



Übernahme von rechtlich selbständigen Unternehmen, an der die öffentliche Hand beteiligt ist - "überwiegende Beteiligung", "ausschlaggebender Einfluss auf die Organe"- Erwerbswirtschaftlichkeit - Anforderungen an fehlerfreie Ausübung des Übernahmeermessens -

(§§ 128 Abs. 4 SGB VII)

hier:

Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 22.09.2003 - S 36 U 155/02 -

Das Sozialgericht Hamburg hat mit Urteil vom 22.09.2003 – S 36 U 155/02 – wie folgt entschieden:



## SOZIALGERICHT HAMBURG

Im Namen des Volkes

### URTEIL

Aktenzeichen: S 36 U 155/02

verkündet am:  
22.09.2003

In dem Rechtsstreit

2

hat die Kammer 36 des Sozialgerichts Hamburg auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2003 durch den Richter am Sozialgericht Harms als Vorsitzenden, die ehrenamtliche Richterin Kowalewski sowie den ehrenamtlichen Richter Kohrt für Recht erkannt:

**Die Klage wird abgewiesen.**

**Die Klägerin und die Beigeladene zu 1) haben je zur Hälfte die Gerichtskosten und die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten und der Beigeladenen zu 2) zu tragen.**



### Tatbestand

Der Kläger begehrt die Übernahme aus der Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) in die Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1).

Der Kläger ist ein am 24. Januar 1983 gegründeter eingetragener Verein (e.V.), der nach § 2 seiner Satzung den Zweck hat, jungen Menschen mit besonderen sozialen Schwierigkeiten unter sozialpädagogischer Anleitung zu ermöglichen, die notwendigen Grundlagen zu erwerben, den Anforderungen des Arbeitsmarktes gerecht zu werden und selbstständig wohnen und wirtschaften zu können. Die jungen Menschen sollen durch gemeinsame Arbeit und gegenseitige Hilfen soziales Verhalten erlernen und Wege zur Problembewältigung erproben. Der Kläger erreicht diesen Zweck insbesondere durch Schaffung von arbeitstherapeutischen Beschäftigungsfeldern zur Förderung der beruflichen Eingliederung, durch Einrichtung von Beratungsstellen, Anmietung und Vermietung von Wohnungen für betreute Wohngemeinschaften sowie persönliche Betreuung.

Nach § 3 seiner Satzung ist der Kläger gemeinnützig. Er verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts "steuerbegünstigte Zwecke" der Abgabenordnung. Danach ist der Kläger selbstlos tätig und verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Mittel des Klägers dürfen nur für satzungsmäßige Zwecke verwandt werden. Die Mitglieder erhalten daraus keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch sonst keine Zuwendungen.

Mitglied des Klägers können nach § 4 der Satzung alle natürlichen und juristischen Personen werden, die seinen Zweck anerkennen.

Organe des Vereins sind die Mitgliederversammlung und der Vorstand (vgl. § 6 der Satzung). In der Mitgliederversammlung als oberstem Beschlussorgan des Klägers hat jedes Mitglied eine Stimme. Die Beschlüsse werden grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der anwesenden stimmberechtigten Mitglieder gefasst. Die Wahl des Vorstandes sowie Satzungsänderungen bedürfen einer Zweidrittelmehrheit (vgl. § 7 der Satzung). Der Vorstand besteht nach § 8 der Satzung aus dem Vorsitzenden, einem Stellvertreter, dem Kassenwart sowie 3 Beisitzern, die jeweils für die Dauer von zwei Jahren gewählt werden.

Der Kläger ist seit seiner Gründung Mitglied der Beigeladenen zu 2). Der bestandskräftige Mitgliedschein datiert auf den 2. April 1984.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2000 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Übernahme aus der Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) in die Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) unter Hinweis darauf, dass er überwiegend mit öffentlichen Mitteln der Beklagten finanziert werde. Insoweit nahm er Bezug auf die Bilanz für das Jahr 1998.

Nach Anhörung der Beigeladenen zu 1) und der Beigeladenen zu 2) lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 20. März 2002 die Übernahme ab.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 128 Absatz 4 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) vorliegen, weil der in selbstständiger Rechtsform betriebene Kläger in seinen Aufgaben zu mehr als 50% durch den Beklagten gefördert werde. Dies stelle zwar zunächst keine überwiegende Beteiligung des Landes an dem Kapital des Unternehmens dar. Gleichwohl sei unter Berücksichtigung des Urteils des Bundessozialgerichts vom 24. Februar 1988, Az.: 2 RU 24/87, von einer überwiegenden finanziellen Beteiligung des Landes auszugehen, weil hiernach insbesondere auf die wirtschaftliche Abhängigkeit eines rechtlich selbstständigen Unternehmens von kommunalen Institutionen abgestellt werde. Die überwiegende Beteiligung aus Haushaltsmitteln könne demnach auch in der Abhängigkeit von staatlichen Leistungen oder Zuschüssen bestehen, ohne die der Vereinszweck nicht sicherzustellen wäre. Auch sei der Kläger nicht erwerbswirtschaftlich tätig, weil er ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke verfolge. Der Beklagte sei jedoch in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu der Überzeugung gelangt, dass eine Übernahme trotz Vorliegens der formalgesetzlichen Voraussetzungen nicht möglich sei, weil entscheidendes Kriterium bei der Prüfung, ob ein Unternehmen in die Zuständigkeit des Unfallversicherungsträgers der öffentlichen Hand übernommen werden könne, die Frage nach der Gewährung des optimalen Unfallversicherungsschutzes sei. Es sei zwar in keiner Weise zu bezweifeln, dass die Beigeladene zu 1) geeignet wäre, die Aufgaben der Unfallversicherung für den Kläger umfassend durchzuführen. Der Kläger sei jedoch seit seiner Gründung 1983 durchgehend bei der Beigeladenen zu 2) unfallversichert gewesen. Es seien keine Probleme oder Versäumnisse in der Zusammenarbeit mit dem Unfallversicherungsträger bekannt geworden. Insbesondere die bisherige (offensichtlich) bewährte Zusammenarbeit und die gewachsenen Präventionsstrukturen lassen einen Wechsel des Unfallversicherungsträgers nicht erforderlich und



