., Rdnr. 38 ff.

⁵⁴ Ibid., Rdnr. 43.

⁵⁵ EuGH, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493, Rdnrn. 19 ff. und 25 ff.

⁵⁶ Ibid., Rdnr. 51 ff.

⁵⁷ Schlussanträge GA Jacobs zu EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Nr. 38.

II. Die Rechtsprechung der deutschen Sozialgerichte

Seit einigen Jahren wehren sich zunehmend Unternehmer und Unternehmerverbände vor den Sozialgerichten gegen die Zwangsmitgliedschaft in den BGen. Die deutschen Gerichte haben sich bisher fast ausnahmslos für die Europarechtskonformität des Unfallversicherungsmonopols ausgesprochen.

Vorreiter war das Sozialgericht Würzburg mit seinem Urteil vom 28. Oktober 1999.⁵⁸ Nach Auffassung des Gerichts erbringen die BGen schon keine Dienstleistungen im Sinne der Art. 49, 50 EG, da ihre Leistungen nicht zu Erwerbszwecken erbracht werden, sondern zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, namentlich Prävention, Rehabilitation und Entschädigung. Selbst wenn man die Leistungen der BGen als Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags ansehen würde, so das Gericht, sei zu bedenken, dass sie hoheitliche Aufgaben ausüben. Mithin könnten sie sich auf Art. 55 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 EG berufen. Vor allem der Präventionssektor der Unfallversicherung sei mit vielfältigen hoheitlichen Befugnissen und Maßnahmen verbunden. Eine Aufspaltung der verschiedenen Aufgabenbereiche mit der Möglichkeit einer privaten Absicherung einzelner Risiken sei nicht denkbar, da hierfür die sozialpolitische Kraft und Effizienz fehle, die der gesetzlichen Unfallversicherung im Verbundsystem innewohne.⁵⁹ Zudem üben die BGen nach Auffassung des Gerichts keine unternehmerische Aktivität im Sinne der Art. 81, 82 EG aus, da sie Leistungen mit sozialem Charakter nach dem Grundsatz der Solidarität und ohne Gewinnerzielungsabsicht erbringen.⁶⁰ Selbst wenn man die BGen als Unternehmen ansähe, wäre die Zwangsmitgliedschaft nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt, da ein privatversicherungsrechtlich ausgestaltetes System der Unfallversicherung die spezifische Aufgabenerfüllung der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung im Verbundsystem verhindern würde.⁶¹ Zahlreiche deutsche Gerichte folgten dieser Linie und bestätigten die Europarechtskonformität der Ausschließlichkeitsstellung der BGen.⁶²

Im Jahre 2003 musste sich erstmals das Bundessozialgericht (BSG) mit der Frage auseinandersetzen, ob die Pflichtmitgliedschaft eines Unternehmens in einer BG gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.⁶³ Das BSG bezog sich in seinem ablehnenden Urteil auf die Rechtsprechung des EuGH in der Entscheidung *Cisal* und wies darauf hin, dass die deutsche und die italienische Pflichtversicherung gegen Arbeits-

⁵⁸ SG Würzburg, Az. S 5 U 388/96, Die BG 2000, S. 174-180.

⁵⁹ Ibid., S. 178 f.

⁶⁰ Ibid., S. 179.

⁶¹ Ibid., S. 180.

⁶² LSG Baden-Württemberg, Az. L 1 U 3237/01, Die BG 2003, S. 391-394; LSG Nordrhein-Westfalen, Az. L 17 U 138/05, Die BG 2006, S. 30-34; SG Darmstadt, Az. S 3 U 1300/96, Die BG 2000, S. 417-418.

⁶³ BSG, Az. B 2 U 16/03 R, Die BG 2004, S. 126-130.

unfälle und Berufskrankheiten ähnliche und teilweise sogar identische Merkmale enthielten. Die deutsche gesetzliche Unfallversicherung verfolge mit dem Ziel der Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten einen sozialen Zweck. Im Punkt Finanzierung hebe sich das deutsche System sogar noch deutlicher als das der italienischen Unfallversicherung von marktüblichen privaten Versicherungsangeboten ab, so dass die Einordnung der BGen als Unternehmen noch weniger in Betracht komme.⁶⁴ Insbesondere unterliege auch die Beitragsgestaltung, ähnlich wie bei der italienischen Einrichtung, staatlicher Reglementierung und Aufsicht.⁶⁵ Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit kommt das BSG zu dem Ergebnis, dass eine solidarisch finanzierte staatliche Pflichtversicherung, die nicht gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt, ebenfalls nicht gegen den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit verstoßen könne. Das infolge der Zwangsmitgliedschaft fehlende Wahlrecht der Unternehmer hinsichtlich des Versicherers sei keine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, da die Gewährung des Versicherungsschutzes durch eine BG keine Dienstleistung sei.⁶⁶ Von dieser Entscheidung ist das BSG auch in den darauffolgenden Urteilen nicht abgewichen.⁶⁷ Die herrschende deutsche Rechtsprechung geht demnach von einer Europarechtskonformität des deutschen Unfallversicherungsmonopols aus. Davon weicht nur die Entscheidung des LSG Sachsen vom 24. Juli 2007 in der Rechtssache *Kattner* ab.⁶⁸

D. Die Rechtssache „Kattner Stahlbau GmbH“

I. Sachverhalt

Die am 13. November 2003 gegründete Kattner GmbH ist seit dem 1. Januar 2004 im Bereich des Stahl-, Treppen- und Balkonbaus tätig. Kurz nachdem die Kattner GmbH ihre Tätigkeit aufgenommen hatte, teilte ihr die Maschinenbau- und Metallberufsgenossenschaft (MMBG) mit, dass sie der für das Unternehmen zuständige Unfallversicherungsträger sei. Im November 2004 begehrte die Kattner GmbH die Entlassung aus der Mitgliedschaft bei der MMBG, da sie die Absicht hatte, sich stattdessen gegen die bestehenden Risiken privat zu versichern. Die MMBG lehnte das Begehren mit der Begründung ab, dass eine Kündigung bzw. ein Austritt aus der gesetzlichen Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Be-

⁶⁴ Ibid., S. 128.

⁶⁵ Ibid., S. 129.

⁶⁶ Ibid., S. 130.

⁶⁷ BSG, Az. B 2 U 34/05 R, Die BG 2007, S. 102-106; BSG, Az. B 2 U 9/06 R, Die BG 2008, S. 91-93.

⁶⁸ LSG Sachsen, (Fn. 3).

rufskrankheiten nicht möglich sei. Nach den Bestimmungen des SGB VII sei die MMBG der für die Kattner GmbH zuständige Unfallversicherungsträger. Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage wies das Sozialgericht Leipzig ab. Gegen das erstinstanzliche Urteil legte die Kattner GmbH Berufung beim LSG Sachsen ein. In ihrer Begründung führte sie aus, dass die Zwangsmitgliedschaft bei der MMBG mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei. Gleichzeitig legte sie ein Angebot der dänischen privaten Versicherungsgesellschaft Alpha-Group vor, bei der sie sich gegen das Risiko von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und Wegeunfällen versichern wollte.⁶⁹

Der Berichterstatter des LSG Sachsen war der Auffassung, dass der Ausgangsrechtsstreit nicht ohne eine Klärung der Auslegung europarechtlicher Vorschriften entschieden werden kann und legte dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor.⁷⁰ Mit der ersten Frage wollte das Gericht wissen, ob es sich bei der beklagten MMBG um ein Unternehmen im Sinne der Art. 81, 82 EG handelt. Die zweite Frage zielte darauf ab, zu klären, ob die Pflichtmitgliedschaft der Kattner GmbH bei der beklagten MMBG gegen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften verstößt.⁷¹

II. Argumentation des vorlegenden Gerichts

Nach Auffassung des LSG-Sachsen sind die vorgelegten Fragen nicht durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cisal* beantwortet worden.⁷² Insbesondere bestünden zwischen dem deutschen und dem italienischen System Unterschiede.⁷³ Im Gegensatz zum italienischen System seien die BGen als Oligopol strukturiert. Durch die Schaffung mehrerer nach Wirtschaftszweigen gegliederter BGen habe sich der deutsche Staat für ein System mehrerer Versicherungsträger entschieden und damit ganz bewusst die Organisation der gesetzlichen Unfallversicherung als Monopol abgelehnt. Mit dem „Cisal“-Urteil sei lediglich festgestellt worden, dass die Institutionalisierung eines Monopols weder wettbewerbs- noch europarechtswidrig sei. Diese Grundsätze könnten nicht auf ein System übertragen werden, das oligopolistische Strukturen aufweist.⁷⁴ Des Weiteren führe die MMBG die Versicherung unmittelbar durch. Diese Tätigkeit entspreche im Wesentlichen den Aktivitäten von Versicherungsgesellschaften, die als Wirtschaftssubjekte aner-

⁶⁹ Ibid., S. 94.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid., S. 97.

⁷² Ibid., S. 95.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., S. 95 f.

kannt seien.⁷⁵ Darüber hinaus bestimmen die nach Wirtschaftssektoren gegliederten BGen nach Auffassung des Gerichts ihre Beiträge nach autonom festgesetzten Gefahrtarifen. Zudem habe die mehr oder weniger zufällige Zugehörigkeit zu der einen oder anderen BG erhebliche Auswirkungen auf die Beitragshöhe. Von einer Gesamtsolidargemeinschaft könne demnach nicht ausgegangen werden.⁷⁶ Auch kenne das deutsche Recht der gesetzlichen Unfallversicherung keine effizienten Umverteilungsmechanismen.⁷⁷ Des Weiteren bewirke die Schaffung von Gebiets- und Fachmonopolen der BGen, welche auf der gesetzlichen Begründung von Versicherungspflicht und Versicherungszwang beim zuständigen Versicherungsträger beruhten, eine Verletzung der Art. 82, 86 EG. Eine Rechtfertigung derselben komme nicht in Betracht, da nicht sämtliche von den BGen angebotenen Leistungen über Gebiets- und Fachmonopole organisiert werden müssten. Sowohl eine Aufspaltung der verschiedenen Leistungen als auch eine Übertragung bestimmter Aufgaben auf private Anbieter sei denkbar.⁷⁸ Schließlich führe das deutsche System der gesetzlichen Unfallversicherung zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Die von der MMBG angebotenen Versicherungsleistungen seien Dienstleistungen im Sinne der Art. 49 ff. EG. Eine Rechtfertigung komme nicht in Betracht, da die BGen keine Leistungen erbrächten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien.⁷⁹

III. Urteil des EuGH

Am 5. März 2009 hat der EuGH sein Urteil verkündet und folgte im Wesentlichen dem Votum des Generalanwalts *Mazák* vom 18. November 2008.⁸⁰ Der Gerichtshof kam zu folgendem Ergebnis:

„1. Die Art. 81 EG und 82 EG sind dahin auszulegen, dass eine Einrichtung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Berufsgenossenschaft, der die Unternehmen, die in einem bestimmten Gebiet einem bestimmten Gewerbe-
zweig angehören, für die Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten beitreten müssen, kein Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften ist, sondern eine Aufgabe rein sozialer Natur wahrnimmt, soweit sie im Rahmen eines Systems tätig wird, mit dem der Grundsatz der Solidarität umgesetzt wird und das staatlicher Aufsicht unterliegt, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid., S. 97.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in aml. Slg. sowie dazu Schlussanträge GA *Mazák*.

2. Die Art. 49 EG und 50 EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegenstehen, nach der die Unternehmen, die in einem bestimmten Gebiet einem bestimmten Gewerbebezweig angehören, verpflichtet sind, einer Einrichtung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Berufsgenossenschaft beizutreten, soweit dieses System nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels der Gewährleistung des finanziellen Gleichgewichts eines Zweigs der sozialen Sicherheit erforderlich ist, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist.“⁸¹

IV. Kritische Analyse

Ausgehend von diesem Urteil des EuGH werden in der folgenden Analyse die materiellrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Monopolstellung der BGen anhand der Rechtssache *Kattner* untersucht und bewertet.

