

**Frank Schulz-Nieswandt**

## **Berufsgenossenschaften und Europarecht.**

**Zugleich eine Einordnung der Argumentation von Katie Baldschun, Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung. Die Anwendbarkeit des Europarechts auf mitgliedstaatliche Systeme der sozialen Sicherung am Beispiel der Berufsgenossenschaften, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2008, 288 S.**

Die Situation der Berufsgenossenschaften in Deutschland bleibt ein europarechtliches strittiges Thema. Der Verfasser hat kürzlich ein sozialökonomisches Rechtsgutachten vorgelegt, dass die Problematik des Rechtsregimes der Marktöffnung und somit der Privatisierung der Aufgabenerledigung (Aufgaben durchaus im Sinne der DAWI) nochmals und durchaus entscheidungsorientiert darlegt (Schulz-Nieswandt 2011 a). Bezugnehmend auf die RS Kattner ist zu fragen: Sind die Berufsgenossenschaften Unternehmen im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV? Liegt in der berufsgenossenschaftlichen Monopolbildung ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 und 57 AEUV vor?

Der Verfasser hat sich bereits an anderer Stelle kritisch gegen die rechtsdogmatische Fixierung auf europarechtliche Privatisierungszwänge ausgesprochen und erkennt auch nicht die zwingenden ökonomischen Effizienzgründe (Schulz-Nieswandt 2011). Auch das Beispiel der Teil-Privatisierung des Arbeitsvermittlungsmonopols ist doch in empirischer Sicht recht ernüchternd. Hinzu kommt noch, dass die Präferenzen der Bevölkerung im Diskurs des Binnenmarkt-Funktionalismus und des Privatisierungs-Dispositiv kaum Berücksichtigung finden (Schulz-Nieswandt 2010; Theuvsen und Zschache 2011).<sup>1</sup>

Konkret zum speziellen Thema: Berufsgenossenschaften können Unternehmen im funktionellen Sinne sein oder werden, wenn eine Marktöffnung des Monopols (Aufgabenprivatisierung) vorgenommen wird. Das ist "technisch" möglich, führt aber, so meine Auffassung, infolge von Marktversagen und infolge der Unfähigkeit des Marktes, solidarischen Sozialschutz zu organisieren, zu gesellschaftlich unerwünschten Marktergebnissen.

Das Sozialschutzargument ist vor allem das bei Baldschun (2008), auf die der Verfasser gleich noch zurückkommen wird.

Das Argument des Marktversagens ist an dieser Stelle der vorliegenden Argumentation nicht ganz trivial (Mühlenkamp/Schulz-Nieswandt 2008). Der Verfasser betont im Sinne einer politischen

---

1 Der Wissenschaftliche Beirat des BVÖD wird mit zwei Sammelbänden zum Themenkreis „Renaissance öffentlichen Wirtschaftens?“ (hrsg. von Christina Schaefer und Ludwig Theuvsen) und zum Themenkreis „Stadtwerke“ (hrsg. von Dietmar Bräunig und Wolf Gottschalk) in seiner Schriftenreihe im Nomos Verlag in Kürze grundlegende Analyse vorlegen.

Theorie des Marktversagens, dass technisch Märkte überall möglich sind. Die ältere, neoklassische Theorie der quasi-objektiven Gutseigenschaften war substantialistisch: Kriterien wie Nicht-Ausschließbarkeit und Nicht-Rivalität des Konsums sollten helfen, die Ausnahmebereiche der öffentlichen Güter zu definieren. In der Realität sind diese Kriterien weitgehend irrelevant. Kapazitätssteuerungen und Preis- bzw. Gebühren-Regime können die verfügungsrechtlichen Effekte der Exklusion in der Personen-Konsumgut-Relation jederzeit herbeiführen.