nicht sinnvoll erscheinen. Hierfür spreche auch das Kriterium der Katasterstetigkeit. Vor diesem Hintergrund könne auch der beim Wechsel des Klägers in die Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) anfallende geringere Umlagebeitrag und daraus resultierende Einsparungen für die öffentliche Hand zu keiner anderen Entscheidung führen.

Mit der am 22. April 2002 erhobenen Klage verfolgt der Kläger sein Übernahmebegehren weiter. Er hält die Tatbestandsvoraussetzungen des §§ 128 Absatz 4 SGB VII angesichts der Förderung zu mehr als 50% durch die Beklagte für gegeben. Da er darüber hinaus angesichts seiner Gemeinnützigkeit nicht erwerbswirtschaftlich tätig sei, sei das Ermessen der Beklagten auf Null reduziert. Es sei keine andere rechtmäßige Entscheidung denkbar als die Übernahme. Das Kriterium der Katasterstetigkeit sei in diesem Zusammenhang nicht einschlägig. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung liege eine Ermessensbindung vor, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch langjährige Mitglieder der Berufsgenossenschaften zu übernehmen. Im Übrigen dürfe die Beklagte dem Kläger das Argument des Zeitablaufes, einer späten Übernahme, nicht entgegenhalten. Sie hätte von Amts wegen bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen schon früher die Übernahme vornehmen müssen. Dies ergebe sich aus dem fiskalischen Interesse der Stadt, die Kosten der von öffentlichen Zuwendungen abhängigen Unternehmen gering zu halten. Der Kläger trägt vor, dass er bei einer Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) eine bessere Betreuung zu erwarten habe als bisher und behauptet eine Vielzahl von Versäumnissen und Mängeln bei der bisherigen Betreuung durch die Beigeladene zu 2). Schließlich weist der Klägerin darauf hin, dass der von Mitarbeitern der heutigen Behörde für Soziales und Familie der Beklagten gegründet worden sei. Der erste und zweite Vorsitzende sowie ein Teil der Beisitzer seien aus dieser Behörde. Diese seien als natürliche Personen Mitglied geworden, jedoch mit Wissen der Behörde in dem Verein tätig.

Der Kläger beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 20. März 2002 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihn antragsgemäß in die Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) zu übernehmen, hilfsweise, die Beklagte zu verpflichten, seinen Antrag auf Übernahme in die Zuständigkeit der Beigeladenen zu 1) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.



Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie nimmt im wesentlichen Bezug auf die Begründung des angefochtenen Bescheides, an dem nach derzeitigem Sachstand fest gehalten werde. Selbst, wenn Mängel in der Präventionsarbeit in der Vergangenheit vorhanden gewesen seien, müsse sich der Kläger zunächst an die Beigeladene zu 2) wenden. Grundsätzlich gehe man von der Gleichwertigkeit der Präventionsarbeit aus. Allenfalls eklatante Mängel in der Präventionsarbeit könnten ein Grund sein, einem entsprechenden Übernahmebegehren stattzugeben oder hier zu einer Überprüfung zu gelangen. Entsprechendes sei im Anhörungsverfahren nicht vorgetragen worden.

Die Beigeladene zu 1) schließt sich dem Antrag des Klägers an.

Sie ist ebenso wie der Kläger und die Beklagte der Auffassung, dass schon aufgrund der Sachkostenträgerschaft durch die Beklagte das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Beteiligung erfüllt sei. Erwerbswirtschaftlichkeit liege nicht vor. Es bestehe auch kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen den Zuständigkeitsvorschriften zu Gunsten der gewerblichen Berufsgenossenschaften und den Übernahmevorschriften zu Gunsten der Eigenunfallversicherungsträger.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint - anders als alle anderen Beteiligten -, dass schon die Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 Absatz 4 SGB VII nicht vorliegen. Die Förderung eines Unternehmens durch die öffentliche Hand sei nicht gleichzusetzen mit der geforderten überwiegenden Kapitalbeteiligung. Ein ausschlaggebender Einfluss liege nicht vor. Dies wäre nur dann der Fall, wenn Behördenmitarbeiter für die Vereinstätigkeit freigestellt würden. Auch sei eine entsprechende Beschickung des Klägers durch eine Behörde nicht in der Satzung verankert. Der Kläger werde außerdem erwerbswirtschaftlich im Sinne des § 128 Absatz 4 SGB VII tätig. Dieser Begriff sei nicht als Gegensatz zur Gemeinnützigkeit zu verstehen. Mit erwerbswirtschaftlichen Unternehmen seien unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks solche Unternehmen gemeint, die