1. Zur ersten Vorlagefrage

a) Nationale Prärogative für soziale Sicherungssysteme

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich hier um den Bereich der sozialen Sicherheit handelt, eines der wenigen Gebiete, das grundsätzlich in der Domäne der Mitgliedstaaten verblieben ist. Darauf hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern stets hingewiesen und betont, dass „das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lässt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.“⁸² Diesen Grundsatz hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung *Kattner* erneut bestätigt.⁸³ Unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Cisal* zeigen die Richter auf, dass der Schutz gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten seit langer Zeit zum Bestandteil der sozialen Sicherung eines Mitgliedstaats gehört und die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme den Mitgliedstaaten obliegt.⁸⁴

Die vom EuGH anerkannte nationale Prärogative im Bereich der sozialen Sicherheit hat jedoch ihre Grenzen. Denn der EuGH akzeptiert eine Herausnahme aus dem Wettbewerbsrecht nur, wenn die Sozialversicherungsträger ganz bestimmte Kriterien erfüllen, die sie von den am Markt agierenden Unternehmen unterscheiden. Hierzu hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Cisal* festgestellt, dass solidarisch organisierte Einrichtungen keine unternehmerischen Tätigkeiten ausüben

⁸¹ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg.

⁸² Vgl. u.a. EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Rdnr. 6; EuGH, Rs. C- 218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 31.

⁸³ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 37.

⁸⁴ *Ibid.*, Rdnr. 36 f.

und dementsprechend von den strengen Wettbewerbsregeln befreit sind.⁸⁵ Demnach ist der Bereich der sozialen Sicherheit nicht per se ein gemeinschaftsfreier Raum. Er ist jedoch dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts entzogen, sobald solidarisch organisierte Sozialversicherungssysteme betroffen sind.⁸⁶

Der EuGH prüft deswegen weiter, ob eine Einrichtung wie die MMBG mit den am Markt agierenden Unternehmen zu vergleichen ist und dementsprechend den strengen Regeln des Wettbewerbsrechts unterliegt oder aber, ob sie ein Sozialversicherungsträger ist, der durch ausreichende Solidaritätsmerkmale gekennzeichnet wird und somit vom Marktgeschehen ausgenommen ist. Dabei greifen die Richter auf die gefestigte Rechtsprechung zur Frage der Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern zurück und machen insbesondere das Urteil in der Rechtssache *Cisal* zu ihrer zentralen Prüfgrundlage.⁸⁷

Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt unter den Begriff des Unternehmens „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“. ⁸⁸ In der „*Cisal*“-Rechtsprechung hat der EuGH die Definition zur Unternehmenseigenschaft in Bezug auf Unfallversicherungsträger präzisiert und die Frage aufgeworfen, ob ein Sozialversicherungsträger erstens einen sozialen Zweck verfolgt, zweitens auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und drittens, ob die Beiträge und Leistungen staatlichen Regelungen unterliegen. Dieser Prüfungsreihenfolge ist der Gerichtshof auch in seinem Urteil zur Rechtssache *Kattner* gefolgt.

b) Sozialer Zweck

Der EuGH unterstreicht, dass die den BGen durch Gesetz übertragene Aufgabe, Arbeitsunfälle sowie Berufskrankheiten und arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten und nach Eintritt eines Versicherungsfalls den Verletzten, seine Angehörigen oder Hinterbliebenen zu entschädigen, sozialer Natur ist.⁸⁹ Darüber hinaus untermauern die Richter den sozialen Zweck damit, dass die MMBG Leistungen auch dann gewährt, wenn die fälligen Beiträge nicht entrichtet wurden.⁹⁰ Als weiteres Argument ziehen sie die im deutschen System vorgesehene Haftungsfreistellung des Arbeitgebers nach §§ 104 bis 109 SGB VII heran, wonach allen ge-

⁸⁵ EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 44 f.

⁸⁶ So auch verb. Schlussanträge GA Tesauro zu EuGH, Rs. C-120/95 und C-158/96, *Kohll/Decker*, Slg. 1998, I-1831, Nr. 22.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 38 ff.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, Rdnr. 21.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 38 f.

⁹⁰ *Ibid.*, Rdnr. 41.

schützten Personen eine Deckung gegen die Risiken eines Arbeitsunfalls und einer Berufskrankheit gewährt wird, unabhängig von einer Pflichtverletzung des Geschädigten oder des Arbeitgebers.⁹¹

Mithin haben die Richter den sozialen Zweck der deutschen Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten bestätigt.

c) Grundsatz der Solidarität

Unter Bezugnahme auf seine bisher ergangene Rechtsprechung führt der EuGH weiter aus, dass ein soziales Sicherungssystem neben dem sozialen Zweck den Grundsatz der Solidarität umsetzen muss.⁹² Unter dem Aspekt der Solidarität sind drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen, erstens, ob die Organisationsform der gesetzlichen Unfallversicherung solidarisch ist (1), zweitens, ob die Höhe der Beiträge nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist (2) und drittens, ob die Höhe der Leistungen nicht streng proportional zu den Einkünften der Versicherten ist (3).

Die Prägung des deutschen Systems der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten durch den Grundsatz der Solidarität ist hier von besonderer Bedeutung, da sie nicht nur vom vorliegenden LSG Sachsen, sondern teilweise auch von Autoren wie *Giesen* und *Seerwald* bezweifelt wird.⁹³

(1) Solidarische Organisationsform

Das vorliegende Gericht stellt den Grundsatz der Solidarität des deutschen Systems mit dem Argument in Frage, dass die gesetzliche Unfallversicherung – im Gegensatz zum italienischen System – als Oligopol strukturiert sei. Die „Cisal“-Rechtsprechung des EuGH sei nicht übertragbar, da in Italien ein Monopol bestehe.⁹⁴

Der EuGH weist diese Zweifel zu Recht zurück und erinnert noch einmal an die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten. Folglich sei es allein Sache eines jeden Mitgliedstaats zu entscheiden, ob er die Durchführung eines Systems der sozialen Sicherheit auf sektorieller und/oder

⁹¹ Ibid., Rdnr. 40.

⁹² Ibid., Rdnr. 42 f.

⁹³ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96 f.; *Giesen*, Das BSG, der EG-Vertrag und das deutsche Unfallversicherungsmonopol, ZESAR 2004, S. 155 f. *Giesen* sieht zumindest in Teilbereichen Solidarprinzipien in der gesetzlichen Unfallversicherung, die er jedoch für eine Ablehnung der Unternehmenseigenschaft nicht als ausreichend erachtet, S. 156 f.; *Seerwald*, Kein Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung (Teil II), SGB 2004, S. 457 ff.

⁹⁴ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 95.

geografischer Grundlage auf mehrere Träger verteilt. Zudem würde gerade durch eine solche Verteilung der Grundsatz der Solidarität umgesetzt.⁹⁵ Überzeugend sind auch die hierzu gemachten Ausführungen von Generalanwalt *Mazák* in seinen Schlussanträgen. Er unterstreicht, dass die nach sachlichen und örtlichen Kriterien aufgeteilte Zuständigkeit der BGen für sich allein nicht dazu führen könne, dass sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Ansonsten würde man der technischen oder organisatorischen Ausgestaltung eines Sozialversicherungssystems mehr Bedeutung beimessen als dessen inhaltlicher Ausgestaltung.⁹⁶

Im Übrigen ist anzumerken, dass unter einem Oligopol eine Marktform zu verstehen ist, auf dem einige wenige Unternehmen miteinander konkurrieren und der Markteintritt beschränkt ist.⁹⁷ Von einem Monopol spricht man dagegen, wenn nur einem Anbieter gesetzlich gewährt wird, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben und er durch seine besondere Marktmacht die Konkurrenten daran hindert, in den Markt einzutreten.⁹⁸ Die Durchführung der Aufgaben der gesetzlichen Unfallversicherung für den gewerblichen Bereich ist per Gesetz ausschließlich den gewerblichen BGen, zu denen auch die MMBG zählt, übertragen worden.⁹⁹ Zwar sind diese im Bereich der gewerblichen Wirtschaft nach Gewerbezeigen gegliedert, dabei stehen sie jedoch nicht im Wettbewerb zueinander. Demnach sind sie entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht oligopolistisch strukturiert. Sie bilden vielmehr sektorale Monopole, gegliedert nach den entsprechenden Gewerbezeigen. Von „Gebiets- und Fachmonopolen“ spricht im Übrigen auch der Vorlagebeschluss,¹⁰⁰ der insoweit in sich widersprüchlich ist. Die Tatsache, dass eine bestimmte Aufgabe – wie die Versicherung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten – mehreren BGen übertragen wurde, kann an der für den jeweiligen Sachbereich ausschließlichen und damit monopolistischen Zuständigkeit nichts ändern.¹⁰¹ Entgegen der unzutreffenden Darstellung des vorlegenden Gerichts ist auch das italienische Unfallversicherungssystem als sektorales Monopol ausgestaltet. Dort gibt es neben der Unfallversicherungsanstalt INAIL eine Unfallversicherungsanstalt für die Schifffahrt und Fischerei sowie eine für die Land- und Forstwirtschaft, jeweils mit sektoralem Monopol.¹⁰²

⁹⁵ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 53.

⁹⁶ Schlussanträge GA *Mazák* zu *ibid.*, Nr. 59.

⁹⁷ <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/oligopol/oligopol.htm> (1.6.2009).

⁹⁸ <http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/monopol/monopol.htm> (1.6.2009).

⁹⁹ § 114 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

¹⁰⁰ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96 f.

¹⁰¹ So auch: *Penner*, Vereinbarkeit des Unfallversicherungsmonopols mit den Art. 81 ff. EG, NZS 2007, S. 523.

¹⁰² Vgl. hierzu die Darstellung bei *Fuchs*, Die Vereinbarkeit des Unfallversicherungsmonopols der Berufsgenossenschaften mit dem EG-Recht, Rechtsgutachten im Auftrag der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung, 2007, S. 5 f.

Schließlich sei noch erwähnt, dass der EuGH bereits im Urteil *Poucet und Pistre* die Tätigkeiten des streitgegenständlichen Versicherungssystems trotz seiner sachlichen und regionalen Untergliederung nicht als wirtschaftliche Aktivitäten eingestuft hat.¹⁰³ Auch die in Deutschland regional untergliederten und nach Tätigkeitsbereichen organisierten Krankenkassen üben nach der „AOK-Bundesverband“-Rechtsprechung keine wirtschaftlichen Tätigkeiten aus.¹⁰⁴

Die solidarische Organisationsform kann somit im Ergebnis nicht wegen eines angeblichen Oligopols in Frage gestellt werden.

(2) Keine strenge Proportionalität zwischen Beiträgen und versichertem Risiko

Sowohl das LSG Sachsen als auch vereinzelte Autoren im Schrifttum sehen das im „Cisal“-Urteil entwickelte Kriterium einer „nicht strengen Proportionalität zwischen Beiträgen und versichertem Risiko“ im Beitragssystem der BGen – und dementsprechend auch dem der MMBG – als nicht vorhanden an.¹⁰⁵ Dabei übersehen sie jedoch entscheidende Solidarelemente auf der Beitragsseite, die vom EuGH im „Kattner“-Urteil deutlich unterstrichen werden.

