# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 13. September 2001 [1]

1. Das Tribunale Vicenza hat den Gerichtshof um eine Entscheidung darüber ersucht, ob eine Einrichtung wie das italienische Istituto Nazionale per L'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (Staatliche Unfallversicherungsanstalt, im Folgenden: INAIL), die das staatliche System der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten verwaltet, ein Unternehmen darstellt und damit die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln anwendbar sind. Für den Fall, dass dies zutrifft, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob unter Gegebenheiten wie denen in Italien die Pflichtmitgliedschaft von Handwerkern im INAIL diese Regeln, insbesondere die Artikel 86 EG und 82 EG, verletzen.

2. Der vorliegende Fall betrifft zum ersten Mal das Verhältnis zwischen den Wettbewerbsregeln und einem staatlichen System der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten. Die aufgeworfenen Fragen ähneln nichtsdestoweniger denen in den Rechtssachen Poucet [2], FFSA [3], Albany, Drijvende Bokken, Brentjes [4] und Pavlov [5], die hauptsächlich Systeme der Altersversicherung betrafen. Im Mittelpunkt steht im Wesentlichen die Frage, ob das System, obgleich eine gesetzliche Versicherung, grundlegende Merkmale eines privaten Versicherungssystems aufweist und deshalb den Wettbewerbsregeln unterliegt oder aber ob es sich von den privaten Systemen grundsätzlich unterscheidet, insbesondere weil es vorwiegend durch soziale Solidarität gekennzeichnet ist, und somit diesen Regeln nicht unterliegt.

## Nationaler Hintergrund

### *Ursprünge des gegenwärtigen Systems*

3. Das italienische System der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten reicht bis in das letzte Viertel des 19. Jahrhunderts zurück. Damals konnte sich die wachsende Anzahl der Opfer von Industrieunfällen (oder ihre Erben im Falle eines tödlichen Unfalls) nur auf die allgemeinen Vorschriften über die zivilrechtliche Haftung berufen. Sie konn-

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Urteil vom 17. Februar 1993 in den Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Slg. 1993, I-637).

3 — Urteil vom 16. November 1995 in der Rechtssache C-244/94 (Slg. 1995, I-4013).

4 — Urteile vom 21. September 1999 in den Rechtssachen C-67/96 (Albany, Slg. 1999, I-5751), C-115/97 bis C-117/97 (Brentjes, Slg. 1999, I-6025) und C-219/97 (Drijvende Bokken, Slg. 1999, I-6121).

5 — Urteil vom 12. September 2000 in den Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98 (Slg. 2000, I-6451).

ten daher nur dann von dem Arbeitgeber Schadensersatz erlangen, wenn ihm ein Verschulden nachgewiesen werden konnte. Viele Arbeitsunfälle waren jedoch Folge höherer Gewalt oder beruhten sogar auf Fahrlässigkeit der Opfer und konnten daher keine Schadensersatzansprüche begründen. Aber selbst wenn der Unfall Folge einer Fahrlässigkeit des Arbeitsgebers war, konnten die Opfer dies oft nur sehr schwer beweisen, oder sie sahen von einer Klage ab, um ihren Arbeitsplatz nicht zu gefährden.

4. Angesichts dieser Lage wurde es allgemein als notwendig empfunden, den Arbeitern und ihren Familien einen besseren sozialen Schutz gegen die negativen wirtschaftlichen Folgen von Verletzungen zu verschaffen, die durch gefahrenträchtige manuelle Arbeiten verursacht wurden oder mit diesen zusammenhingen. Man meinte auch, dass das Risiko eines Arbeitsunfalls (Berufsrisiko) grundsätzlich vom Arbeitgeber getragen werden sollte, dem die Vorteile der gefahrenträchtigen Arbeit zugute kamen.