zumindest potenziell in einem Wettbewerb zu vergleichbaren privaten Unternehmen entstehen. Dies sei jedoch bei dem Kläger in der Fall. Die Ermessenserwägungen habe die Beklagte hingegen zutreffend vorgenommen und dabei die Regelzuständigkeit der gewerblichen Berufsgenossenschaften berücksichtigt, die sich schon aus der Formulierung des § 121 Abs. 1 SGB VII ergebe. Im Gegensatz zu den Behauptungen des Klägers habe in der Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) eine ausreichende Betreuung in der Vergangenheit stattgefunden. Die letzte attenkundige Unstimmigkeit zwischen dem Kläger und ihr liege mehr als zehn Jahre zurück und habe damals ausgeräumt werden können. Sie habe kein Verständnis dafür dass der Kläger nun beginne, „schmutzige Wäsche zu waschen und unbelegte Vorwürfe gegen die Betreuung durch die Beigeladene zu 2)“ erhebe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschrift vom 22. September 2003 sowie den weiteren Inhalt der Gerichts- und der beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten und der Beigeladenen zu 1) und 2), der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

### Entscheidungsgründe

Die Klage ist statthaft (sog. Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, vgl. § 54 Abs. 1 und 2 des Sozialgerichtsgesetzes – SGG-). Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor. Insbesondere ist das eigentlich nach § 78 Abs.1 Satz 1, Abs. 3 SGG vor Erhebung der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorgeschriebene Vorverfahren nach § 78 Abs.1 Satz 2 Nr.2, Abs. 3 SGG entbehrlich, weil der angefochtene Verwaltungsakt, mit dem die Vornahme des begehrten Verwaltungsakts abgelehnt worden ist, von einer obersten Landesbehörde erlassen worden ist.

Die Klage ist jedoch mit Haupt- und Hilfsantrag in vollem Umfang unbegründet.

Der Bescheid der Beklagten vom 20. März 2002 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger daher nicht in seinen Rechten. Der Beklagte hat im Ergebnis zu Recht und ermessensfehlerfrei die Übernahme des Klägers aus der Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) in diejenige der Beigeladenen zu 1) abgelehnt.



Nach § 121 Abs.1 SGB VII sind die gewerblichen Berufsgenossenschaften für alle Unternehmen (Betriebe, Verwaltungen, Einrichtungen, Tätigkeiten) zuständig, soweit sich nicht aus dem zweiten und dritten Unterabschnitt eine Zuständigkeit der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften oder der Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand ergibt. Die Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) für den Kläger ergibt sich bereits aus dem bestandskräftigen Mitgliedschein.

Nach § 128 Abs.4 SGB VII kann das Land ein Unternehmen, das in selbstständiger Rechtsform betrieben wird, aus der Zuständigkeit der Berufsgenossenschaft in die Zuständigkeit eines Unfallversicherungsträgers im Landesbereich übernehmen, wenn das Land allein oder zusammen mit Gemeinden oder Gemeindeverbänden an dem Unternehmen überwiegend beteiligt ist oder auf seine Organe einen ausschlaggebenden Einfluss hat. Unternehmen, die erwerbswirtschaftlich betrieben werden, sollen nicht übernommen werden.

Diese Vorschrift, für die es entsprechende Regelungen in § 125 Abs.3 SGB VII für den Bereich des Bundes und in § 129 Abs.3 SGB VII für den kommunalen Bereich gibt, ist vom Gesetzgeber als Ausnahmenvorschrift konzipiert und von daher eng auszulegen (vgl. § 121 Abs.1 SGB VII: „Die gewerblichen Berufsgenossenschaften sind .... zuständig, soweit sich nicht .... eine Zuständigkeit .... der Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand ergibt“).

Sie hat mit der Schaffung des SGB VII die Vorgängervorschrift des § 655 Abs.1 i.V.m. § 653 Abs. 1 Nr. 2 der Reichsversicherungsordnung (RVO) abgelöst, wonach ein Land Träger der Unfallversicherung ist für Versicherte in den von der zuständigen obersten Verwaltungsbehörde des Landes im Einvernehmen mit der für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörde bezeichneten Unternehmen, die in selbstständiger Rechtsform betrieben werden und an denen das Land allein oder zusammen mit dem Bund oder Gemeinden oder Gemeindeverbänden überwiegend beteiligt ist.

Unter der Geltung der RVO würde unter überwiegender Beteiligung bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts eine solche mit einem Anteil von mehr als 50 % am Kapital des Unternehmens verstanden; bei in öffentlich-rechtlicher Form verfassten Unternehmen, bei denen das Kapital meist nicht die Grundlage des Unternehmens bildet, wurde eine überwiegende gemeindliche Beteiligung angenommen, wenn der betreffende kommunale Träger nach der Verfassung der Einrichtung den ausschlaggebenden Einfluss auf die Verwaltung und die Führung