In seiner Entscheidung *Cisal* war für den EuGH insoweit von Bedeutung, dass im italienischen System „die Beiträge nicht nur auf der Grundlage des mit der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens verbundenen Risikos berechnet“ werden, sondern darüber hinaus auch das Arbeitsentgelt der Versicherten maßgeblich ist. Zudem stellten die Richter auf die im italienischen System enthaltene Regelung ab, wonach der Beitragssatz einen bestimmten Höchstbetrag nicht übersteigen darf, auch wenn die ausgeübte Tätigkeit mit einem sehr hohen Risiko verbunden ist.¹⁰⁶ Zwar ist dem vorlegenden Gericht in der Rechtssache *Kattner* insoweit zuzustimmen, als das sich die Beitragsberechnung im deutschen System auch nach der Unfallgefahr bemisst. Ähnlich wie im italienischen System werden die Beiträge jedoch nicht ausschließlich nach dem Risiko berechnet. Vielmehr sind verschiedene Faktoren wie beispielsweise die Höhe der beitragspflichtigen Entgelte der Beschäftigten der Unternehmen ebenfalls mit zu berücksichtigen.¹⁰⁷ Diesen Aspekt hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung hervorgehoben.¹⁰⁸

¹⁰³ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Rdnr. 19.

¹⁰⁴ EuGH, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493, Rdnr. 64.

¹⁰⁵ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 95 f.; *Giesen*, (Fn. 93), S. 155; *Seewald*, (Fn. 93), S. 457 f.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 39.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu § 153 Abs. 1 SGB VII.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 45 ff.

Darüber hinaus weisen die Richter auf die im deutschen Unfallversicherungssystem angewandte Methode des Umlageverfahrens hin, die der EuGH bereits in der Rechtssache *Poucet und Pistre* als wesentliches Solidaritätskriterium anerkannt hat.¹⁰⁹ Die Berechnung der Beitragshöhe anhand des Finanzbedarfs erlaube es – so der Gerichtshof –, dass die mit der Tätigkeit der Mitglieder einer BG verbundenen Gefahren über ihren jeweiligen Gewerbebezweig hinaus auf alle Mitglieder verteilt würden. Insoweit entstünde eine Gefahrengemeinschaft auf der Ebene der BG.¹¹⁰ Diese Ausführungen sind überzeugend. Anzumerken ist hier zudem, dass gerade das Umlageverfahren im Gegensatz zum Kapitaldeckungsverfahren zu einer phasenverschobenen Belastung der Gewerbebezweige, der Risikoklassen und letztlich der Unternehmen im Hinblick auf die Folgekosten von Unfällen und Berufskrankheiten führt. Dies bewirkt, dass die heutigen Unternehmen alle Lasten der bereits ausgeschiedenen Mitgliedsunternehmen tragen müssen, unabhängig davon, ob das jeweilige Unternehmen, in dem sich damals der Unfall ereignete, heute noch existiert oder nicht, und ob das heute beitragspflichtige Unternehmen damals schon existierte oder nicht.¹¹¹ Mithin entsteht eine Art Generationensolidarität.¹¹² Das übersieht das LSG Sachsen, indem es davon ausgeht, dass das deutsche Unfallversicherungssystem keine effizienten Umverteilungsmechanismen kennt.¹¹³

Schließlich geht der EuGH auf die Beitragsberechnung anhand von Gefahrklassen nach § 157 SGB VII ein. Insoweit unterstreichen die Richter zu Recht, dass die Mitglieder einer BG entsprechend den in ihrem Gewerbebezweig bestehenden Gefährdungsrisiken eine Gefahrengemeinschaft bilden.¹¹⁴ In diese Richtung hat bereits Generalanwalt *Mazák* argumentiert, der darauf hinweist, dass sich die Beiträge unter anderem nach dem Risiko des Gewerbebezweigs und nicht ausschließlich nach dem Risiko eines bestimmten Unternehmens richten.¹¹⁵ *Seerwald* meint da-

¹⁰⁹ Ibid., Rdnr. 46; EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Rdnr. 10 f.; so auch *Fuchs*, Anmerkung zum Vorabentscheidungsersuchen des LSG-Sachsen, ZESAR 2007, S. 442; a.A. *Baldschun*, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung, Die Anwendbarkeit des Europarechts auf mitgliedstaatliche Systeme der sozialen Sicherung am Beispiel der Berufsgenossenschaft, 2008, S. 192, nach der das Umlageverfahren als Art der Finanzierung dem EuGH zufolge nicht zu berücksichtigen sei. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Umlageverfahren im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung lediglich ein Mittel zur Festsetzung der Beiträge und deren Höhe ist. Die Finanzierungsquelle bzw. -art ist der Beitrag der Arbeitgeber, die im Übrigen auch in der Rs. *Poucet und Pistre* nicht problematisiert wurde.

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 46.

¹¹¹ *Schulz-Weidner*, Die Konsequenzen der europäischen Grundfreiheiten für die deutsche Sozialversicherung, in: Schulte/Barwig (Hrsg.): Freizügigkeit und soziale Sicherheit, S. 318.

¹¹² *Ricke*, Fehldarstellungen zum Monopol der Unfallversicherung, SGB 2005, S. 11.

¹¹³ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 97.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 47.

gegen, dass insbesondere die Berücksichtigung des Grades der Unfallgefahr in der Beitragsberechnung dazu führe, dass die Beiträge risikoadäquat und nicht solidarisch ausgestaltet seien.¹¹⁶ Dabei vernachlässigt er jedoch, dass auch die Berechnung gemäß § 157 Abs. 2 und 3 SGB VII anhand von Gefahren und Gefährdungen wesentliche Solidarelemente aufweist.¹¹⁷ Schon die Zusammenfassung aller Unternehmen eines bestimmten Gewerbezweigs in eine Risikogemeinschaft nach § 157 Abs. 2 SGB VII enthält solidarische Elemente, denn Risikogemeinschaften sind auch immer zugleich Solidargemeinschaften.¹¹⁸

Von wesentlicher Bedeutung ist zudem die – vom EuGH in seiner Begründung nicht erwähnte – Gefahrklassenberechnung anhand des Neulasttarifs, den auch die MMBG als Gefahrarif anwendet.¹¹⁹ Die Gefahrklassen sind „aus dem Verhältnis der gezahlten Leistungen zu den Arbeitsentgelten“ zu berechnen.¹²⁰ Nach dem Neulasttarif werden nur die Entschädigungsleistungen und Arbeitsentgelte aus einem zeitlich begrenzten Beobachtungszeitraum vor Aufstellung des Gefahrarifs zugrunde gelegt.¹²¹ Mithin wird nicht die Summe aller Entschädigungsleistungen ermittelt, vielmehr werden nur die neueren Lasten berücksichtigt, womit der aktuellen Entwicklung des Unfallgeschehens stärker Rechnung getragen wird.¹²² Im Ergebnis tragen somit gegenwärtig florierende Unternehmen mit vielen neuen Versicherungsfällen Lasten mit, die in anderen Risikogruppen derselben BG in der Vergangenheit entstanden sind.

Eine allgemeine Solidarhaftung über die Grenzen der einzelnen BGen hinweg sehen die Richter zudem in dem Lastenausgleichsverfahren.¹²³ § 176 SGB VII gibt hierzu ein Verfahren vor, wonach zwischen den finanziell besser gestellten und mit finanziellen Schwierigkeiten kämpfenden BGen ein finanzieller Ausgleich stattfindet. Der Gerichtshof folgert daraus zu Recht, dass „der Grundsatz der Solidarität auf diese Weise auch auf nationaler Ebene zwischen allen Gewerbezweigen

¹¹⁵ Schlussanträge GA Mazák zu *ibid.*, Nr. 50.

¹¹⁶ *Seezwald*, (Fn. 93), S. 457 und *ders.*, Kein Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung (Teil I), SGB 2004, S. 393.

¹¹⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Schulz*, Solidarausgleich bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften und Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung, ZESAR 2005, S. 15 f.

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 47; BSG, Az. B 2 U 9/06 R, Die BG 2008, S. 92 f., Rdnr. 12.

¹¹⁹ http://www.mmbg.de/DIENSTL/BEITRAG/7_gefahrarif.html (1.6.2009).

¹²⁰ § 157 Abs. 3 SGB VII.

¹²¹ *Becker*, Gefahrarif und Beiträge in der gesetzlichen Unfallversicherung, Die BG 2004, S. 534.

¹²² Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Schulz*, (Fn. 117), S. 16 und *Becker*, (Fn. 121), S. 534.

¹²³ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 48; So auch *Fuchs/Giubboni*, Das Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshof, Die BG 2001, S. 324; ebenso *Schulz*, (Fn. 117), S. 18 f.

umgesetzt wird, da die verschiedenen BGen ihrerseits in einer Gefahrengemeinschaft zusammengeschlossen sind, die es ihnen ermöglicht, untereinander einen Kosten- und Risikoausgleich vorzunehmen“.¹²⁴ Im Übrigen hat der EuGH bereits in der Entscheidung *Poucet und Pistre* in einer ähnlichen Vorschrift des französischen Sozialversicherungsrechts ein entscheidendes Solidaritätselement gesehen.¹²⁵ *Giesen* dagegen scheint die dem Lastenausgleichsverfahren eindeutig zugeteilte Funktion zu übersehen. Nach seiner Auffassung dient es lediglich dazu, Abweichungen des Umlageverfahrens vom Äquivalenzprinzip aufzufangen.¹²⁶ Dem Gesetzeswortlaut ist jedoch eindeutig zu entnehmen, dass die in § 176 SGB VII geregelte Ausgleichspflicht die BGen zu einem finanziellen Ausgleich verpflichtet, wenn das Verhältnis der Aufwendungen für Renten- und Entschädigungsleistungen einen bestimmten Höchstwert übersteigt oder wenn eine BG innerhalb der letzten fünf Jahre weit überdurchschnittlichen Rentenbelastungen ausgesetzt war. Insoweit ist die Funktion dieser Vorschrift eindeutig: Finanziell besser gestellte BGen beteiligen sich aus Solidarität an der Finanzierung der BGen, die mit finanziellen Schwierigkeiten belastet sind. Diese allgemeine Solidarhaftung zwischen allen Versicherten in Deutschland hat der Gerichtshof mit seiner Entscheidung nun ausdrücklich für die deutsche gesetzliche Unfallversicherung bestätigt. Eine Ausgleichspflicht über die Grenzen der BGen hinweg wird zudem durch das mit dem UVMG eingeführte neue Lastenausgleichsverfahren beibehalten.¹²⁷ Es sieht vor, dass zunächst alle BGen ihre Rentenlasten in Höhe der aktuell von ihren Unternehmen verursachten Lasten (Strukturlast) aufbringen müssen. Die darüber hinausgehende durch den Strukturwandel bedingte Überaltlast wird künftig von allen BGen solidarisch getragen. Eine Einteilung in finanziell besonders belastete und finanziell besser gestellte BGen findet nicht mehr statt.¹²⁸ Im Ergebnis wird damit der Solidargedanke sogar verstärkt, da künftig ein Großteil der Überaltlast auf alle Unternehmen umgelegt wird.

Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Zugehörigkeit zu einer BG – die im Übrigen nicht zufällig, sondern anhand des Gewerbebezugs erfolgt – erhebliche Auswirkungen auf die Beitragshöhe haben kann. Dies ergibt sich schon daraus, dass sämtliche Berechnungsfaktoren gesetzlich vorgegeben sind.¹²⁹

Nicht zu bestreiten sind dagegen die Ausführungen des LSG Sachsen, dass eine dem italienischen System entsprechende Regelung, wonach der Beitragssatz bei

¹²⁴ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 48.

¹²⁵ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, S. I-637, Rdnr. 12.

¹²⁶ *Giesen*, (Fn. 93), S. 156; so auch *Penner*, (Fn. 101), S. 525 f.

¹²⁷ Siehe hierzu unter B.

¹²⁸ Siehe hierzu die Anmerkungen von *Rothe*, (Fn. 32), S. 216 ff.