5. Es wurde jedoch schnell deutlich, dass bloße Modifizierungen der Vorschriften über die zivilrechtliche Haftung — z. B. die Umkehr der Beweislast, eine besondere Regelung der vertraglichen Haftung oder ein System verschuldensunabhängiger Haftung — einerseits die Opfer, die den Unfall durch ihre eigene Fahrlässigkeit verursacht hatten, nur unzureichend schützten und andererseits in einigen Fällen die Arbeitgeber zu sehr belasteten.

6. Zur Lösung dieser Schwierigkeiten entschied man sich schließlich für ein System der Versicherung gegen Arbeitsunfälle, das ausschließlich von den Arbeitgebern finanziert wurde, die ihrerseits dafür von ihrer zivilrechtlichen Haftung befreit wurden. Dieses System stellte für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer einen Kompromiss dar, da

— die Arbeitnehmer keinen vollständigen Ausgleich ihrer sämtlichen durch einen Unfall verursachten Schäden erhielten, dafür jedoch eine auf ihre Einkünfte vor dem Unfall bezogene Versicherungsleistung selbst dann erhielten, wenn sie ihren Unfall selbst verursacht hatten, und

— die Arbeitgeber Versicherungsprämien sogar für die Risiken eines vom Opfer selbst verschuldeten Unfalls zahlen mussten, dafür aber von ihrer zivilrechtlichen Haftung und somit von der Verpflichtung befreit wurden, vollständig Ersatz zu leisten, wenn ihr Verschulden festgestellt wurde. [6]

6 — Für eine detaillierte Beschreibung des historischen Hintergrundes und des gegenwärtigen Systems siehe F. De Compardi, P. Gualtierotti, *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, diritto e procedura*, 2. Aufl., Giuffré Verlag, Mailand 1999, S. 3 bis 14.

7. Die Versicherung war ursprünglich freiwillig, wurde jedoch im Jahre 1898 obligatorisch. [7] Den Arbeitgebern blieb danach noch die freie Wahl des Versicherers. Im Jahre 1933 verlieh der Gesetzgeber dem INAIL das ausschließliche Recht zur Verwaltung des Versicherungssystems. [8]

*Das gegenwärtige System der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten und die Rolle des INAIL*

8. Heute haben Arbeitnehmer (lavoratori) nach Artikel 38 der italienischen Verfassung Anspruch darauf, dass für sie Mittel vorgesehen und gewährleistet werden, die ihrem Lebensbedarf im Falle u. a. eines Unfalls (infortunio) oder einer Krankheit (malattia) angemessen sind. Nach dem vierten Absatz dieses Artikels sind diese und ähnliche Aufgaben von Einrichtungen und Institutionen durchzuführen, die vom Staat errichtet oder integriert werden. Gemäß dem fünften Absatz ist die private Unterstützung frei.

9. Die meisten der detaillierten gesetzlichen Vorschriften über die Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten finden sich im Dekret Nr. 1124 des Präsidenten der Republik vom 30. Juni 1965, dem *Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* (Kodifizierte Fassung der Vorschriften über die Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten) [9], in seiner geänderten Fassung, das ich im Folgenden als *Testo unico* oder *T.U.* bezeichne. Wichtige neue Vorschriften sind durch das Gesetzesdekret Nr. 38 vom 23. Februar 2000 eingeführt worden. Das Ausgangsverfahren betrifft jedoch die Zeit vor dem Inkrafttreten dieser neuen Vorschriften, und ich werde sie daher nicht berücksichtigen.