Es kommt vielmehr auf die politische Ergebnis-Bewertung an. Was ist gesellschaftspolitisch erwünscht? Im Prinzip entspricht dies im Lichte neu-kantianischer Erkenntnistheorie und Rechtsphilosophie auch der Anerkennung des nicht nur seit David Hume (1711-1776) bekannten „naturalistischen Fehlschluss“, wonach, wie auch der „Kritizismus“ in der Weisser-Schule (Schulz-Nieswandt 2011 b) immer betont hat, man eben nicht von empirischen Befunden auf „Es soll“-Sätze schließen kann. Dieser Schluss ist erst im Lichte normativer Urteile – damit im Lichte von Werten und Normen, die die Wahrnehmung organisieren und die Interpretation lenken – möglich. Externalitäten spielen hierbei eine zentrale Rolle. Nun geht die Kategorie der Externalitäten zwar einerseits (andererseits nämlich auch auf die nicht-neoklassische Theorie der sozialen Kosten bei K. William Kapp 1958) auf neoklassisch-wohlfahrtökonomische Traditionen des Marktversagens zurück, andererseits wissen wir heute (infolge der Ausdehnung der [nämlich kulturellen] Grammatik der Externalitäten als direkte Interdependenzen der Nutzenfunktionen der Gesellschaftsmitglieder auch auf soziale, moralische und letztendlich seelische Figurationen)<sup>2</sup> um den Charakter der Externalitäten als normativ gesteuerte soziale Konstruktionen, also als Konstrukte politischer Definitionsakte, die eingelassen sind in generative Diskurse.

De-konstruktiv betrachtet sind Externalitäten immer abhängig von spezifischen kollektiven Denkweisen, mentalen Orientierungen und kulturellen Deutungsmustern. Der Öffentlichkeitsgrad eines Gutes ist somit die gesellschaftliche Diffusion externer Effekte unter der Bedingung, dass die Relevanz dieser Externalität kollektiv erkannt und kollektiv normativ geteilt wird. Externe Effekte sind kognitive Repräsentationen einer kollektiven sozialen symbolischen Ordnung, etwa über Solidarität als Verpflichtungszusammenhang der Gesellschaftsmitglieder, auch im geschichtlichen Zeitstrom.

Die Wahl der spezifischen Solidarordnung im deutschen System der Berufsgenossenschaften verlangt institutionell die Monopolbildung. Es geht, wie Baldschun (2008) zentral betont, letztendlich um die Gewährleistung des lückenlosen sozialen Schutzes der ArbeitnehmerInnen. Dazu dient die monopolartige Einbindung aller Unternehmen in ein Zwangssystem der Delegation der rentenrechtlichen, rehabilitations- und präventionsbezogenen Leistungsregelung an die Berufsgenossenschaften, wodurch die Unternehmen komplett vom Haftungsrisiko befreit werden. Dieses gesellschaftspolitische Ziel des sozialen Schutzes zieht demnach die Monopolbildung als Regime der Vermeidung von Risikoselektion im Versicherungsmarkt nach sich.

Die Kölner rechtswissenschaftliche Dissertation von Baldschun (2008) arbeitet genau diese Sicht heraus. Letztendliches Ziel des berufsgenossenschaftlichen Arrangements ist die Organisation des sozialen Schutzes der ArbeitnehmerInnen. Es ist dies die kollektive Sinnsetzung des Systems seitens des Gesetzgebers. Baldschun arbeitet höchst transparent das komplizierte Sozialgebilde der Berufsgenossenschaften heraus und legt alle Details der Mechanismen dar. Vor diesem Hin-

2 Vgl. Ehrenberg 2011, dazu auch Summer 2008. Vgl. auch Sennett 2007.

tergrund kann sie auch die hybride soziale Gestalt darlegen, in die versicherungslogisch Äquivalenzeigenschaften ebenso eingehen wie solidarische Elemente. Insofern ist die Frage nach der Möglichkeit und der rechtlichen Erfordernis der Marktöffnung und in der Folge der Aufgaben-erledigungsprivatisierung gar nicht von der Hand zu weisen. Baldschun kommt dennoch zur abschlägigen Auffassung, das Europarecht mit seinem ganzen Regime des Binnenmarktrechts zwin-ge hier eindeutig zur Aufgabe der deutschrechtlichen institutionellen Problemlösung, weil die Frage dann ungelöst bliebe, wie das Sozialschutzsystem gegenüber allen ArbeitnehmerInnen ohne soziale Selektion und Exklusion möglich sein soll. Und: Die Setzung dieses Zieles des sozialen Schutzes bleibe dem EU-Mitgliedstaat unbenommen.