¹²⁹ Vgl. hierzu §§ 153 ff. SGB VII.

hohen Risiken einen bestimmten Höchstbetrag nicht überschreiten darf, in Deutschland nicht existiert.¹³⁰ Jedoch sieht der EuGH diesen Umstand in seiner Entscheidung als nicht ausreichend an, um den solidarischen Charakter des deutschen Systems in Frage zu stellen. Insoweit weisen die Richter zu Recht darauf hin, dass der solidarische Charakter eines Systems immer anhand einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden müsse. Einzelne weniger solidarische Aspekte reichen somit nicht aus, um ein ganzes System in Frage zu stellen.¹³¹ Wichtig ist in diesem Zusammenhang zudem das vom Gerichtshof angesprochene Argument, dass in Deutschland die Beitragsbelastung des einzelnen Unternehmens zumindest in ihrer absoluten Höhe begrenzt ist, da der zu bemessende Jahresarbeitsverdienst nach § 153 Abs. 2 SGB VII seiner Höhe nach limitiert ist. Diese Vorschrift scheint auch das vorlegende Gericht gesehen zu haben, vermochte aber nicht die richtige Schlussfolgerung daraus zu ziehen. Deswegen hat der EuGH dem LSG Sachsen aufgegeben, diesen Aspekt im Ausgangsstreit dahingehend zu prüfen, ob durch die indirekte Begrenzung der Beitragshöhe bei einem hohen versicherten Risiko der solidarische Charakter des gesetzlichen Unfallversicherungssystems nicht sogar verstärkt wird.¹³² Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass eine Begrenzung der Beitragsbelastung eines Unternehmens in ihrer absoluten Höhe in jedem Fall zu einer Durchbrechung des Proportionalitätsprinzips führt. Dass es sich hier nicht um genau dieselbe Regelung handelt, die der EuGH in der „Cisal“-Entscheidung als wesentlich für die Durchbrechung des Äquivalenzprinzips angesehen hat, ist unerheblich. Darauf weist auch Generalanwalt *Mazák* zutreffend hin, indem er betont, dass die Prüfung von Solidarelementen in einem Versicherungssystem jeweils anhand des Einzelfalls erfolgen müsse.¹³³ Entscheidend ist somit, dass der in der „Cisal“-Rechtsprechung aufgestellte Grundsatz einer Durchbrechung der den Privatversicherungen immanenten strengen Proportionalität auch im deutschen Recht vorhanden ist. Wie – bzw. durch welche Vorschriften – der Gesetzgeber vom in der Privatversicherung geltenden Äquivalenzprinzip abweicht, ist ohne Belang.

Schließlich weist der EuGH den Vortrag der Kattner GmbH zurück, dass die den BGen nach § 161 SGB VII eingeräumte Befugnis, einen einheitlichen Mindestbeitrag festzusetzen, den solidarischen Charakter des Systems beeinträchtige. Die Richter argumentieren vielmehr ins Gegenteil, indem sie betonen, dass die Festsetzung eines Mindestbeitrags zum solidarischen System beitrage. Dies begründen sie damit, dass so ein Beitrag erhoben werden könne, „der nicht für alle Versicherten der BGen einheitlich ist und zudem nicht vom versicherten Risiko und damit von dem Gewerbebranchen abhängt“. Das komme insbesondere bei Versicher-

¹³⁰ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96.

¹³¹ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 50 f.

¹³² *Ibid.*, Rdnr. 52.

¹³³ Schlussanträge GA *Mazák* zu *ibid.*, Nr. 57.

ten zum Tragen, deren Arbeitsentgelt unter dem Entgelt liegt, dem der Mindestbeitrag entspricht.¹³⁴

Die Beiträge werden im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung somit nicht streng proportional zum versicherten Risiko bemessen.

(3) Keine strenge Proportionalität zwischen Höhe der Leistungen und Einkünften der Versicherten

Ein weiteres wesentliches Kriterium für ein solidarisch geprägtes Versicherungssystem ist für den EuGH – entsprechend den Ausführungen in der Entscheidung *Cisal* – dass „die Höhe der gewährten Leistungen nicht notwendig proportional zu den Einkünften der Versicherten“ ist. Auch dieses Kriterium sieht das LSG Sachsen als im System der gesetzlichen Unfallversicherung nicht vorhanden an.¹³⁵

Der Gerichtshof betont dazu zutreffend, dass Sachleistungen wie Präventions- und Rehabilitationsleistungen völlig unabhängig von der Höhe des Arbeitsentgeltes geleistet würden.¹³⁶ Dies hat auch das LSG Sachsen eingeräumt, gleichzeitig jedoch betont, dass diese einkommensunabhängigen Leistungen für das Jahr 2002 lediglich 12,4 % der Gesamtausgaben betrugen.¹³⁷ Unabhängig davon, ob der prozentuale Anteil der Sachleistungen im Jahr 2002 entsprechend dem Vortrag der MMBG und der deutschen Regierung zwischen 25 und 30 % lag, ist für den Gerichtshof bereits die vom LSG Sachsen gemachte Angabe von rund 12 % der Gesamtausgaben ausreichend, um von einem erheblichen Anteil der Sachleistungen zu sprechen.¹³⁸

Darüber hinaus führt der EuGH aus, dass die nach einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit in bestimmten Fällen zu gewährenden Geldleistungen – entgegen dem Vortrag des LSG Sachsen – ebenfalls unabhängig von der Höhe des Arbeitsentgeltes gezahlt werden. Insoweit habe bereits das vorlegende Gericht darauf hingewiesen, dass lediglich das Arbeitsentgelt in der Spanne zwischen einem Mindestverdienst und einem Höchstverdienst bei der Leistungsberechnung berücksichtigt werde. Dies zu bestätigen sei jedoch Sache des LSG Sachsen.¹³⁹ Darüber hinaus gibt der EuGH dem vorlegenden Gericht auf zu prüfen, ob auch das Pflegegeld tatsächlich ohne Rücksicht auf die Höhe der gezahlten Beiträge und unabhängig

¹³⁴ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 54.

¹³⁵ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96.

¹³⁶ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 56.

¹³⁷ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 56.

¹³⁹ *Ibid.*, Rdnr. 57

vom erzielten Jahresarbeitsverdienst gezahlt wird.¹⁴⁰ Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass bei der Berechnung des Pflegegeldes ausschließlich die Art und Schwere des Gesundheitsschadens sowie der tatsächliche Umfang der erforderlichen Hilfe berücksichtigt wird.¹⁴¹ Die Höhe des Arbeitsentgelts ist irrelevant. Von daher ist auch der Schlussfolgerung des EuGH zuzustimmen, wonach das Fehlen eines Zusammenhangs zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen eine Form von Solidarität zwischen den gut verdienenden Arbeitnehmern und denjenigen, die in Anbetracht ihres niedrigen Einkommens eine angemessene soziale Sicherung nicht finanzieren könnten, wenn ein solcher unmittelbarer Zusammenhang bestünde, darstellt.¹⁴² Unerheblich ist auch der von *Seewald* gemachte Einwand, dass die solidarische Umverteilung in der gesetzlichen Unfallversicherung streng genommen nicht zwischen den Versicherten selbst besteht.¹⁴³ Insoweit ist auf die Entscheidung in der Rechtssache *Poucet und Pistre* zu verweisen, in der der EuGH es als ausreichend erachtete, dass eine solidarische Umverteilung zwischen „sozial Starken“ und „sozial Schwachen“ stattfindet.¹⁴⁴ Im deutschen System entsteht diese Umverteilung zwischen den Unternehmern, die allein für die Beiträge aufkommen und wirtschaftlich gesehen stärker sind und den Versicherten, die als wirtschaftlich Schwächere von der Beitragspflicht befreit sind. Verstärkt wird der Solidargehalt zudem dadurch, dass Unternehmer auch für Schäden eintreten müssen, für die sie zivilrechtlich keine Haftung träge.¹⁴⁵

Daneben soll an dieser Stelle noch auf ein – vom EuGH nicht angesprochenes – weiteres Kriterium zur Berechnung der Unfallrenten eingegangen werden. Nach § 56 SGB VII wird neben dem Jahresarbeitsverdienst die Bewertung der Erwerbsmöglichkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt herangezogen. Eine die privaten Versicherungen kennzeichnende Äquivalenz zwischen den Einkommensverhältnissen vor dem Versicherungsfall und der nach dem Versicherungsfall zu zahlenden Rente besteht demnach nicht. Darüber hinaus erhöhen sich die Unfallrenten bestimmter Versicherter mit geringem Arbeitseinkommen, indem ihr Mindestarbeitsverdienst gemäß § 85 Abs. 1 SGB VII entsprechend erhöht wird. Schließlich besteht die Möglichkeit, den Jahresarbeitsverdienst in Ausnahmefällen nach billigem Ermessen festzusetzen.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ § 44 Abs. 2 SGB VII.

¹⁴² EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 59.

¹⁴³ *Seewald*, (Fn. 93), S. 458.

¹⁴⁴ EuGH, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637, Rdnr. 10.

¹⁴⁵ *Ricke*, (Fn. 112), S. 10.

¹⁴⁶ § 87 SGB VII, wonach die Fähigkeiten, die Ausbildung, die Lebensstellung und die Tätigkeit der Versicherten im Zeitpunkt des Versicherungsfalls Berücksichtigung finden.

Zu erwähnen sei zudem, dass bereits *Fuchs* mehrfach betont hat, dass im Bereich der Sach- und Geldleistungen das Proportionalitätsprinzip völlig aufgegeben werde.¹⁴⁷

Im Ergebnis wird die Höhe der Leistungen nach Eintritt eines Versicherungsfalles nicht streng proportional nach den Einkünften der Versicherten bemessen.

d) Staatliche Kontrolle

Neben dem Grundsatz der Solidarität ist für den EuGH – entsprechend der „Cisal“-Rechtsprechung – das Kriterium der staatlichen Festsetzung von Beiträgen und Leistungen ein weiteres wichtiges Argument.¹⁴⁸ Die überragende Bedeutung dieses Kriteriums hat der EuGH bereits in anderen Entscheidungen zu Einrichtungen der sozialen Sicherheit hervorgehoben, zuletzt in seinem Urteil über die deutsche Regelung der Festbeträge im Krankenversicherungsrecht.¹⁴⁹

Nach Auffassung des LSG Sachsen ist die Festsetzung der Beiträge nicht staatlich reglementiert; darüber hinaus unterliegen die BGen auch nicht der staatlichen Kontrolle.¹⁵⁰

Als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit dem Recht zur Selbstverwaltung erfüllen die BGen im Rahmen des Gesetzes und des sonstigen für sie maßgebenden Rechts ihre Aufgaben in eigener Verantwortung.¹⁵¹ So setzen sie beispielsweise den Gefahrtarif als autonomes Recht fest.¹⁵² Von daher ist auf den ersten Blick nachzuvollziehen, wenn das LSG Sachsen und auch *Giesen* darauf hinweisen, dass die Unternehmen bei der Beitragsgestaltung weitgehend dem Votum der Selbstverwaltungsorgane in den BGen überlassen seien.¹⁵³ Allerdings betont der Gerichtshof bereits an dieser Stelle, dass der den BGen im Rahmen des Selbstverwaltungssystems eingeräumte Handlungsspielraum als solcher die Natur der von ihnen ausgeübten Tätigkeit nicht ändern könne.¹⁵⁴

¹⁴⁷ *Fuchs*, (Fn. 102), S. 28; ähnlich *Pabst/Ricke*, BSG, EuGH und Unfallversicherung, ZESAR 2004, S. 293.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 60 ff.

¹⁴⁹ EuGH, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493, Rdnr. 61 ff.; vgl. hierzu auch *Fuchs*, (Fn. 109), S. 441.

¹⁵⁰ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96: „Es handelt sich somit um ein weder letztlich dem Souverän politisch verantwortliches hierarchisches System der Staatsverwaltung“. S. 95: „[...] die Beitragshöhe sich jeweils de facto aus ‚Binnenrecht‘ der einzelnen BGen ergibt“.

¹⁵¹ § 29 Abs. 1 und 3 SGB IV.

¹⁵² § 157 Abs. 1 Satz 1 SGB VII.

¹⁵³ LSG-Sachsen, (Fn. 3), S. 95; *Giesen*, (Fn. 93), S. 157.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 61.