des Unternehmens hatte. Das Bundessozialgericht (BSG) hatte ausgeführt, dass die überwiegende Beteiligung an einem Unternehmen in Form der Kapitalbeteiligung finanzielle und in personeller und sachlicher Hinsicht allgemein-politische Rückwirkungen auf die Gebietskörperschaft habe, dass die überwiegende Beteiligung in Gestalt eines satzungsmäßig verankerten ausschlaggebenden Einflusses auf die Verwaltung und Führung eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens im Wesentlichen keine finanziellen, sondern nur allgemein-politische Rückwirkung der bezeichneten Art auf die Gebietskörperschaft habe (vgl. zum Ganzen: Waltermann, Verwaltungshandeln in selbstständiger (privater) Rechtsform – Unfallversicherungsrechtliche Zuständigkeit, in: SGB 2002, 585 ff. m.N.). Nach der Entscheidung des BSG vom 24. Februar 1988 reichte eine mittelbare Beteiligung aus, wobei als Voraussetzung ~~der tatsächlich einmal erfolgte Einsatz von Haushaltsmitteln~~ gefordert wurde, um eine vom Gesetz nicht vorgesehene Ausdehnung der Zuständigkeit von Eigenunfallversicherungsträgern sowie Gemeindeunfallversicherungsverbänden und damit eine Verletzung des Zuständigkeitsvorbehaltes des damaligen § 646 Abs.1 RVO für die gewerblichen Berufsgenossenschaften zu verhindern.

Im Zusammenhang mit der Diskussion vor der Überleitung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung in das SGB VII mit dem UVNG vom 7. August 1996 wurde zum Teil gefordert, die gesetzliche Möglichkeit der Bezeichnung bzw. Übernahme ganz zu streichen (vgl. Ricke/Schulz, Berufsgenossenschaftliche Zuständigkeit für Unternehmen der öffentlichen Hand, in: NZS 1993, 533 ff.), zum Teil, dass die Notwendigkeit einer Bezeichnung zum Erhalt der bestehenden unfallversicherungsrechtlichen Zuständigkeit der öffentlichen Hand entfallen solle (vgl. Titze/von Farkas, Zuständigkeit der Gemeinden und Gemeindeunfallversicherungsverbände für kommunale Betriebe und für Beteiligungsunternehmen, in: NZS 1994, 246 ff.).

Der Gesetzgeber entschied sich für einen Mittelweg. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 125 Abs.3 SGB VII, der die Übernahme von Unternehmen durch den Bund regelt, ergibt sich, dass mit der Neuregelung gegenüber der Vorgängerregelung in der RVO, dem dortigen § 653 Abs.1 Nr.2, zusätzliche Kriterien aufgestellt werden sollten. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die geltende, weit gefasste Ermächtigung sich als problematisch herausgestellt habe, weil sie es ermögliche, von einer gesetzlich festgelegten Zuständigkeitsverteilung für ein privatrechtliches Unternehmen durch einen staatlichen Einzelakt abzuweichen, wobei die Ermächtigung lediglich an die Voraussetzung geknüpft sei, dass der Bund überwiegend am Kapital dieses Unternehmens beteiligt sei. Die Übernahme in die Zuständigkeit des Bundes führe nach geltendem Recht dazu,



das das Unternehmen von der Beitragszahlung zur Berufsgenossenschaft befreit, aber auch von der Umlage für das Konkursausfallgeld (§§ 186 b ff. AFG) und dem Gemeinlastverfahren (Art.3 UVNG )ausgenommen werde; die dadurch entstehende Mehrbelastung für vergleichbare Unternehmen trage, soweit diese erwerbswirtschaftlich betrieben werden, - zu Wettbewerbsverzerrungen bei. Bei Unternehmen mit einem Gefährdungspotenzial, auf dessen Beherrschung eine bestimmte Fachberufsgenossenschaft spezialisiert sei, könne die Übernahme auch die Unfallverhütung für die Versicherten des Unternehmens beeinträchtigen. Im Übrigen können sich im Leistungsrecht - durch unterschiedliche Satzungsinhalte - Verschlechterungen für die Versicherten ergeben. Andererseits könne, insbesondere bei zunehmender Privatisierung öffentlicher Aufgaben, eine sachliche Berechtigung für eine Übernahme eines Unternehmens zu den Unfallversicherungsträgern der öffentlichen Hand bestehen, wenn eine starke Nähe zum Staat vorliege, die sich z.B. aus der Art der Aufgabe oder einem wirtschaftlichen Zusammenhang bzw. ein Personalaustausch mit Regiebetrieben des Bundes ergeben könne. Die Vorschrift werde deshalb unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte neu gefasst. Ihr Ausnahmecharakter werde dadurch deutlich gemacht, dass die Übernahme eine überwiegende finanzielle Beteiligung des Bundes voraussetze (keine Übernahme bei Mischfinanzierung Bund, Länder, Gemeinden), dass die Übernahme nur möglich sei, wenn dem Bund durch das Gesellschaftsrecht oder entsprechende Vereinbarungen der ausschlaggebende Einfluss auf die Organe des Unternehmens zustehe und dass eine Übernahme nicht erfolgen solle, wenn das Unternehmen erwerbswirtschaftlich betrieben werde, d.h. vorrangig der Gewinnerzielung diene (BT-Drucks. 13/2204, S.105 f).

In den Beratungen konnte der Bundesrat sich nicht mit der Forderung durchsetzen, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben als Voraussetzung auf der Ermessenseite ausreichen zu lassen. Die Bundesregierung wandte ein, dass dadurch nicht die Übernahme erwerbswirtschaftlich betriebener Unternehmen mit einem öffentlichen Zweck verhindert werden könne. Der Bundesrat konnte sich hingegen mit der Forderung durchsetzen, das ursprünglich vorgesehene Wörtchen „und“ zwischen den Tatbestandsmerkmalen „überwiegende Beteiligung“ und „ausschlaggebender Einfluss auf die Organe“ durch das Wörtchen „oder“ zu ersetzen.

Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere der zum Ausdruck gekommenen Motive des Gesetzgebers und des schon vom Wortlaut her gegebenen Ausnahmecharakters der Übernahmevorschriften, die auch vom Gesetzgeber selbst und vom BSG betont wurden, hält die erkennende Kammer folgende Auslegung der Übernahmevorschrift des § 129 Abs. 3 SGB VII für geboten:



Die Tatbestandsmerkmale „überwiegende Beteiligung“ und „ausschlaggebender Einfluss auf die Organe“ stehen im Sinne echter Alternativität nebeneinander (ebenso: Waltermann, a.a.O.; nunmehr auch Rieke in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Loseblattausgabe, § 125 SGB VII Rdz. 5; a.A. u.a.: Graeff in: Hauck, SGB VII, Loseblattkommentar, K § 125 Rdz.20).

Hierfür spricht neben dem Wortlaut, der regelmäßig die Grenze der Auslegung bildet, dass der Gesetzgeber sich mit der Hereinnahme des Tatbestandsmerkmals „ausschlaggebender Einfluss“ von dem überkommenen Verständnis des Tatbestandsmerkmals „überwiegende Beteiligung“ gelöst hat, wonach letztere die überwiegende Kapitalbeteiligung an juristischen Personen des Privatrechts und den ausschlaggebenden Einfluss auf Organe einer juristischen Person des öffentlichen Rechts umfasste. Wenn diese beiden Begriffe nunmehr nebeneinander stehen, kann zwingenderweise nicht an der überkommenen Auslegung festgehalten werden.

Für die Annahme echter Alternativität spricht auch, dass beim Festhalten an der überkommenen Auffassung eingetragene Vereine – wie der Kläger - nicht übernommen werden könnten. Bei diesen handelt es sich um juristische Personen des Privatrechts, bei denen jedoch wegen ihres körperschaftlichen Charakters regelmäßig keine Kapitalbeteiligung erfolgt und daher auch keine überwiegende Beteiligung in diesem Sinne vorliegen kann. Es ist jedoch sachgerecht, in diesem Fall – wie auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts – auf den ausschlaggebenden Einfluss abzustellen. Es ist auch nicht überzeugend, eingetragene Vereine schon deshalb insgesamt von der Übernahmemöglichkeit ausnehmen zu wollen, weil diese von ihrem Charakter her schon auf ständige Veränderung angelegt seien. Es ist durchaus möglich, in der Satzung des Vereins der dahinter stehenden Gebietskörperschaft einen entsprechenden Einfluss einzuräumen, indem z.B. die Mitglieder des Vorstands zwingenderweise Behördenmitarbeiter sein müssen. Eine Änderung dieses Zustandes durch Änderung der Satzung ist selbstverständlich nie ausgeschlossen. Insoweit unterscheidet sich die Lage aber nicht von der überwiegenden Beteiligung an Kapitalgesellschaften, die sich ebenfalls jederzeit durch den Verkauf von Anteilen verändern kann. Dies hat den Gesetzgeber jedoch nicht davon abgehalten, hier eine Übernahme für zulässig zu erachten.

Im Gegensatz zur Auslegung des BSG zum alten Recht müssen nach Auffassung des Gerichts jedoch sowohl die überwiegende Beteiligung als auch der ausschlaggebende Einfluss unmittelbar,



d.h. nicht über zwischengeschaltete juristische Personen, bestehen (ebenso: Ricke, a.a.O., Rdz.5; Graeff, a.a.O.; a.A. u.a.: Waltermann, a.a.O.).

Hierfür spricht zum einen der Wortlaut, der in § 125 Abs.3 SGB VII allein auf den Bund, in den entsprechenden Vorschriften des § 128 Abs.4 SGB VII auf das Land allein oder zusammen mit Gemeinden oder Gemeindeverbänden und in § 129 Abs.3 SGB VII auf Gemeinden oder Gemeindeverbände allein oder zusammen mit dem Land abstellt.

Auch insoweit ist wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses eine enge Auslegung geboten.

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber neben der überwiegenden Kapitalbeteiligung an juristischen Personen des Privatrechts nunmehr auch noch einen unmittelbaren Einfluss auf die Organe ursprünglich kumulativ fordern wollte, zeigt neben der grundsätzlich vom Gesetzgeber aufgezeigten Motivation der Verschärfung der Voraussetzungen für eine Übernahme gegenüber dem alten Bezeichnungsverfahren, dass als Tatbestandsvoraussetzung eine noch stärkere Verflechtung zwischen Unternehmen und Gebietskörperschaft gefordert werden sollte als nach altem Recht. Anders wäre es nicht zu erklären, dass neben der überwiegenden Kapitalbeteiligung, die regelmäßig eine Mehrheit z.B. bei der GmbH in einer Gesellschafterversammlung mit sich bringt, auch noch ein ausschlaggebender Einfluss gefordert werden sollte.

Sinn und Zweck der Einführung der Vorschriften zum Bezeichnungsverfahren und nunmehr zur Übernahme waren und sind auch die Herstellung von Rechtssicherheit bei der Beurteilung des zuständigen Versicherungsträgers für die Durchführung vor allem der Präventionsarbeit und der Beitragserhebung, aber auch im Interesse der Versicherten, auf deren Leistungen z.B. unterschiedliche Satzungsinhalte zum Höchstjahresarbeitsverdienst Einfluss haben können. Diese Rechtssicherheit ist gefährdet durch die erschwerte Feststellung einer Beteiligung bzw. eines Einflusses, wenn diese bzw. dieser allenfalls über mehrere Zwischenstationen bestehen kann.