Das soziale Ziel allein rechtfertigt jedoch keine Ausnahmebereichsregelung im EU-Binnenmarkt-geschehen.

Und trotz fehlender direkter Kompetenz der EU in Fragen der institutionellen Ausgestaltung der Sozialschutzsysteme der EU-Mitgliedstaaten resultiert aus der Binnenmarktdynamik eine indirekte Einflußnahme, denn die nationalen Regime müssen EU-Rechts-kompatibel ausgestaltet sein. Somit liegt eine negative Integrationsdynamik durch systemfunktionale „spill-over“-Effekte vor.

Entscheidend ist nun, dass ohne die Monopolbildung die Zielverwirklichung auf der Basis einer finanzwirtschaftlichen Gleichgewichtslösung nicht möglich ist, denn die Marktöffnung führt zu Risikoselektionen. Die schlechten Risiken müssten dann doch von der öffentlichen Hand oder von staatsmittelbaren Fiskalkörperschaften aufgefangen werden. Insofern sind die Berufsgenossenschaften ihrer markttechnischen Möglichkeit nach funktionelle Unternehmen, da private Anbieter durchaus bereit wären, in diesen Markt einzusteigen, allerdings „rosinenpickend“.

Die Analyse von Baldschun ist höchst differenziert und nur vorläufig abschließend. Denn die dargelegte und auch von mir geteilte dynamische Sicht auf die geteilte Kompetenz im Mehr-Ebenen-System des Europäischen Verfassungsverbundes wird die Frage der nationalen Anpassungszwänge aus systemlogischen Gründen immer offen lassen.

Die Situation im deutschen System ist mit Bezug auf die, auf die Sozialversicherungen bezogenen Linien der EuGH-Rechtssprechung nicht ganz einfach, weil die Mischung aus Risikoprofil-bezogenen Äquivalenzaspekten und die Solidaritätskomponenten des Systems der Berufsgenossen-schaften eine strenge Analogie etwa zum GKV-System nicht erlauben. Zumal es nicht um den Versicherungszwang geht. Auf dessen Grundlage wären Marktöffnungen ja durchaus denkbar. Es geht auch ferner nicht nur um den Kontrahierungszwang, denn auch auf dieser Grundlage wären (vgl. den KFZ-Haftpflichtversicherungsfall) versicherungsrechtliche Prämiendifferenzierungen und somit soziale Differenzierungen (Alter, Geschlecht, Region, subtil versteckt auch nach Nationalität oder Ethnie etc.) jederzeit möglich. Es geht um gerade diesen Grundsatz der Vermeidung von Risikoselektion a) durch Apriori-Nicht-Versicherbarkeit und b) durch sekundäre, prämienbedingte Nicht-Versicherbarkeit. Evidenz kennen wir aus dem US-amerikanischen Krankenversicherungsmarkt (zur US-amerikanischen Kultur des Individualismus: Ehrenberg 2011) Diese Entscheidung für die nicht-diskriminierende Inklusion aller Unternehmen und somit final in der Wirkungskette aller ArbeitnehmerInnen ist eine gesellschaftspolitische Grundsatz-Entscheidung.

Will man diese Zielsetzung realisieren, dann, institutionenökonomisch zwingend, muss man Konsequenzen in Richtung auf das gewählte institutionelle Arrangement ziehen. Dies wäre die

Monopollösung. In einer Welt unvollkommener Lösungen ist diese Lösung, wissenschaftstheoretisch gesehen, auch nicht vollkommen, aber weniger unvollkommener als andere institutionelle Arrangements.

Ausschlaggebend ist sodann der überberufsgenossenschaftliche Lastenausgleich der historisch gewachsenen Strukturen der Rentenlasten. Hier können gewisse Analogien zur RSA im GKV-System konstatiert werden. Im Lichte der diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung ist dies durchaus von grundsätzlicher Bedeutung.

Dieser Lastenausgleich zwischen den Berufsgenossenschaften ist in einem System gewinnorientierter privater Versicherungsanbieter durch Privatisierung im Sinne der Marktöffnung nicht möglich und würde so das finanzielle Gleichgewicht des berufsgenossenschaftlichen Systems untergraben.

Insgesamt wären derartige Marktöffnungen mit Risikoselektionen verbunden, die die Konstruktionslogik des Systems nicht nur gefährden, sondern erodieren würden. Hierbei entstehen also Probleme der Versicherbarkeit schlechter Risiken.