10. Der *Testo unico* unterscheidet zwischen dem gewerblichen Sektor (Artikel 1 bis 204) und dem landwirtschaftlichen Sektor (Artikel 205 bis 290), der Gegenstand eines besonderen Systems ist. Für den gewerblichen Sektor — der im vorliegenden Fall in Rede steht — schreibt Artikel 1 des *T.U.* eine Pflichtversicherung für alle vor, die Tätigkeiten ausüben, die nach dem Gesetz als gefahrenträchtig gelten (z. B. Tätigkeiten, bei denen Maschinen eingesetzt werden). Nach Artikel 4 Absatz 3 gehören Handwerker (artigiani), die gewöhnlich eine manuelle Tätigkeit in dem betreffenden Betrieb ausüben, zu dem von der Versicherung erfassten Personenkreis. Nach Artikel 9 müssen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer, Gesellschaften ihre Gesellschafter und selbstständige Handwerker sich selbst versichern, wenn sie eine der in Artikel 1 genannten gefahrenträchtigen Tätigkeiten ausüben und die zu versichernde Person in Artikel 4 aufgeführt ist.

7 — Gesetz Nr. 80 vom 17. März 1898.

8 — Königlicher Erlass Nr. 264 vom 23. März 1933, der in das Gesetz Nr. 860 vom 29. Juni 1933 umgewandelt wurde. Zu dieser Zeit hieß das INAIL INFAIL.

9 — GURI vom 13. Oktober 1965, Nr. 257, supplemento ordinario.

11. Nach Artikel 126 des *T.U.* wird das System der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten im gewerblichen Sektor vom INAIL verwaltet. [10]

12. Das INAIL ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit und betrieblicher Autonomie. [11] Ihm stehen besondere Befugnisse zu, um festzustellen, ob Arbeitgeber ihre Verpflichtungen erfüllen und ob Opfer von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten die vorgeschriebene Behandlung durchführen. [12] Das INAIL verwaltet dabei nicht nur das Versicherungssystem, sondern übt auch andere Tätigkeiten aus, wie etwa Unfallverhütung (z. B. durch Informationsveranstaltungen), die Unterhaltung spezialisierter Datenbanken über Arbeitsunfälle, mehrere Initiativen zur Rehabilitation und Wiedereingliederung von Opfern (z. B. durch ein Prothesen-Zentrum und ein Netzwerk von Zentren für Rehabilitation und Mobilität) sowie soziale Betreuung. Gemäß Artikel 55 des Gesetzes Nr. 88 vom 9. März 1989 über die „Umstrukturierung" des INAIL [13] ist dieses eine öffentliche Einrichtung für Leistungen der Daseinsvorsorge und untersteht der Aufsicht des Ministeriums für Arbeit und Soziale Sicherheit. Nach diesem Gesetz muss das INAIL die ihm zugewiesenen Aufgaben nach Gesichtspunkten der „Wirtschaftlichkeit und des unternehmerischen Handelns" (criteri di economicità e di imprenditorialità) wahrnehmen, indem es seine Organisation autonom den Erfordernissen einer effizienten und schnellen Beitragserhebung und Leistungsgewährung anpasst und sein bewegliches Vermögen und das Anlagevermögen so verwaltet, dass angemessene finanzielle Erträge gewährleistet sind. Die gleichen Ziele muss die Regierung bei ihrer Kontrolle und Aufsicht über das INAIL verfolgen.

*Versicherungsleistungen*

13. Das INAIL erbringt nach der Versicherungsregelung für den gewerblichen Sektor hauptsächlich folgende finanzielle Leistungen:

— ein Tagegeld bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit;

— eine monatliche Rente bei dauernder Arbeitsunfähigkeit;

— eine monatliche Rente für Hinterbliebene und einen Pauschalbetrag für die Bestattungskosten im Todesfall.

10 — Nach Artikel 127 des *Testo unico* sind einige wenige Gruppen von Arbeitnehmern im gewerblichen Sektor (z. B. Arbeitnehmer des staatlichen Eisenbahnunternehmens) von anderen Einrichtungen zu versichern, die in ihrem Bereich ebenfalls ein gesetzliches Monopol innehaben. Nach Artikel 256 des *Testo unico* sind in der Landwirtschaft tätige Personen durch das INAIL zu versichern.