Zudem verkennt das LSG Sachsen, dass die BGen bei der Beitragsberechnung sowie der Art und der Voraussetzungen der gewährten Leistungen die gesetzlichen Vorschriften beachten müssen.¹⁵⁵ In diesem Sinne argumentiert auch der Gerichtshof, nach dessen Ausführungen die entscheidenden Kriterien bei der Bemessung der Beitragshöhe und der Leistungen vom Gesetzgeber vorgegeben seien und von den BGen beachtet werden müssten.¹⁵⁶ Der EuGH gibt jedoch in diesem Zusammenhang dem vorlegenden Gericht auf zu prüfen, ob die von den BGen zu beachtenden Vorschriften, die den Mindest- und den Höchstentgeltbetrag festlegen, bei der Beitragsberechnung sowie bei der Berechnung der Leistungen zu berücksichtigen seien.¹⁵⁷ Dies lässt sich zweifelsfrei aus § 85 SGB VII herleiten, der einen von den BGen zu beachtenden detaillierten Berechnungsmodus enthält.

Außerdem bedarf die Festsetzung des Gefahrtarifs als wesentliches Element der Beitragsbemessung sowie die zugrunde liegenden Berechnungen im System der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung der ausdrücklichen Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Wird die Genehmigung von der Aufsichtsbehörde verweigert, etwa weil eine BG keinen rechtmäßigen Gefahrtarif aufgestellt hat, erfolgt eine ersatzweise Vornahme.¹⁵⁸ Dass den BGen bei der Beitragsgestaltung noch gewisse Spielräume offen stehen, ist unerheblich und steht im Übrigen auch mit der „Cisal“-Rechtsprechung in Einklang. Der EuGH hatte dort lediglich gefordert, dass die „Höhe der Leistungen sowie der Beiträge letztlich staatlich festgesetzt ist“.¹⁵⁹ Gesetzliche Vorschriften können nie so präzise und so abschließend sein, dass gleichzeitig nur noch die Eingabe von Daten in einen Computer notwendig wäre. Vielmehr enthalten sie unbestimmte Rechtsbegriffe, die immer einen gewissen Beurteilungsspielraum offen lassen. Dies hat der EuGH in der Entscheidung *AOK-Bundesverband* festgestellt, in der es um den Unternehmenscharakter der deutschen Krankenkassen und deren Verbänden bei der Festsetzung von Festbeträgen für Arznei- und Verbandsmittel nach § 35 SGB V ging. Der EuGH betonte, dass § 35 SGB V die Einzelheiten zur Festsetzung der Beträge bestimmt. Die konkrete Höhe der Festbeträge sei jedoch nicht durch das Gesetz vorgegeben, „sondern von den Kassenverbänden unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber festgelegten Kriterien zu entscheiden“.¹⁶⁰ Dass sie dabei über einen gewissen Beurteilungsspiel-

¹⁵⁵ Vgl. die Regelungen der §§ 153 ff., §§ 26 bis 103 SGB VII.

¹⁵⁶ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 62.

¹⁵⁷ *Ibid.*, Rdnr. 63.

¹⁵⁸ § 158 Abs. 1 und 2 SGB VII.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Rdnr. 43. In Italien muss die Höhe der Beiträge, über die das INAIL beschließt, durch Ministerialdekret genehmigt werden; „der zuständige Minister hat die Befugnis, die vorgeschlagenen Tarife zurückzuweisen und das INAIL aufzufordern, ihm einen neuen Vorschlag unter Berücksichtigung bestimmter Kriterien vorzulegen.“

¹⁶⁰ EuGH, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493, Rdnr. 61 ff.

raum verfügen, ist bedeutungslos, da sich dieser lediglich auf den Höchstbetrag bezieht, bis zu dem die Krankenkassen die Kosten von Arzneimitteln übernehmen.¹⁶¹ Mithin kommen auch die BGen bei der Festsetzung der Beiträge lediglich ihrer gesetzlichen Pflicht nach. Die ihnen vom Gesetz eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten¹⁶² sind gering und nach der „AOK-Bundesverband“-Rechtsprechung unerheblich.

Ein weiterer vom EuGH angesprochener Gesichtspunkt ist, dass die Tätigkeiten der BGen, insbesondere hinsichtlich der Ausarbeitung ihrer Satzung sowie der Festsetzung der Höhe der Beiträge und der Leistungen, unter staatlicher Aufsicht stehen. Dies zu prüfen, so der EuGH, sei jedoch Sache des vorlegenden Gerichts.¹⁶³ Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die übergeordneten Behörden von Gesetzes wegen eine vollständige Rechtskontrolle ausüben. Für den Bereich der Prävention sind die BGen darüber hinaus einer Zweckmäßigkeitsskontrolle¹⁶⁴ unterworfen, bei der nicht nur die Übereinstimmung ihrer Handlungen mit der Gesetzeslage überprüft, sondern eigene Zweckmäßigkeitserwägungen angestellt und diese über die der BG gesetzt werden können. Dem von *Seewald* angeführten Einwand, dass auch private Versicherungsunternehmen einer staatlichen Aufsicht unterliegen,¹⁶⁵ ist entgegenzuhalten, dass sich jene Aufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz richtet. Mithin ist sie auf eine reine Rechts- und eine Finanzaufsicht im Besonderen beschränkt; dagegen umfasst die Aufsicht über die BGen nach § 87 ff SGB IV auch teilweise die Zweckmäßigkeit.¹⁶⁶ Die weitergehende Aufsicht über die Zweckmäßigkeit unterscheidet die BGen zudem von den gesetzlichen Krankenkassen und deren Verbänden, die lediglich einer Rechtsaufsicht unterliegen. Gleichwohl wurden letztere vom EuGH in seiner Entscheidung *AOK-Bundesverband* nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG gewertet.¹⁶⁷ Die staatliche Kontrolle wird darüber hinaus im Bereich des neuen Lastenausgleichsverfahrens verstärkt, indem die Durchführung nicht, wie bisher, von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) durchgeführt wird, sondern vom Bundesversicherungsamt.¹⁶⁸

Schließlich zeigt sich die bestehende enge staatliche Reglementierung darin, dass die Höhe der Geld-, Sach- und Dienstleistungen im Gesetz abschließend festgelegt

¹⁶¹ Ibid., Rdnr. 62.

¹⁶² Vgl. z.B. §§ 153 ff. SGB VII.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 64.

¹⁶⁴ So genannte Fachaufsicht nach §§ 87 Abs. 2, 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

¹⁶⁵ *Seewald*, (Fn. 93), S. 460; ähnlich auch *Baldschun*, (Fn. 109), S. 184.

¹⁶⁶ BSG, Az. B 2 U 34/05 R, Die BG 2007, S. 104, Rdnr. 16.

¹⁶⁷ EuGH, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK-Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493, Rdnr. 57.

¹⁶⁸ § 181 SGB VII in der Fassung vom 5.11.2008.

werden.¹⁶⁹ Für eigene Regelungen in den Satzungen der BGen besteht nur ein ganz geringer Spielraum.¹⁷⁰

Mithin ist den BGen eine freie Tarifgestaltung, wie sie für ein marktwirtschaftlich handelndes Versicherungsunternehmen typisch ist, nicht möglich.

Im Ergebnis können demnach die BGen – und damit auch die MMBG – nicht als Unternehmen im Sinne des Europäischen Wettbewerbsrechts qualifiziert werden.¹⁷¹

2. Zur zweiten Vorlagefrage

a) Verstoß gegen Art. 82 EG in Verbindung mit Art. 86 EG

Nachdem bereits festgestellt wurde, dass eine Einrichtung wie die MMBG kein Unternehmen im Sinne des Art. 81 EG ist, würde sich grundsätzlich eine Auseinandersetzung mit einem etwaigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erübrigen, denn Art. 82 EG richtet sich grundsätzlich nur an Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts. Vor diesem Hintergrund hat der EuGH in seiner Entscheidung zur Rechtssache *Kattner* von einer Prüfung des Art. 82 EG Abstand genommen.¹⁷² Dennoch soll im Folgenden kurz aufgezeigt werden, dass auch bei gegenteiliger Annahme eine Einrichtung wie die MMBG nicht ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht.

(1) Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung

Die in Deutschland bestehende Pflichtmitgliedschaft in den BGen führt zwangsläufig zu einer marktbeherrschenden Monopolstellung der Unfallversicherungsträger, da andere Versicherungseinrichtungen – wie zum Beispiel die dänische Alpha Group – von Gesetzes wegen nicht zugelassen sind bzw. eine Absicherung durch diese wirtschaftlich unattraktiv ist. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung als solche ist jedoch nicht unschädlich.¹⁷³ Vielmehr kommt es ent-

¹⁶⁹ Z.B. § 44 SGB VII für Pflegegeld.

¹⁷⁰ *Fuchs*, (Fn. 102), S. 29.

¹⁷¹ Dieser Schluss wird auch nicht durch den Einwand des LSG Sachsen in Frage gestellt, die MMBG sei nicht mit der Verwaltung der Arbeitsunfallversicherung betraut, sondern erbringe unmittelbar Versicherungsleistungen. Der EuGH weist insoweit zutreffend darauf hin, „dass allein dieser Umstand als solcher nichts am rein sozialen Charakter der von einer derartigen Berufsgenossenschaft ausgeübten Tätigkeit ändern“ kann „da er weder den solidarischen Charakter des entsprechenden Systems noch die vom Staat darüber ausgeübte Aufsicht [...] beeinträchtigt.“ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 67.

¹⁷² *Ibid.*, Rdnr. 70.

¹⁷³ EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 93.

scheidend darauf an, ob das betreffende Unternehmen diese vorherrschende Stellung ausnutzt. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Mitgliedstaat entweder einen Interessenkonflikt schafft, der das betroffene Unternehmen dazu verleitet, seine beherrschende Stellung zu missbrauchen oder eine Situation herbeiführt, in der das Unternehmen offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu befriedigen.¹⁷⁴ Dafür sprechende Anhaltspunkte sind hinsichtlich der MMBG jedoch nicht ersichtlich und wurden auch durch das LSG Sachsen nicht dargelegt. Insbesondere der gesetzliche Auftrag hindert die BGen daran, ihre beherrschende Marktstellung missbräuchlich auszunutzen, da er nicht auf die Erstrebung eines Gewinns ausgerichtet ist. Die Versicherungskonditionen sind von Gesetzes wegen vorgegeben und gelten für alle Mitglieder gleichermaßen. Mithin sind die BGen nicht in der Lage, etwa unangemessene Beiträge oder Leistungsbedingungen festzusetzen, da ihnen vom Gesetzgeber abschließende Vorgaben gemacht wurden.¹⁷⁵ Dies scheint *Giesen* zu übersehen, der den BGen die Möglichkeit einräumt, überhöhte oder willkürliche Beiträge zu erheben.¹⁷⁶ Ein Missbrauch einer marktherrschenden Stellung ist somit ausgeschlossen.

(2) Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG

Selbst wenn man zu dem Ergebnis kommen würde, dass eine Einrichtung wie die MMBG ihre Monopolstellung missbräuchlich ausnutzt, kommt eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG in Betracht. Danach sind die Vertragsregeln für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nur insoweit anwendbar, als diese dadurch „nicht an der Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich gehindert“ werden. Nach der Rechtsprechung zählen zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auch Aufgaben der sozialen Vorsorge.¹⁷⁷ Dass die Tätigkeit einer Einrichtung wie der MMBG Aufgaben der sozialen Vorsorge umfasst, ist nicht von der Hand zu weisen und wird auch vom LSG Sachsen nicht bestritten. Folglich stellt sich die Frage, ob eine Abschaffung des ausschließlichen Versicherungsrechts der BGen dazu führen würde, dass sie an der Erfüllung der ihnen gesetzlich übertragenen besonderen Aufgaben gehindert wären.