Außerdem verstärkt jede Zwischenstation in Gestalt selbstständiger Körperschaften – und nur diese können gemeint sein – die Gefahr, dass die Verflechtung bzw. der Einfluss nicht in der Form realisiert werden können, wie es von der Gebietskörperschaft beabsichtigt ist. Imperative Mandate gibt es nicht. Jede selbstständige Körperschaft macht einen eigenen Entscheidungsprozess im Lichte der eigenen Unternehmensinteressen durch, bevor sie dann ihren – wie auch immer gearteten – Einfluss auf das in der Kette nächste Unternehmen geltend macht.



Die Regelungen der §§ 136 und 137 SGB VII zeigen, dass eine ständige Überprüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen noch vorliegen, zum einen nicht gewollt ist und zum anderen möglichst einfach gehalten werden soll, weil die Zuständigkeit auf Dauer angelegt und auch leicht feststellbar sein soll. Zuständigkeitswechsel sind regelmäßig erst mit Beginn des Folgejahres nach dem Eintritt von Änderungen möglich. Auch dies spricht gegen die Zulassung einer mittelbaren Beteiligung bzw. eines mittelbaren Einflusses. In diesen Fällen wären ständig die Beteiligungsverhältnisse bzw. Verflechtungen jeder Art für jedes Glied der Unternehmenskette notwendig.

Auch die Auslegung des Begriffs Erwerbswirtschaftlichkeit ist nach Auffassung der Kammer enger vorzunehmen; als es die wohl herrschende Meinung tut, die sich auf die in den Gesetzesmaterialien in einem Nebensatz vorhandene Definition des Gesetzgebers, die ihre Entsprechung im Kommunalwirtschaftsrecht findet, bezieht, wonach ein Unternehmen erwerbswirtschaftlich betrieben wird, wenn es ausschließlich oder vorrangig der Gewinnerzielung dient.

Der Begriff ist vielmehr im unfallversicherungsrechtlichen Sinn vor dem Hintergrund des Zwecks der gesetzlichen Regelung und der zum Ausdruck gekommenen Motive des Gesetzgebers, diese zu schaffen, dahingehend auszulegen, dass ein Unternehmen erwerbswirtschaftlich betrieben wird, wenn es im Wettbewerb mit Privaten steht oder stehen kann und wesentlich der Gewinnerzielung dient, d.h. die Gewinnerzielung mehr als nur ein unbeabsichtigter Nebeneffekt ist.

Ein Abstellen allein auf das Stehen im Wettbewerb bzw. die Möglichkeit dazu, wie es das Sozialgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 10. September 2002, Az.: S 18 U 3/00, oder auch Heintzen (Unfallversicherungstarife für den schlanken Staat, in: NZS 1999, 209 ff.) ausreichen lassen, ist hingegen mit dem Wortlaut des Gesetzes und dessen Zielsetzung nicht vereinbar.

Ein Abstellen allein auf die Möglichkeit des Wettbewerbs würde unter Umständen den Begriff „wirtschaftlich“ ausfüllen. Erwerbswirtschaftlichkeit ist dagegen schon nach dem Wortsinn mehr. Ein erwerbswirtschaftlich betriebenes Unternehmen ist (u.a.) auf den Erwerb, sprich Gewinn, ausgerichtet. Wollte man allein auf die Möglichkeit des Entstehens von Wettbewerb abstellen, wäre in praktisch jedem Fall der Verselbstständigung eines Unternehmens Erwerbswirtschaftlichkeit gegeben, weil nahezu jede staatliche Tätigkeit, die überhaupt in



selbstständiger Rechtsform durchgeführt werden kann, auch von Privaten durchgeführt werden könnte. Dies ist jedoch ausdrücklich vom Gesetzgeber so nicht gewollt und würde praktisch keinen Anwendungsbereich für die Übernahmevorschriften mehr belassen.

Andererseits würde die Auslegung, die auf eine ausschließliche oder vorrangige Gewinnerzielungsabsicht abstellt, wie es der Gesetzgeber selbst formuliert hat, Erwerbswirtschaftlichkeit in praktisch jedem Fall ausschließen, denn erwerbswirtschaftliches Handeln in diesem Sinne ist den Gemeinden nach den Kommunalgesetzen und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, NJW 1982, 2173, 2175) nicht gestattet und kann eigentlich nur von Unternehmen ausgeübt werden, die rechtswidrig bestehen oder bereits vor Schaffung des Grundgesetzes bestanden. Grundsätzlich ist rein erwerbswirtschaftlich-fiskalisches Handeln den Gemeinden untersagt. Ein dringender öffentlicher Zweck muss dem Handeln zu Grunde liegen. Den öffentlichen Zweck allein wollte der Gesetzgeber bei den Übernahmevorschriften – entgegen dem Vorschlag des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren – jedoch ausdrücklich nicht als Abgrenzungskriterium ausreichen lassen, weil damit die Übernahme erwerbswirtschaftlich betriebener Unternehmen nicht ausgeschlossen sei. Daraus ist zu schließen, dass dem Gesetzgeber beim Begriff Erwerbswirtschaftlichkeit etwas Anderes vorschwebte als dessen Verständnis im Kommunalwirtschaftsrecht nahe legt.