11 — Artikel 1 des Königlichen Erlasses Nr. 1280 vom 28. September 1933 (GURI vom 13. Oktober 1933, Nr. 239).

12 — Das INAIL verweist insoweit auf die Artikel 21, 26, 95, 106 und 138 des *T.U.*

13 — GURI Nr. 60 vom 13. März 1989, supplemento ordinario.

14. Der Anspruch auf Tagegeld wird im Fall eines Unfalls oder einer Krankheit gewährt, wenn diese zu einer Arbeitsunterbrechung von mehr als drei Tagen führen. Das Tagegeld wird ab dem vierten Tag nach dem Unfall oder dem Auftreten der Krankheit bis zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit gezahlt. In den ersten 90 Tagen beträgt es 60 % und danach 75 % des durchschnittlichen täglichen Einkommens während der 15 Tage vor der Arbeitsunterbrechung.

15. Der Betrag der monatlichen Rente im Fall einer dauernden Arbeitsunfähigkeit beläuft sich auf einen bestimmten Prozentsatz des Einkommens in den zwölf Monaten vor der Beendigung der letzten Tätigkeit. Dieser Prozentsatz bemisst sich nach dem Grad der dauernden Arbeitsunfähigkeit und einem weiteren im *T.U.* festgelegten Faktor. Bezüglich des Einkommens in den zwölf Monaten vor der Beendigung der letzten Tätigkeit werden nach Artikel 116 Absatz 3 des *T.U.* nur Einkommen zwischen einem bestimmten Höchst- und Mindestbetrag berücksichtigt. Der Höchstbetrag entspricht dem um 30 % erhöhten Betrag des durch Ministerialverordnung festgelegten nationalen Durchschnittsarbeitsentgelts und der Mindestbetrag dem um 30 % verringerten Betrag des gleichen Durchschnittsentgelts. Im Jahre 1999 hat die betreffende Ministerialverordnung den Höchst- und Mindestbetrag des zu berücksichtigenden jährlichen Einkommens beispielsweise auf 19 850,00 Euro bzw. 10 690,00 Euro festgelegt.

16. Die Höhe der Rente für Hinterbliebene beläuft sich auf einen bestimmten Prozentsatz (z. B. 50 % für den hinterbliebenen Ehegatten) des Einkommens des Opfers vor dem Unfall oder der Krankheit. Dieses Einkommen ist nach denselben im vorausgegangenen Absatz beschriebenen Grundsätzen zu bestimmen.

17. Die Höhe dieser drei Leistungen wird regelmäßig entsprechend den Erhöhungen der Durchschnittseinkommen angepasst.

18. Gemäß dem Grundsatz der automatischen Leistungsgewährung (Artikel 67 des *T.U.*) ist der Versicherungsschutz für die betreffende Person selbst dann gewährleistet, wenn der Arbeitgeber seine Verpflichtungen zur Anzeige des betreffenden Arbeitsverhältnisses und/oder zur Zahlung der Versicherungsbeiträge nicht erfüllt hat. Es scheint, dass nach dem im Jahre 1997 erlassenen Gesetz die automatische Gewährung der Leistungen für Selbstständige ab dem 1. Januar 1998 im Grundsatz nicht mehr besteht. Da das Ausgangsverfahren die Zeit vor der Gesetzesänderung betrifft, werde ich diese Änderung unberücksichtigt lassen.

*Versicherungsbeiträge*

19. Versicherungsleistungen werden durch Beiträge der Arbeitgeber oder der von der Pflichtversicherung erfassten Selbstständigen finanziert.

20. Das System für den landwirtschaftlichen Sektor funktioniert nach dem Umverteilungsverfahren: In jedem Jahr werden vom INAIL die Beiträge erhoben, die zur Deckung der für das laufende Jahr erwarteten Ausgaben (Tagegeld, Renten) erforderlich sind (Artikel 262 des *T.U.*). Die fälligen Beiträge werden durch Ministerialverordnung festgelegt (Artikel 257 des *T.U.*). Für den Fall eines erheblichen Defizits ist die Finanzierung durch den Staat gewährleistet (Artikel 263 des *T.U.*).