Nach § 1 SGB VII haben die BGen den gesetzlichen Auftrag, Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten und arbeitsbedingte Gesundheitsgefahren zu verhüten sowie

¹⁷⁴ EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, Rdnr. 25; Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Nr. 88.

¹⁷⁵ Im Ergebnis so auch *Rolf*, Europarechtliche Grenzen für die Monopole der Sozialversicherungsträger, SGB 1998, S. 208.

¹⁷⁶ Vgl. hierzu *Giesen*, (Fn. 93), S. 157.

¹⁷⁷ EuGH, verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens*, Slg. 1999, I-6025, Rdnr. 98 ff.

nach Eintritt eines Versicherungsfalls die Wiederherstellung von Gesundheit und Arbeitskraft zu gewährleisten und für eine finanzielle Entschädigung zu sorgen. In diesem Zusammenhang behauptet das LSG Sachsen, dass eine gesetzliche Unfallversicherung genauso gut durch ein System privater Versicherungen ersetzt werden könnte.¹⁷⁸ Auch *Giesen* und *Seerwald* sind davon überzeugt.¹⁷⁹ Das hierzu vom vorlegenden Gericht erwähnte Angebot der privaten Versicherungseinrichtung Alpha Group erfüllt jedoch gerade nicht den gesetzlich vorgegebenen Umfang der Absicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten. Vielmehr bietet es lediglich die Absicherung von Arbeits- und Wegeunfällen an.¹⁸⁰ Insoweit übersieht das LSG Sachsen, dass private Versicherungsunternehmen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gar nicht in der Lage sind, den von den BGen abgedeckten Versicherungsschutz, der auch die Absicherung von Berufskrankheiten sowie die Aufgabentrias von Prävention, Rehabilitation und Entschädigung beinhaltet, zu leisten. Private Versicherungsunternehmen sind vorzugsweise an der Absicherung ökonomisch sinnvoller Teilbereiche¹⁸¹ interessiert, da sie nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten und stets danach streben Gewinn zu machen. Sie wären deswegen lediglich bereit, Unternehmen, die Personal mit nicht gefährlichen Tätigkeiten beschäftigen, abzusichern, so dass diese „guten Risiken“ zu den privaten Versicherern abwandern würden, während die „schlechten Risiken“, zu denen auch die Berufskrankheiten zählen, bei den BGen verblieben.¹⁸² Ein enormer Kostenanstieg – sowohl auf der Ausgabenseite als auch auf der Beitragsseite – wäre die Folge, den auch das Umlageverfahren nicht auffangen könnte. Das derzeitige System funktioniert demnach nur, wenn alle Risiken in ein und demselben System versichert sind. In diesem Sinne hat bereits Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Cisal* zu Recht ausgeführt, dass ein „nach dem Umverteilungsprinzip arbeitendes Versicherungssystem von einem privaten Versicherer nicht angeboten werden kann, weil niemand bereit wäre, die gegenwärti-

¹⁷⁸ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 97.

¹⁷⁹ *Giesen*, Wettbewerb und Berufsgenossenschaften, in: Berufsgenossenschaft und Wettbewerb, Stiftung Marktwirtschaft, Kleine Handbibliothek, Bd. 35, 2003, S. 103 ff.; *Seerwald*, (Fn. 116), S. 396. Auch nach *Baldschun*, (Fn. 109), S. 233, könnte eine private Unfallversicherung auf fremde Rechnung, zu deren Abschluss Unternehmer verpflichtet würden, eine Alternative sein. Einschränkend weist sie jedoch darauf hin, dass eine Öffnung des Marktes dazu führen würde, dass die BGen an der Erfüllung ihrer Aufgaben gehindert wären und bejaht somit im Ergebnis den Rechtfertigungstatbestand.

¹⁸⁰ Berufskrankheiten sind nicht erfasst, ebenso das von den BGen angebotene Spektrum von Prävention und Rehabilitation vgl. hierzu <http://www.bg-frei.de/de/versicherungsangebot/index.html> (1.6.2009).

¹⁸¹ „Gute Risiken“, die wenige Kosten verursachen.

¹⁸² Ähnlich auch die Argumentation des EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 75.

gen Renten anderer zu finanzieren, ohne dass garantiert ist, dass die nächste Generation dasselbe tun wird.“¹⁸³

Darüber hinaus stellt sich bei einer Öffnung des Marktes die Frage, ob private Versicherungen die Absicherung von Berufskrankheiten übernehmen. Wegen der langen Latenzzeiten kann ein großer Teil der zukünftigen Kosten im Versicherungsbestand der jeweiligen Gefahrengemeinschaft nicht kalkuliert werden. Von enormer Bedeutung ist jedoch, dass ein Ausscheren einzelner Unternehmen aus den Gefahrengemeinschaften die bestehenden „Risikopools“ verkleinert, größere Schwankungen der Beiträge verursacht und damit die Aufgaben der BGen erschwert.¹⁸⁴ Deswegen werden auch in Ländern mit privaten Unfallversicherungssystemen die Berufskrankheiten von öffentlichen Trägern versichert. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die einzelnen Aufgabenfelder von Prävention, Rehabilitation und Entschädigung nicht nur unverzahnt nebeneinander stehen, sondern ein organisatorisches Ganzes bilden.¹⁸⁵ Aus der Einheit von Prävention und Entschädigung fließen wichtige Informationsströme, die für schadensverhütende Strategien von Bedeutung sind. Eine Zerschlagung dieser Symbiose hätte zur Folge, dass wichtige Errungenschaften, die im Vorfeld der Schadensentstehung im Rahmen der Prävention gewonnen wurden und für Zwecke der Feststellung von Berufskrankheiten verwertet werden können, verloren gingen.¹⁸⁶ Giesen meint in diesem Zusammenhang, dass der in der Unfallverhütung erforderliche Informationsaustausch auch nach einer Trennung der einzelnen Bereiche gewährleistet werden könnte.¹⁸⁷ Fraglich ist jedoch, wie dies geschehen soll. Insbesondere wäre es nicht denkbar, privatrechtlichen Versicherungen den Einsatz von allen geeigneten Mitteln, zu denen auch Prävention und Rehabilitation gehören, vorzuschreiben, weil dadurch in ihre grundrechtlich geschützte Privatautonomie eingegriffen werden würde.¹⁸⁸ Zudem widerspricht ein Auseinanderreißen von Prävention, Rehabilitation und Entschädigung der mitgliedstaatlichen Befugnis ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.¹⁸⁹

Die Anwendung marktwirtschaftlicher Strukturen auf die sozialen Sicherungssysteme würde demnach die solidarische Organisation dieser Systeme schwächen.¹⁹⁰

¹⁸³ Schlussanträge GA Jacobs zu EuGH, Rs. C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691, Nr. 56.

¹⁸⁴ So zutreffend *Schulz-Weidner*, (Fn. 111), S. 319.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu ausführlich: *Raschke*, Effizienzpotentiale im „Alles-aus-einer-Hand“-Prinzip der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung, *Die BG* 2004, S. 12 ff. und 72 ff.

¹⁸⁶ *Fuchs/Giubboni*, (Fn. 123), S. 328.

¹⁸⁷ *Giesen*, (Fn. 93), S. 158.

¹⁸⁸ *Baldschun*, (Fn. 109), S. 227.

¹⁸⁹ *Ibid.*, S. 226 f.

¹⁹⁰ So auch *Wunder*, Berücksichtigung von Solidarität und Umverteilung in der Rechtsprechung des EuGH bei grenzüberschreitender Krankenbehandlung, *ZESAR* 2006, S. 61.

Das Solidarprinzip ist jedoch der Kern des deutschen Unfallversicherungssystems. Darin liegt der entscheidende Unterschied nicht nur zu den privaten Versicherungsunternehmen, sondern zu allen auf dem Markt agierenden Unternehmen. Ein kapitalistisch organisierter Markt bringt sicherlich für die Bürger der Union viele Vorteile, jedoch nicht in allen Bereichen. Zu beachten ist insbesondere, dass jede Lockerung der staatlichen Steuerung zu einer Minderberücksichtigung der Gemeinwohlinteressen führen kann. Beim Kauf eines Gebrauchsgegenstands mag dies legitim sein, sobald aber der Bereich der Daseinsvorsorge erreicht ist, sind der Legitimität Grenzen gesetzt.¹⁹¹

Mithin wäre ein Missbrauch einer Ausschließlichkeitsstellung nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt, da eine Einrichtung wie die MMBG an der Erfüllung, der ihr gesetzlich übertragenen besonderen Aufgaben gehindert wäre.

b) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit – Art. 49 EG

Das LSG Sachsen ist zudem der Auffassung, dass die Zwangsversicherung in den BGen die in Art. 49 EG niedergelegte Dienstleistungsfreiheit beschränkt.¹⁹²

(1) Nationale Prärogative für soziale Sicherungssysteme

Auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ist zu beachten, dass es sich in der vorliegenden Konstellation um den Bereich der sozialen Sicherheit handelt, dessen Ausgestaltung grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegt. Mithin stellt sich auch hier die Frage, ob bzw. inwieweit die Pflichtmitgliedschaft in einem sozialen Sicherungssystem vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit betroffen sein kann. Diese Möglichkeit übersieht das LSG Sachsen.

Ausgangspunkt ist wieder die gefestigte Rechtsprechung des EuGH, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt. Mithin bestimmt jeder Mitgliedstaat, unter welchen Voraussetzungen ein Recht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit oder die Verpflichtung hierzu besteht. Daran erinnern zunächst auch die Richter in ihrer Entscheidung zur Rechtssache *Kattner*. In der weiteren Prüfung betonten sie jedoch, dass die Mitgliedstaaten gleichwohl das Gemeinschaftsrecht beachten müssen und verweisen hierzu auf frühere Urteile des EuGH.¹⁹³ In diesen Entscheidungen ging es jedoch überwiegend um den Bereich

¹⁹¹ In diesem Sinne argumentiert auch *ibid.*, S. 63 f., die sich für die Einführung eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes zur Berücksichtigung der solidarischen Strukturen der sozialen Sicherungssysteme ausspricht.

¹⁹² LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 97.

¹⁹³ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in aml. Slg., Rdnr. 74.

der medizinischen Leistungserbringung, mit dem Ergebnis, dass Personen, die nach ihrem Recht der sozialen Sicherheit Anspruch auf Leistungen haben, diese Leistungen gleichwohl im Ausland erhalten können.¹⁹⁴ Im Ausgangsrechtsstreit geht es aber gerade nicht um Fragen der Leistungserbringung, sondern um die Pflichtmitgliedschaft in einem auf dem Solidaritätsgrundsatz beruhenden Sozialversicherungssystem. Vor diesem Hintergrund lehnte die herrschende Meinung bislang eine Übertragung der Rechtsprechung auf Konstellationen wie den Ausgangsrechtsstreit ab. Diesen Ansatz verfolgte Generalanwalt *Tesauro* auch in seinen verbundenen Schlussanträgen zu den Rechtssachen *Kohll/Decker*. Nach seinen Ausführungen bedeutet die Feststellung des EuGH, dass „das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit nicht einschränkt“, dass das Gemeinschaftsrecht dieses Sachgebiet eben nicht unmittelbar regelt. Zwar besage dies nicht gleichzeitig, dass das Gemeinschaftsrecht nicht auf den Bereich der sozialen Sicherheit ausstrahlen könne, wie zum Beispiel in den Fällen zur Leistungserbringung. Gleichwohl lehnte *Tesauro* eine Ausstrahlung des Gemeinschaftsrechts auf die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten ab, wenn die Anwendung europäischer Vorschriften die Lebensfähigkeit von Sozialversicherungssystemen, die ausreichende Solidaritätsmerkmale aufweisen, gefährden würde.¹⁹⁵ Diese Ausführungen sind überzeugend und können nichts anderes bedeuten, als dass der Bereich der sozialen Sicherheit dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts entzogen ist, sobald es um die Frage der Pflichtmitgliedschaft in einem solidarisch organisierten Sozialversicherungssystem geht. Dies ist hier, wie bereits im Rahmen der Prüfung zur Unternehmenseigenschaft der MMBG gezeigt, der Fall und wurde im Übrigen auch vom Gerichtshof bestätigt.