Würde man die vom Gesetzgeber genannte Definition zu Grunde legen, würde – nur mit umgekehrten Vorzeichen – praktisch kein Anwendungsbereich für die Übernahmevorschriften mehr verbleiben, da in nahezu jedem Fall Erwerbswirtschaftlichkeit nicht festgestellt werden könnte.

~~Dies war offensichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt, der die Voraussetzungen der Übernahme~~  
bzw. Bezeichnung gerade verengen und nicht ausweiten wollte, um insbesondere in den Zeiten der zunehmenden Privatisierung von Aufgaben der öffentlichen Hand Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Demnach ist davon auszugehen, dass die vom Gesetzgeber in den Motiven in einem Nebensatz erwähnte Definition der Erwerbswirtschaftlichkeit nicht gemeint gewesen sein kann.

Bei der durch die Verwaltung und die Gerichte vorzunehmenden Auslegung verbleibt zu berücksichtigen, dass zum einen Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Privaten vermieden werden



sollen und dass zum anderen nur die Unternehmen als erwerbswirtschaftlich gelten können, die auch tatsächlich auf Erwerb abzielen.

Von daher erscheint es allein sachgerecht, auf eine wesentliche Gewinnerzielungsabsicht abzustellen, die sich aus den tatsächlichen Umständen oder der Verfassung der jeweiligen juristischen Person ergeben kann. Dabei ist Wesentlichkeit anzunehmen, wenn die Gewinnerzielung mehr als ein bloß unbeabsichtigter Nebeneffekt ist. Die Erzielung von Gewinn muss angestrebt werden.

Dabei liegt Erwerbswirtschaftlichkeit auch dann vor, wenn neben der wesentlichen Gewinnerzielungsabsicht ein wesentlicher Zweck die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist. Die Gewinnerzielungsabsicht muss nicht ausschließlich oder vorrangig bestehen, was im Zweifel im Verhältnis zu einem öffentlichen Zweck nie festgestellt werden könnte.

Bei der von der Kammer für richtig befundenen Auslegung des Begriffs Erwerbswirtschaftlichkeit im unfallversicherungsrechtlichen Sinn bleibt Raum für eine sachgerechte Abgrenzung, wie sie dem Gesetzgeber offensichtlich vorschwebte, die weder die gesetzliche Regelzuständigkeit der gewerblichen Berufsgenossenschaften unterlaufen würde noch zu einer allzu starken Verschiebung von Unternehmen der öffentlichen Hand in den Bereich der gewerblichen Berufsgenossenschaften führen würde.

Schließlich ist die Kammer der Auffassung, dass mit der Schaffung der Ermessensbestimmung („kann“) kein freies Ermessen eröffnet wurde, sondern das Ermessen im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzes auszuüben ist. Dabei können nach der ausdrücklichen Angabe in der ~~Gesetzesbegründung~~ Umstände, die eine starke Nähe zum Staat zeigen, Berücksichtigung finden wie z.B. der Personalaustausch mit Regiebetrieben. Vor dem Hintergrund der Zielsetzung des SGB VII, die im dortigen § 1 Ausdruck findet, ist auch ein Abwägen der Fähigkeit zu einer optimalen Gefahrenprophylaxe ein ermessensrelevanter Gesichtspunkt. Gleiches kann z.B. auch bei bereits vorhandenen Strukturen in der Präventionsarbeit durch bereits erfolgte langjährige Betreuung durch einen Unfallversicherungsträger gegeben sein. Eine bloße insbesondere wirtschaftliche Verflechtung kann jedoch nicht ermessensrelevant sein, weil diese bereits Tatbestandsvoraussetzung ist.



Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der angegriffene Bescheid der Beklagten im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Anders, als die Beklagte – wie auch der Kläger und die Beigeladenen zu 1) – meint, liegen schon die Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 Absatz 4 SGB VII nicht vor.

Die Förderung des Klägers zu mehr als 50 % durch die Beklagte stellt keine überwiegende Beteiligung im Sinne des § 128 Absatz 4 SGB VII dar. Eine jedes Jahr neue festzusetzende Bezuschussung stellt schon nach dem möglichen Wortsinn, der regelmäßig die Grenze der Auslegung bildet, keine Beteiligung dar. Im Übrigen macht eine Bezuschussung eines Unternehmens aus diesem noch kein Unternehmen, das für Rechnung der öffentlichen Hand betrieben wird, wie es jedoch § 128 Absatz 4 SGB VII voraussetzt. Die Abhängigkeit von der Förderung bedeutet in der Praxis nur, dass bei einer Unternehmensführung unabhängig davon, ob Entscheidungen entsprechend der Vorgaben der öffentlichen Hand getroffen werden oder nicht, ein ständiges Risiko besteht, dass Zuschüsse gekürzt oder gestrichen werden. Das ändert jedoch nichts einer tatsächlichen und rechtlichen Unabhängigkeit bei der Unternehmensführung selbst.