21. Für den gewerblichen Sektor sieht Artikel 39 Absatz 2 des *T.U.* das System einer so genannten Aufteilung des Deckungskapitals (ripartizione die capitale di copertura) vor: Die Beiträge werden für jedes Jahr so festgesetzt, dass sie die voraussichtlichen Ausgaben für die in diesem Jahr eintretenden Unfälle decken, was sowohl die Leistungen von kurzer Dauer als auch den Kapitalwert der langfristigen Renten mit einschließt, die im Zusammenhang mit diesen Unfällen zu zahlen sind. Für die Berechnung des Kapitalwerts der Renten muss das INAIL dem zuständigen Minister versicherungsmathematische Tabellen zur Genehmigung vorlegen (Artikel 39 Absatz 1 des *T.U.*). Die Rücklagen zur Deckung der Kapitalwerte der zukünftigen Renten bilden eine technische Reserve. Diese Reserve muss vom INAI so verwaltet werden, dass die zur Finanzierung der Renten und Tagegelder erforderlichen Erträge ohne eine Gefährdung der Stabilität dieser Rücklagen erzielt werden. Es ist nicht deutlich, ob die regelmäßigen Anpassungen der Versicherungsleistungen entsprechend der Erhöhung der Durchschnittseinkommen [14] im Wesentlichen durch Gewinne aus der Anlage der technischen Reserve [15] oder durch Erhöhung der gegenwärtigen Beiträge [16] finanziert werden. Wahrscheinlich werden diese Anpassungen durch eine Kombination beider Einnahmequellen finanziert. [17]

22. Nach Artikel 41 des *T.U.* werden die Beiträge der Arbeitnehmer nach einem bestimmten Prozentsatz ihres Arbeitsentgelts berechnet. [18] Dieser Prozentsatz (tasso) ist abhängig von dem durchschnittlichen Risiko der Tätigkeit des Unternehmens, für das sie arbeiten. Der so bestimmte Prozentsatz kann für einzelne Unternehmen abgeändert werden (tasso specifico aziendale), wenn diese nachweisen können, dass das Risiko ihrer Tätigkeiten aufgrund z. B. von Sicherheitsmaßnahmen unter dem landesweiten Durchschnitt liegt.

23. Die Berechnung der Versicherungsbeiträge für selbstständige Handwerker ist in Artikel 42 des *T.U.* sowie für den das Ausgangsverfahren betreffenden Zeitraum in einer Ministerialverordnung vom 21. Juni 1988 geregelt [19]. Die Tätigkeiten selbstständiger Handwerker sind in 10 verschiedene Risikoklassen eingeteilt. Für jede Risikoklasse werden besondere einheitliche Beiträge (premi speciali unitari) erhoben.

14 — Siehe oben Nr. 17.

15 — F. De Compardi, P. Gualtierotti, zitiert in Fußnote 6, S. 54.

16 — Dies scheint die Ansicht der italienischen Regierung und des INAIL in ihren jeweiligen Stellungnahmen zu sein.

17 — Siehe Achille D'Arenzo, *Particolarità e caratteristiche delle modalità di finanziamento nell' assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, 1997, I, 631.

18 — Die detaillierte Regelung ist in der Ministerialverordnung vom 18. Juni 1988 (GURI vom 30. Juni 1988, Nr. 152, supplemento ordinario) enthalten.

19 — GURI vom 29. Juni 1988, Nr. 151.

Diese einheitlichen Beiträge bestimmen sich nach dem theoretischen Risiko der betreffenden Tätigkeit und dem von dem betreffenden Handwerker erklärten Einkommen.