Vor diesem Hintergrund überraschen die Ausführungen des EuGH zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit, die insoweit in eine andere Richtung gehen. Insbesondere die weitere Begründung des Gerichtshofs für die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit der Finanzierung eines

¹⁹⁴ Die daneben zitierte Entscheidung EuGH, Rs. C-103/06, *Derouin*, Slg. 2008, I-1853, Rdnr. 25, betraf dagegen die Auslegung der VO (EWG) Nr. 1408/71 im Zusammenhang mit der Bemessungsgrundlage von Sozialabgaben. Die Richter vertraten die Auffassung, dass es Sache des Rechts des jeweils betroffenen Mitgliedstaats sei, die für die Berechnung der Beiträge zu berücksichtigenden Einkünfte festzulegen, diese Zuständigkeit aber nicht unbegrenzt sei. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Koordinierungsverordnung auf Art. 42 EG beruht, der in das Vorschriftensystem der Arbeitnehmerfreizügigkeit eingebettet ist. Mithin ist es nachvollziehbar, dass die Mitgliedsstaaten zumindest im Bereich der Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme in gewissen Grenzen das Gemeinschaftsrecht beachten müssen, insbesondere die Vorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit. In der Rs. *Kattner* geht es jedoch nicht um Auslegungsfragen zur VO (EWG) Nr. 1408/71, sondern um die Pflichtmitgliedschaft in einem sozialen Sicherungssystem.

¹⁹⁵ Verb. Schlussanträge GA *Tesauro* zu EuGH, Rs. C-120/95 und C-158/96, *Kohll/Decker*, Slg. 1998, I-1831, Nr. 22.

sozialen Sicherungssystems überzeugt nicht. Die Richter beziehen sich auf die Entscheidung in der Rechtssache *Terhoeve*, in der die These aufgestellt wurde, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht ausgeschlossen sei, wenn eine streitige nationale Regelung die Finanzierung der sozialen Sicherheit betreffe.¹⁹⁶ Gegenstand des Verfahrens war jedoch die Frage, ob einem niederländischen Arbeitnehmer, der im Laufe eines Jahres seinen Wohnort verlagert, um einer abhängigen Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat nachzugehen, höhere Sozialabgaben abverlangt werden dürfen, als dies der Fall gewesen wäre, wenn er über den gesamten Zeitraum in den Niederlanden geblieben wäre.¹⁹⁷ Mithin ging es nicht um die Frage der Finanzierung eines Sozialversicherungssystems durch eine Pflichtmitgliedschaft; vielmehr wurde die Berechnungsgrundlage des Sozialversicherungsbeitrags in Frage gestellt. Die vom EuGH vorgenommene Feststellung in der Entscheidung *Terhoeve* muss demnach im Licht der Besonderheiten des konkreten Falles gelesen werden. Eine schlichte Übertragung der Rechtsprechung auf die Frage der Pflichtmitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem ist deswegen zu bezweifeln. Im Übrigen scheint die vom EuGH vorgenommene Schlussfolgerung aus der Rechtssache *Terhoeve* seiner bisherigen Rechtsprechung zu widersprechen, wonach solidarisch organisierte Sozialversicherungssysteme vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind. Dies hat der Gerichtshof im Bereich der Wettbewerbsvorschriften ausdrücklich bestätigt. Für den freien Dienstleistungsverkehr kann aber nichts anderes gelten. Zwar handelt es sich beim Wettbewerbsrecht und den Grundfreiheiten des EG-Vertrags jeweils um eigenständige Regelungskomplexe. Beide Instrumentarien sind jedoch zwei Seiten einer Medaille und können schon wegen des Gebots der einheitlichen Auslegung aller Vertragsbestimmungen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.¹⁹⁸

Der EuGH kommt gleichwohl in seiner weiteren Prüfung mit einer etwas anderen Begründung zum Ergebnis, dass die Pflichtmitgliedschaft in einer Einrichtung wie der MMBG mit der Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren ist.

(2) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Pflichtmitgliedschaft in der MMBG

Der Gerichtshof geht in seinen weiteren Ausführungen darauf ein, ob eine nationale Regelung, die eine Pflichtmitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem vorsieht, zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen kann. Das LSG Sachsen führt hierzu aus, dass die von der MMBG erbrachten Versicherungsleistungen „Dienstleistungen“ im Sinne des Art. 50 EG seien.¹⁹⁹ Insoweit erkennt

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 75.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. C-18/95, *Terhoeve*, Slg. 1999, I-345, Rdnr. 12 ff.

¹⁹⁸ So auch *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1. Aufl. 1999, Rdnr. 610 f.

¹⁹⁹ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 97.

das LSG Sachsen, das hier nicht die Frage im Vordergrund steht, ob die MMBG Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EG erbringt. Vielmehr geht es im Kern darum, ob durch das Bestehen eines Systems der Pflichtmitgliedschaft ein Versicherungsnehmer wie die Kattner GmbH in der Ausübung seiner passiven Dienstleistungsfreiheit beschränkt wird, weil es für ihn wirtschaftlich uninteressant ist, eine vergleichbare Deckung vertraglich mit einem Anbieter aus einem anderen Mitgliedstaat abzuschließen. Wie das vorlegende LSG Sachsen insoweit zutreffend ausführt, käme es immer nur zu einer Doppelversicherung²⁰⁰: Neben die gesetzliche Pflichtversicherung träte eine (teilweise) deckungsgleiche private Unfallversicherung. Es geht also primär um die Freiheit des Versicherungsnehmers, eine Dienstleistung eines privaten Versicherungsunternehmens wie der dänischen Alpha Group²⁰¹ in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen. Diese passive Dienstleistungsfreiheit wird durch das bestehende Pflichtversicherungssystem insoweit eingeschränkt, als das es den Abschluss einer privaten Unfallversicherung „weniger attraktiv“ macht.²⁰²

In diese Richtung geht zunächst auch die Prüfung von Generalanwalt *Mazák*, indem er darauf hinweist, dass die in Deutschland bestehende Pflichtmitgliedschaft in einer bestimmten BG *a priori* die Wahlmöglichkeiten des Arbeitgebers hinsichtlich des Versicherungsanbieters einzuschränken scheint.²⁰³ In einem weiteren Schritt erinnert Generalanwalt *Mazák* jedoch daran, dass das deutsche Unfallversicherungssystem auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe und solche Umverteilungselemente enthalte, die über diejenigen eines privaten Versicherungsschutzes hinausgingen. Deswegen bezweifelt er, dass private Versicherungseinrichtungen mit eben diesen Solidarelementen einen entsprechenden Schutz gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten in Deutschland anbieten würden.²⁰⁴ Tatsächlich gibt es auch keinen einzigen Mitgliedstaat, in dem ein entsprechender Versicherungsschutz unter diesen Voraussetzungen angeboten wird. Zwar weist das LSG Sachsen in seinem Vorlagebeschluss darauf hin, dass in Belgien, Dänemark, Finnland und Portugal Wettbewerb zwischen privaten Versicherungsunternehmen im Bereich der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten bestehe.²⁰⁵ Deren Leistungen richten sich aber nicht streng nach dem Leistungskatalog der BGen. Vielmehr sichern sie lediglich Arbeitsunfälle und teilweise auch Wege-

²⁰⁰ Ibid., S. 95.

²⁰¹ Da private Versicherungsunternehmen Wirtschaftssubjekte sind, sind ihre angebotenen Versicherungsleistungen auch unstreitig Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags.

²⁰² Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-58/98, *Corsten*, Slg. 2000, I-7919 zur obligatorischen Eintragung in die Handwerksrolle und die damit verbundene Pflichtmitgliedschaft der betroffenen Unternehmen.

²⁰³ Schlussanträge GA *Mazák* zu EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Nr. 71.

²⁰⁴ Ibid., Nr. 72.

²⁰⁵ LSG Sachsen, (Fn. 3), S. 96.

unfälle ab.²⁰⁶ Berufskrankheiten werden in den privaten Systemen von öffentlichen Trägern versichert. Auch das vom LSG Sachsen erwähnte Angebot der Alpha Group erfüllt gerade nicht den gesetzlich vorgegebenen Umfang der Absicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten in Deutschland. Vielmehr bietet es lediglich die Absicherung von Arbeits- und Wegeunfällen an; Berufskrankheiten sind dagegen nicht erfasst.²⁰⁷ Darüber hinaus werden die Beiträge in privaten Versicherungsunternehmen wie der Alpha Group grundsätzlich nicht im Wege des Umlageverfahrens aufgebracht; sie handeln zudem mit Gewinnerzielungsabsicht.²⁰⁸

Der Gerichtshof scheint sich zunächst den von Generalanwalt *Mazák* aufgeworfenen Zweifeln anzuschließen, betont jedoch anschließend, dass das deutsche Unfallversicherungssystem auch solche Risiken abdecke, die sich bei nicht nach dem Grundsatz der Solidarität arbeitenden Versicherungsunternehmen versichern ließen. Mithin könnte die Pflichtmitgliedschaft in den BGen zumindest im Hinblick auf diese Risiken ein Hindernis für die Dienstleistungsfreiheit sein, da es zum einen für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Versicherungsgesellschaften wirtschaftlich uninteressant sei, eine vergleichbare Deckung in Deutschland anzubieten und zum anderen auch die in Deutschland ansässigen Unternehmen abschrecke, sich an außerhalb ihres Landes niedergelassene Versicherungsgesellschaften zu wenden.²⁰⁹ Vor diesem Hintergrund ist es nach Ansicht des Gerichtshofs grundsätzlich denkbar, dass die im deutschen System vorgesehene Pflichtmitgliedschaft in der MMBG zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen könne.²¹⁰

(3) Rechtfertigung – „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“

Im Rahmen der Rechtfertigung kommen die Richter gleichwohl zum Ergebnis, dass die Pflichtmitgliedschaft in einer Einrichtung wie der MMBG aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnte. Sie verweisen

²⁰⁶ Wegeunfälle sind in Finnland, Belgien und Portugal gedeckt, in Dänemark können sie unter bestimmten Voraussetzungen erfasst sein, vgl. die Übersicht in den MISSOC Datenbanken, http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/db/public/compareTables.do?lang=de (1.6.2009).

²⁰⁷ Berufskrankheiten sind nicht erfasst, ebenso das von den BGen angebotene Spektrum von Prävention und Rehabilitation, vgl. hierzu <http://www.bg-frei.de/de/versicherungsangebot/index.html> (1.6.2009).

²⁰⁸ Vgl. hierzu die MISSOC-Tabellen, (Fn. 206), aus denen sich ergibt, dass die privat organisierten Versicherungseinrichtungen entweder ganz oder zumindest überwiegend mit Kapitaldeckung arbeiten.

²⁰⁹ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 82 f.