Private Versicherungen sind, das zeigen internationale Vergleiche, ferner nicht billiger, werfen höhere Verwaltungskosten auf, und zusätzlich treten neue Transaktionskosten im Vergleich zum berufsgenossenschaftlichen Monopol auf, die volkswirtschaftlich Wohlfahrtsverluste darstellen. Hinzu kommen weitere, hier nicht näher diskutierte Themenfelder. Wie steht es im Rahmen der Privatisierung mit den präventionspolitischen Aufgaben, die die Berufsgenossenschaften als Träger gemäß SGB VII im Sinne untergesetzlicher Normierungsinstanzen im Rahmen der Regulationspraxis des staatsmittelbaren Sektors in Selbstverwaltung erledigen müssen? Dies ist eine Frage, die einen weiteren Modernisierungsbedarf der Dienstleistungsqualität der Berufsgenossenschaften nicht ausschließt.

Fazit: Ein Verstoß gegenüber der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt (gemäß Art. 56 und 57 AEUV) mag a) entweder nicht vorliegen oder b) vorliegen, aber u. a. mit Blick auf ein Verhältnismäßigkeitsgebot begründbar und daher zulässig sein. Ich neige Punkt b) zu.

Das Hauptergebnis der Analyse ist: Die gesetzliche Unfallversicherung geht nicht über das Ziel einer solidarischen Finanzierung der sozialen Sicherheit hinaus und erfüllt nur Sozialversicherungsaufgaben.

Hier kommt, das entspricht aber der oben skizzierten Logik einer politischen Theorie des Marktversagens im Lichte normativer Urteile mit Blick auf die Marktergebnisse, ein Güter-Abwägungs-Problem zur Wirkung. Die Dogmatik der Grundfreizügigkeiten als Grundfreiheiten, verstärkt durch die Ergänzung des Staatsbürgerstatus durch den Status als Unionsbürger, wirft (hier) die Frage auf, wie mit der Hierarchie der Präferenzen umzugehen ist. Dominiert die private Präferenz, alle Lebensbereiche zum Gegenstand der Marktöffnung zu machen, auch die öffentliche Präferenz, bestimmte Lebensbereiche aus dem (technisch möglichen) Marktgeschehen herauszulassen? Wenn die Gesellschaft in meritorischer Praxis eine Meta-Präferenz (Meta-Präferenz deshalb, weil es eine Präferenz über die Ordnung der sozialen Relationen der Bürger bezeichnet) formuliert hat, bestimmte Lebensbereiche nicht-marktförmig zu organisieren, um Solidaritätszielen oder den Zielen universaler sozialer Absicherung (was nicht zwingend solidarische Umverteilungsprozesse begründet) zu dienen, dann muss das private Recht zurücktreten, an allem in dieser Welt for-profit verdienen zu dürfen. Die staatliche Ordnung hat ihren normativen Fluchtpunkt in der Ermöglichung personaler Freiheit des Bürgers; da aber der Bürger nicht (im Sinne eines methodologischen

Individualismus) rein-individualistisch gedacht werden kann, sondern sein personaler Existenzmodus auf das dialogische soziale Miteinander mit den Anderen im Kontext der ontologisch unhintergehbaren Vorgängigkeit des sozialen Wir verweist, folge ich hier keinem normativen Individualismus, sondern einem methodologischen Personalismus, der in einem normativen Personalismus mündet.

Das wirkt natürlich im Rahmen der Mehr-Ebenen-Analyse wiederum das final nicht gelöste Dauerthema der „geteilten Kompetenz“ im europäischen Verfassungsvertragsverbund auf (Schulz-Nieswandt 2010a/Schulz-Nieswandt 2009, S. 189 f.).

Es ist eine Fehleinschätzung, a priori zu behaupten, privatwirtschaftliche Arrangements (entweder ein privates Monopol als Resultat des Wettbewerbs „um“ den Markt oder eine regulierte, eventuell auf bestimmte Stufen der Wertschöpfungskette sich beziehende Marktöffnung, also Wettbewerb „im“ Markt) seien effizienter als öffentliche Monopole. Effizienz – in Bezug auf was? Im Privatisierungs-Diskurs wird eine Rückgewinnung des Politischen benötigt.<sup>3</sup> Was sind die gesellschaftlichen Ziele? Wie soll das Miteinander der Gesellschaftsmitglieder kulturgrammatisch geordnet werden? Welcher Architektur privater und öffentlicher Präferenzen will die Gesellschaft institutionell folgen?