24. Aus dem *T.U.* und den dem Gerichtshof vorliegenden Dokumenten ergibt sich offensichtlich, dass für die Beitragsberechnung sämtliche Einkünfte berücksichtigt werden, die den gesetzlichen Mindestlohn übersteigen.

25. Nach den Artikeln 41 und 42 des *T.U.* wird die Höhe der Versicherungsbeiträge sowohl für Arbeitnehmer als auch für selbstständige Handwerker durch Ministerialverordnung auf der Grundlage eines Beschlusses (delibera) des INAIL genehmigt (approvato). Das INAIL hat dem Gerichtshof ein Schreiben des zuständigen Ministers aus dem Jahre 1981 vorgelegt, in dem dieser die Genehmigung des Beschlusses des INAIL über neue besondere einheitliche Beiträge für Handwerker ablehnte und das INAIL aufforderte, die vorgeschlagenen Sätze im Hinblick auf die erforderlichen Anpassungen zu überdenken.

*Einige Zahlen aus den Statistiken*

26. Das INAIL gab nach den von ihm veröffentlichten Statistiken [20] 1999 rund 3 500 Millionen Euro für Renten in Fällen dauernder Arbeitsunfähigkeit, rund 1 000 Millionen Euro für Hinterbliebenenrenten und rund 500 Millionen Euro für Tagegelder in Fällen vorübergehender vollständiger Arbeitsunfähigkeit aus. Für das Jahr 2001 erwartet [21] das INAIL Einnahmen aus Versicherungsbeiträgen von rund 6 175 Millionen Euro, Ausgaben für Versicherungsleistungen von 5 410 Millionen Euro, Ausgaben für andere Maßnahmen (Unfallverhütung, Gesundheitsfürsorge, Rehabilitation) von 284 Millionen Euro und Verwaltungsausgaben von 692 Millionen Euro.

**Das Ausgangsverfahren und der Vorlagebeschluss**

27. Mit Mahnbescheid vom 30. Dezember 1998 gab der Pretore di Vicenza dem Unternehmen Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas (im Folgenden: Cisal di Battistello Venanzio oder Klägerin) auf, die für den Zeitraum von 1992 bis 1996 fälligen Versicherungsbeiträge in Höhe von 6 606 890 ITL für den Komplementär (socio accomandatario) Batistello an das INAIL nachzuentrichten. Er stellte in dem Bescheid fest, dass Herr Batistello in seiner Eigenschaft als Handwerker (artigiano), der in seinem eigenen Unternehmen eine manuelle Tätigkeit ausübt, nach den anwendbaren Bestimmungen [22] beim INAIL gegen Arbeitsunfälle hätte versichert sein müssen.

28. Im Ausgangsverfahren vor dem Tribunale Vicenza focht die Klägerin diesen Bescheid an. Sie führte aus, dass Herr Batis-

20 — Siehe den auf der Internetseite der INAIL veröffentlichten Jahresbericht für das Jahr 1999.

21 — Siehe die auf der gleichen Internetseite veröffentlichte Prognose für 2001.

22 — Siehe oben Nr. 10.

tello bereits seit 1986 bei einer privaten Versicherung gegen Arbeitsunfälle versichert sei. Diese Versicherung erfasse ausdrücklich dessen Arbeit als selbstständiger Handwerker, der manuell mit Holz arbeite und motorgetriebene Maschinen verwende. Die gesetzlichen Bestimmungen, auf deren Grundlage sie verpflichtet sei, eine Versicherung gegen dasselbe Risiko beim INAIL abzuschließen, verstießen gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, da sie in ungerechtfertigter Weise das Monopol des INAIL aufrechterhielten, wodurch dieses zum Missbrauch seiner beherrschenden Stellung verleitet werde. Die Klägerin machte zudem geltend, dass nach einer Stellungnahme der italienischen Wettbewerbsbehörde vom 9. Februar 1999 [23] die Tätigkeiten des INAIL keine Elemente der Solidarität aufwiesen, die die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeiten im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausschließen könnten.