Entgegen der Ansicht der Beklagten, des Klägers sowie der Beigeladenen zu 1) liegt auch kein ausschlaggebender Einfluss der öffentlichen Hand im Sinne des § 128 Absatz 4 SGB VII auf den Kläger vor. Selbst, wenn der Vortrag des Klägers richtig sein sollte, dass der erste und zweite Vorsitzende sowie ein Teil der Beisitzer aus der Behörde für Soziales und Familie der Beklagten seien und mit Wissen der Behörde dort tätig seien, läge daran kein Einfluss der öffentlichen Hand in dem Sinne, dass der Kläger als für Rechnung der öffentlichen Hand betrieben angesehen werden könnte. Der Kläger selbst räumt ein, dass die Behördenmitarbeiter in einer "Mischform" ~~aus Auftragshandeln und Privatinitiative tätig werden. Eine Freistellung erfolgt ebenso wenig wie~~ eine verbindliche Weisung an die Mitarbeiter. Eine entsprechende Beschickung der Organe des Klägers ist in der Satzung in keiner Weise vorgesehen. Es ist vielmehr so, dass jede natürliche Person Mitglied werden kann, sodass jederzeit behördenfremde Mitglieder des Klägers dessen Geschicke bestimmen können, wenn sie nur in der Mitgliederversammlung die Mehrheit haben und damit dann auch den Vorstand bestimmen können. Die Gewährleistung eines ausschlaggebenden Einflusses durch die öffentliche Hand ist in keinem Fall gegeben.

Aber selbst, wenn man die Tatbestandsvoraussetzungen bejahen wollte, wäre die ablehnende Entscheidung der Beklagten rechtlich nicht zu beanstanden.



Zwar ist der Kläger, wie die Beklagte im Gegensatz zur Auffassung der Beigeladenen zu 2) zu Recht ausgeführt hat, nicht erwerbswirtschaftlich tätig. Dies ergibt sich bereits daraus, dass er nach seiner Satzung gemeinnützig tätig ist und etwaige Gewinne zweckgebunden beim Kläger wieder eingesetzt werden müssen. Es besteht nicht nur keine wesentliche Gewinnerzielungsabsicht, sondern gar keine.

Die Beklagte hat sich jedoch zu Recht in ihren Ermessenserwägungen darauf gestützt, dass die Beigeladene zu 2) den Kläger bereits seit Anfang 1983 in ihrer Zuständigkeit betreut, sodass angesichts der Tatsache, dass nicht festgestellt werden kann, dass der Beigeladene zu 1) eine wesentlich bessere Prävention zu leisten im Stande wäre als die Beigeladene zu 2), keine besonderen Gründe dafür vorliegen, entgegen gegen der gesetzlichen Regel-Ausnahme-Konzeption von der sachlichen Zuständigkeit der Fachberufsgenossenschaft abzuweichen.

Auch das erstmalige Vorbringen des Klägers im gerichtlichen Verfahren, wonach in der Vergangenheit erhebliche Mängel und Versäumnisse bei der Betreuung durch die Beigeladene zu 2) aufgetreten seien, ist nicht geeignet, die Versagung der Übernahme rechtswidrig erscheinen zu lassen. Zum Einen ist mit der Beklagten darauf hinzuweisen, dass für den Fall, dass die erhobenen Vorwürfe richtig sein sollten, der Kläger zunächst gehalten wäre, sich an die Beigeladene zu 2) zu halten, um die behaupteten Missstände eventuell abzubauen. Zum Anderen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die erhobenen Vorwürfe den Realitäten entsprechend. Dagegen spricht zum Einen, dass bei der Beigeladenen zu 2) entsprechende Vorwürfe mit Ausnahme eines Vorfalls vor zehn Jahren, der ausgeräumt werden konnte, nicht aktenkundig sind. Es ist davon auszugehen, dass erhebliche Mängel und Versäumnisse bei der Betreuung gegenüber dem Unfallversicherungsträger in angemessener Form geltend gemacht werden, was hier offensichtlich nicht geschehen ist. ~~Zum Anderen wird in einem Aktenvermerk der Beigeladenen zu 1) vom 17. Januar 2002 über ein Telefonat mit Herrn~~ bei dem es sich nach Auskunft des Geschäftsführers des Klägers um eine externe Fachkraft für Arbeitssicherheit handelt, die den Kläger sehr gut und eng begleitet, jener mit der Aussage wiedergegeben, dass er die Präventionsarbeit der Beigeladenen zu 1) und der Beigeladenen zu 2) bezogen auf den Kläger bislang grundsätzlich gleich einschätze. Er habe die Übernahme nur wegen der finanziellen Seite, nicht wegen womöglich unzulänglicher Präventionsarbeit seitens der Beigeladenen zu 2) zur Sprache gebracht.



Nach alledem kann dahingestellt bleiben, ob hier - wie der Kläger zur Begründung seines Hauptantrags meint - eine Ermessensreduzierung auf Null auf Grund eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und eines Versäumnisses der Beklagten, von Amts wegen frühzeitig tätig zu werden, überhaupt denkbar ist. Da weder die Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 Absatz 4 SGB VII vorliegen noch der angefochtene Bescheid, mit dem die Übernahme abgelehnt worden ist, selbst bei Unterstellung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen aus rechtlicher Sicht zu beanstanden wäre, konnte die Klage weder mit Haupt- noch mit Hilfsantrag Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a SGG i.V.m. §§ 154 Abs. 1 und 3, 162 Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und entspricht dem Ausgang des Rechtsstreits. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2) waren der Klägerin der sich dem Klageantrag anschließenden Beigeladenen zu 1) aus Billigkeit ebenfalls aufzuerlegen. Die Beigeladene zu 2) hat im Klageverfahren einen erfolgreichen Antrag gestellt.