## Literaturverzeichnis

- Baldschun, Katie (2008), Solidarität und soziales Schutzprinzip in der gesetzlichen Unfallversicherung. Die Anwendbarkeit des Europarechts auf mitgliedstaatliche System der sozialen Sicherung am Beispiel der Berufsgenossenschaften, Berlin.
- Bedorf, Thomas und Kurt Röttgers (Hrsg.) (2010), Das Politische und die Politik, Frankfurt am Main.
- Bröckling, Ulrich und Robert Feustel (Hrsg.) (2010), Das Politische denken, Bielefeld.
- Ehrenberg, Alain (2011), Das erschöpfte Selbst, 5. Aufl., Frankfurt am Main.
- Ehrenberg, Alain (2011 a), Das Unbehagen in der Gesellschaft, Frankfurt am Main.
- Kapp, K. William (1958), Volkswirtschaftliche Kosten der Privatwirtschaft, Tübingen.
- Marchart, Oliver (2011), Die politische Differenz, 2. Aufl., Frankfurt am Main.
- Mouffe, Chantal (2009), Über das Politische, Frankfurt am Main.
- Mühlenkamp, Holger und Frank Schulz-Nieswandt (2008), Öffentlicher Auftrag und Public Corporate Governance, in: Public Corporate Governance: Bestandsaufnahme und Perspektiven. ZögU-Beiheft 36, hrsg. von Christina Schaefer und Ludwig Theuvsen, L. (Hrsg.). Baden-Baden, S. 26-44.
- Rancière, Jacques (2011), Das Unversehen. Politik und Philosophie, Frankfurt am Main.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2009), Zur Morphologie der Staatlichkeit im Wandel, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 32. Jg., H. 2, S. 183-202.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2010), Daseinsvorsorge und existentielle Angst des Menschen. Fragen der Ordnung der Ökonomie der Gewährleistungsstaatlichkeit kommunaler Versorgungsunternehmen, insbesondere der Wasserversorgung, im Lichte evolutorischer Tiefenpsychologie, in: Methodenpluralismus in den Wirtschaftswissenschaften, hrsg. von Uwe Jens und Hajo Romahn, Marburg, S. 213-245.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2010 a), „Europäisierung“ der Sozialpolitik? Eine Gegenstandsanalyse unter Berücksichtigung methodologischer Aspekte im Spiegel der Forschungsliteratur, in: Historische Mitteilungen, Bd. 23, S. 23-49.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2011), Öffentliche Daseinsvorsorge und Existenzialismus. Eine gouvernementale Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Wasserversorgung. ZögU-Beiheft 39, Baden-Baden.
- Schulz-Nieswandt, Frank (2011 a), Berufsgenossenschaften und Europarecht. Eine sozialökonomische Analyse, Berlin.

3 Dabei lassen sich neuerdings eine Fülle verwandter, aber dennoch deutlich anders akzentuierende Ansätze, wie von Mouffe (2009) oder Rancière (2011) ausmachen. Vgl. zu diesem Diskurskreis auch Bedorf und Röttgers 2010; Bröckling & Feustel 2010; Marchart 2011.

- Schulz-Nieswandt, Frank (2011 b), Bemerkungen zur gemeinwirtschaftlichen, einschließlich genossenschaftlichen Einzelwirtschaftslehre und Sozialpolitikwissenschaft im System der Wissenschaft von der Gesellschaftsgestaltungspolitik, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 34. Jg, H. 1, S. 101-110.
- Sennett, Richard (2007), Die Kultur des neuen Kapitalismus, Berlin.
- Summer, Elisabeth (2008), Macht die Gesellschaft depressiv? Bielefeld.
- Thuevsen, Ludwig und Ulrike Zschache (2011), Die Privatisierung kommunaler Unternehmen im Spiegel massenmedialer Diskurse, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 34. Jg., H. 1, S. 3-24.