²¹⁰ *Ibid.*, Rdnr. 80 ff.

insoweit auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Sozialversicherungssystems einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne.²¹¹ Denn gerade die Verpflichtung aller Unternehmen, sich einem solidarisch organisierten Unfallversicherungssystem in Deutschland anzuschließen, stelle das finanzielle Gleichgewicht des Systems sicher.²¹² Die Feststellung, ob das mit dem System der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung verfolgte Ziel auch zur Sicherstellung des finanziellen Gleichgewichts unbedingt erforderlich ist, sei jedoch Aufgabe des vorlegenden Gerichts. Dabei geben die Richter dem LSG Sachsen relativ genaue Vorgaben zur Verhältnismäßigkeitsprüfung an die Hand. Sie weisen insbesondere darauf hin, dass das deutsche System zumindest in Bezug auf Geldleistungen, mit denen ein Teil des Entgeltverlusts infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit ausgeglichen werden soll, Begrenzungen vorsehen. Den Unternehmen stünde es somit frei, diese Deckung durch den Abschluss von Zusatzversicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften zu ergänzen. Gerade dieser Umstand spricht nach Ansicht des Gerichtshofs für die Verhältnismäßigkeit eines Systems, welches dem der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung entspricht, und muss deswegen vom LSG Sachsen auf den Ausgangsrechtsstreit angewandt werden.²¹³ Dass die von den BGen gezahlten Geldleistungen – wie beispielsweise Unfallrenten, Verletztengeld oder Hinterbliebenenleistungen – begrenzt sind, ist nicht zu bestreiten. So wird zum Beispiel bei vollständigem Verlust der Erwerbsfähigkeit eine Vollrente in Höhe von zwei Drittel des vor dem Arbeitsunfall oder der Berufskrankheit erzielten Jahresarbeitsverdienstes gezahlt, bei teilweiser Minderung der Erwerbsfähigkeit entsprechend weniger.²¹⁴ Insoweit ist es nachvollziehbar, wenn der Gerichtshof darauf hinweist, dass es in diesen Fällen jedem Unternehmen frei steht, zusätzliche Versicherungsverträge mit sowohl in Deutschland als auch in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen privaten Versicherungsgesellschaften abzuschließen.

Schließlich betont der Gerichtshof, dass eine Aufbrechung der Pflichtmitgliedschaft die Gefahr der „Abwanderung guter Risiken“ mit sich bringen könnte. Ein fortschreitendes Ausscheren der „guten Risiken“ könnte dazu führen, dass den BGen zunehmend der Anteil „schlechter Risiken“ bliebe, was zu einer Erhöhung der Kosten für die Leistungen führen würde. Dies wirke sich nach Ansicht der Richter insbesondere in solidarisch organisierten Systemen aus, die durch eine fehlende Proportionalität von Beiträgen und versichertem Risiko gekennzeichnet sind.²¹⁵ Eine dahingehende Überprüfung des deutschen Unfallversicherungs-

²¹¹ Ibid., Rdnr. 84 f.

²¹² Ibid., Rdnr. 86 ff.

²¹³ Ibid., Rdnrn. 89 und 91.

²¹⁴ § 56 SGB VII.

²¹⁵ EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in aml. Slg., Rdnr. 90.

systems sei Aufgabe des vorlegenden Gerichts. Dass die vom EuGH angesprochene Gefahr im System der gesetzlichen Unfallversicherung gegeben ist, wurde bereits im Rahmen der Ausführungen zu Art. 86 Abs. 2 EG erläutert, so dass insoweit darauf Bezug genommen wird.

Auch auf die übrigen Ausführungen zur Frage der Rechtfertigung im Rahmen des Wettbewerbsrechts nach Art. 86 Abs. 2 EG kann hier verwiesen werden.²¹⁶ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH gelten für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Freiheiten durch Monopole grundsätzlich die gleichen Regeln wie auch für andere Beschränkungen.²¹⁷

Mithin ist die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Pflichtmitgliedschaft im System der gesetzlichen Unfallversicherung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

E. Ergebnis und Schlussfolgerung

Die Pflichtmitgliedschaft in den Berufsgenossenschaften wird weiterhin Bestand haben und wurde vom EuGH in seiner Entscheidung vom 5. März 2009 bestätigt.

Die Antwort auf die Frage, ob eine Einrichtung wie die MMBG den strengen Regeln des Wettbewerbsrechts unterworfen ist, lässt sich aus der dazu ergangenen Rechtsprechung herleiten. Der Bereich der sozialen Sicherheit ist vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften ausgenommen, sobald solidarisch organisierte Sozialversicherungsträger betroffen sind. Der Gerichtshof prüft die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien zum Unternehmensbegriff und befindet, dass sich eine Einrichtung wie die MMBG strukturell von privatversicherungsrechtlichen Versorgungssystemen unterscheidet und dementsprechend kein Unternehmen im Sinne des Art. 81 EG ist. Einschränkend stellt der EuGH fest, dass das Vorliegen der wesentlichen Elemente im nationalen System vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist. Dabei gibt der Gerichtshof dem LSG Sachsen klare Prüfmaßstäbe an die Hand, deren Übertragung auf den Ausgangsrechtsstreit dazu führen muss, dass die MMBG durch ausreichende Solidaritätsmerkmale gekennzeichnet ist, die für die Lebensfähigkeit des betreffenden sozialen Sicherungssystems unerlässlich sind. Die Vorbehalte zugunsten bestimmter Überprüfungen durch das nationale Gericht sind insoweit konsequent, als das der EuGH nicht über nationales Recht entscheiden darf.²¹⁸

²¹⁶ Siehe unter D.IV.2.a)(2).

²¹⁷ EuGH, Rs. C-266/96, *Corsica Ferries*, Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 59 f.

²¹⁸ Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens kann der Gerichtshof lediglich über die abstrakte Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Norm mit dem Europarecht urteilen, eine Ent-

Das Urteil ist zudem im Hinblick auf die Betrachtung der Pflichtmitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit von besonderem Interesse, da der EuGH die Frage in dieser Form bisher nicht geprüft hat. Die Richter kommen auch hier zu dem Ergebnis, dass bei Vorliegen aller Voraussetzungen die Pflichtmitgliedschaft in der MMBG mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Dabei gehen sie zunächst von der gefestigten Rechtsprechung aus, wonach in Ermangelung einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene jeder Mitgliedstaat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Recht oder eine Verpflichtung auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit besteht. Überraschenderweise relativiert der Gerichtshof diesen mehrfach bestätigten Grundsatz anschließend mit dem Hinweis, dass gleichwohl das Gemeinschaftsrecht zu beachten sei. Zwar hat der Gerichtshof die Beachtung des Gemeinschaftsrechts in Bereichen der sozialen Sicherheit wiederholt anerkannt. In diesen Fällen ging es aber nicht um die Organisation und Finanzierung eines Sozialversicherungssystems, deren Ausgestaltung die Mitgliedstaaten nicht der Gemeinschaft übertragen haben. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Gemeinschaft nach Art. 5 Abs. 1 EG nur handeln darf, wenn und soweit ihr die Befugnis durch die Mitgliedstaaten erteilt ist. Dieses so genannte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung soll durch den Vertrag von Lissabon nicht nur beibehalten werden, sondern erfährt sogar eine ausdrückliche Klarstellung.²¹⁹ Eine Kompetenz der Gemeinschaft, insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung und Organisation der Sozialversicherungssysteme sieht weder der EG-Vertrag noch der Vertrag von Lissabon vor. Diese Wertentscheidung darf auch nicht durch die Grundfreiheiten und die Europäischen Wettbewerbsvorschriften ausgehebelt werden.²²⁰ Deswegen überrascht die vom EuGH aufgestellte These zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf die Pflichtmitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem.

Vor diesem Hintergrund sind auch die zu hörenden Vorwürfe einer Aushöhlung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten durch den Gerichtshof verständlich.²²¹ Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang auch die von verschiedenen Seiten immer wieder angestrebten Versuche, auf die soziale Sicherheit in den Mitgliedstaaten Einfluss zu nehmen, sei es durch Betreiben von direkter Sozialpolitik oder indirekt über die Binnenmarktpolitik.²²² Der EuGH hat hierzu seinen Beitrag

scheidung über den konkreten Einzelfall ist dagegen nicht möglich, siehe hierzu, EuGH, Rs. C-350/07, *Kattner*, noch nicht in amtl. Slg., Rdnr. 24 ff.

²¹⁹ Art. 4 i.V.m. 5 EU in der Fassung des Vertrags von Lissabon.

²²⁰ Ähnlich auch *Fuchs*, (Fn. 109), S. 443.

²²¹ Vgl. hierzu die zuletzt von *Herzog/Gerken*, FAZ v. 8.9.2008, S. 8, angestoßene Diskussion bzgl. der Aushöhlung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten.

²²² Spätestens seit der Verabschiedung der Lissabon-Strategie als zentrales Element zur Bündelung der sozialpolitischen Initiativen und der Einführung der Offenen Methode der Koordinierung dürfte daran kein Zweifel mehr bestehen.

geleistet, indem er aus den Binnenmarktfreiheiten²²³ und der Unionsbürgerschaft²²⁴ individuelle soziale Leistungsansprüche abgeleitet hat. Von dieser Linie einer „binnenmarktfreundlichen Rechtsprechung“ ist der Gerichtshof in seinen jüngsten Entscheidungen, in denen er die Grundfreiheiten über die Tarifautonomie der Sozialpartner gestellt hat, nicht abgewichen.²²⁵ Mithin hat sich das Europäische Sozialrecht im Laufe der Zeit als ein Annex der Marktfreiheiten entwickelt.²²⁶

Gleichwohl kommen die Richter in der Rechtssache *Kattner* zum Ergebnis, dass die Pflichtmitgliedschaft in den BGen notwendig sei, um das finanzielle Gleichgewicht eines auf dem Grundsatz der Solidarität beruhenden Sozialversicherungssystems sicherzustellen, wobei die konkrete Feststellung Sache des vorlegenden Gerichts ist. Dabei geben die Richter dem LSG Sachsen klare Prüfkriterien an die Hand, deren Übertragung auf den Ausgangsrechtsstreit die Verhältnismäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft bestätigt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der EuGH mit seiner Entscheidung die Ausgestaltung des Systems der gesetzlichen Unfallversicherung als europarechtskonform anerkennt und insbesondere die darin bestehende Pflichtmitgliedschaft nicht beanstandet. Allerdings hat sich der Gerichtshof mit seinem klaren Bekenntnis zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf die Frage der Pflichtmitgliedschaft in einem sozialen Sicherungssystem grundsätzlich eine erweiterte Prüfmöglichkeit eröffnet und damit die staatliche Souveränität im Bereich des Sozialrechts eingeschränkt. Die Zulässigkeit der Pflichtmitgliedschaft im System der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung hat der Gerichtshof gleichwohl nicht in Frage gestellt und dies in seinen weiteren Ausführungen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Freilich könnten sich die Aussagen des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit auf andere Sozialversicherungssysteme auswirken, da nicht auszuschließen ist, dass auch sie künftig eine gesetzlich vorgeschriebene Pflichtmitgliedschaft einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen müssen.

Der Schlüssel zur Abgrenzung zum Wettbewerbsrecht und der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch weiterhin die Ausprägung der Solidaritätsmerkmale in dem betreffenden Sozialversicherungssystem. Diese sind im deutschen System der gesetzlichen Unfallversicherung zweifelsohne vorhanden. Daher wird es in seinen Grundzügen bestehen bleiben. Insbesondere die jüngste Reform der gesetzlichen Unfallversicherung wird daran nichts ändern, da die bisherigen Solidaritätsmerk-

²²³ EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931; EuGH, Rs. C-372/04, *Watts*, Slg. 2006, I-4325.

²²⁴ Vgl. u.a. EuGH, Rs. C-85/96, *Martinez Sala*, Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

²²⁵ Vgl. u.a. EuGH, Rs. C-438/05, *Viking*, Slg. 2007, I-10779; EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*, Slg. 2007, I-11767; EuGH, Rs. C-346/06, *Rüffert*, Slg. 2008, I-1989.

²²⁶ *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, S. 38, Rdnr. 114.

male fortbestehen. Selbst wenn das in der Sache entscheidende LSG Sachsen die durch den Berichterstatter vorgenommene Interpretation der nationalen Vorschriften beibehält²²⁷ und die im deutschen System enthaltenen Solidaritätsmerkmale verneint, wird eine solche Entscheidung einer Revision beim Bundessozialgericht nicht Stand halten.²²⁸

²²⁷ Vgl. hierzu Höfner/Wölflé, Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung in Deutschland mit Europarecht im Einklang, DGVF Forum 2009, S. 41.

²²⁸ Vgl. hierzu das jüngste Urteil des BSG, Az. B 2 U 9/06 R, Die BG 2008, S. 91-93.