29. Das vorlegende Gericht führt aus, dass das INAIL bestimmte Merkmale aufweise, die nach seiner Auffassung schwer mit dem Begriff des Unternehmens im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln vereinbar seien. Es bezieht sich diesbezüglich auf die automatische Gewährung der Leistungen, auf die Pflichtmitgliedschaft selbst sowie auf das Fehlen jeder Gewinnerzielungsabsicht. Gleichwohl überwögen die Merkmale, die für Einrichtungen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten, kennzeichnend seien. Es erwähnt insoweit die enge Verknüpfung zwischen dem Risiko und den Beiträgen, die Verpflichtung des INAIL, seine Aufgaben nach Gesichtspunkten der „Wirtschaftlichkeit und des unternehmerischen Handelns“ [24] wahrzunehmen, sowie den Umstand, dass der italienische Gesetzgeber in zwei Fällen [25] eine private Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle zumindest für einen Übergangszeitraum als gültige Alternative zu der Versicherung durch das INAIL angesehen habe.

30. Das vorlegende Gericht ist ebenfalls der Auffassung, dass die italienischen Rechtsvorschriften insoweit gegen die Artikel 86 EG und 82 EG verstoßen könnten, als sie selbstständige Handwerker zwängen, sich selbst dann beim INAIL zu versichern, wenn sie bereits privat versichert seien. Im Übrigen würde die Abschaffung der Pflichtmitgliedschaft für Handwerker, die bereits anderweitig versichert seien, es dem INAIL nicht unmöglich machen, die übrigen ihm nach den italienischen Rechtsvorschriften zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.

31. Das vorlegende Gericht beschloss daher, die beiden folgenden Fragen dem Gerichtshof vorzulegen:

Ist eine öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalt wie das INAIL, die ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt und ein System der Versicherung gegen Arbeits-

23 — Bolletino Nr. 4 vom 15. Februar 1999, S. 57.

24 — Siehe oben Nr. 12.

25 — Das Gericht bezieht sich auf Artikel 1 des Gesetzes Nr. 413 vom 15. April 1965, das Handwerker betrifft, und Artikel 8 des Gesetzes Nr. 91 von 1981, das Berufssportler betrifft.

unfälle und Berufskrankheiten, das auf einer Pflichtmitgliedschaft beruht und Leistungen teilweise automatisch gewährt, auch wenn der Arbeitgeber die Versicherungsprämien nicht gezahlt hat (wodurch Arbeitnehmer, seit 1998 aber nicht mehr selbständige Handwerker abgesichert sind), und in dem die Prämien aufgrund der Risikoklasse, unter die die versicherte Tätigkeit fällt, berechnet werden, nach Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit und des unternehmerischen Handelns monopolartig verwaltet, als Unternehmen im Sinne der Artikel 81 ff. EG anzusehen?

Verstößt, wenn die erste Frage bejaht wird, die Tatsache, daß diese öffentlichrechtliche Einrichtung von einem selbständigen Handwerker, der dieselben Risiken, die eine Mitgliedschaft bei dieser Anstalt abdecken würde, bereits bei einem privaten Unternehmen versichert hat, Versicherungsprämien verlangt, gegen die Artikel 86 EG und 82 EG?

32. Schriftliche Erklärungen haben die Cisal di Battistello Venanzio, das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission eingereicht, die alle in der mündlichen Verhandlung vertreten waren.

**Einwendungen gegen eine Vorabentscheidung**

33. Das INAIL macht erstens geltend, die vorgelegten Fragen seien unzulässig, weil die Zweifel des vorlegenden Gerichts darauf beruhten, dass mit Wirkung vom 1. Januar 1998 an der Grundsatz der automatischen Gewährung von Versicherungsleistungen für selbstständige Handwerker abgeschafft worden sei. Da das Ausgangsverfahren den Zeitraum von 1992 bis 1996 betreffe, hätte eine Vorabentscheidung auf der Grundlage dieser Gesetzesänderung keine Auswirkung für das Ausgangsverfahren.

34. Nach meiner Meinung beruht diese Ansicht auf einem fehlerhaften Verständnis des Vorlagebeschlusses. Die in Frage stehende Gesetzesänderung wird im einleitenden Abschnitt dieses Beschlusses erwähnt, der den nationalen rechtlichen Rahmen als einen von mehreren Gründen für die Vorlage der ersten Frage angibt [26]. Bei der Begründung, warum das INAIL als Unternehmen angesehen werden könnte, erwähnt das vorlegende Gericht die betreffende Änderung nicht einmal [27]. Es gibt somit keinerlei Anzeichen dafür, dass die Zweifel des vorlegenden Gerichts allein auf dieser Änderung „beruhen". Jedenfalls werde ich, wie ich bereits ausgeführt habe, angesichts des zeitlichen Rahmens des Ausgangsverfahrens die Änderung bei meiner Prüfung unberücksichtigt lassen [28].

35. Zweitens scheint das INAIL die Auffassung zu vertreten, dass selbst dann, wenn der Gerichtshof beide Fragen bejahen sollte, das nationale Gericht nicht befugt sei, die nationalen Rechtsvorschriften, die dem INAIL das betreffende gesetzliche

26 — Siehe Absätze 6 bis 9 des Vorlagebeschlusses und den Wortlaut der ersten Vorlagefrage.

27 — Absätze 12 und 13 des Vorlagebeschlusses.

28 — Siehe oben Nr. 18.

Monopol verliehen hätten, beiseite zu lassen. Denn erstens sei — angesichts der sozialen Zielsetzung und des öffentlich-rechtlichen Form des INAIL — Artikel 86 Absatz 2 EG und nicht Artikel 86 Absatz 1 EG anwendbar. Zweitens könne das vorlegende Gericht nicht selbst die gesetzlichen Maßnahmen erlassen, die notwendig wären, um einen wirksamen sozialen Schutz in einem System mit mehr als einem Versicherer zu gewährleisten. Drittens folge aus Artikel 86 Absatz 3 EG, dass es nicht Aufgabe der nationalen Gerichte, sondern der Kommission sei, die Anwendung von Artikel 86 EG sicherzustellen.

36. Dazu genügt der Hinweis, dass die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 2 EG eine materielle Frage ist, die ich unten behandeln werde, und dass Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG unmittelbare Wirkung hat [29]. Artikel 86 Absatz 1 EG kann deshalb von jedem nationalen Gericht angewandt werden, und nicht nur von der Kommission.

## Die erste Frage: Qualifizierung des INAIL als Unternehmen

37. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine Anstalt wie das INAIL, die das italienische System der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten verwaltet, als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags anzusehen ist.

38. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes umfasst im Rahmen des Wettbewerbsrechts der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art ihrer Finanzierung. [30] Das grundsätzliche Kriterium ist, ob die fragliche Einheit eine Tätigkeit ausübt, 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. [31] Im Hinblick auf die Einordnung von Versicherungssystemen mit sozialer Zielsetzung stimmen alle eingereichten Erklärungen darin überein, dass die Urteile in den Rechtssachen Poucet, FFSA, Albany, Drijvende Bokken, Brentjes und Pavlov [32] von besonderer Bedeutung sind.

39. In der Rechtssache Poucet [33] hat der Gerichtshof entschieden, dass bestimmte

29 — Vgl. Urteil vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 23).

30 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21).

31 — Siehe für eine vollständigere Darstellung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Begriff des Unternehmens meine Schlussanträge in der Rechtssache Albany, zitiert in Fußnote 4, Nrn. 311 bis 314; siehe auch meine Schlussanträge vom 17. Mai 2001 in der Rechtssache C-475/99 (Ambulanz Glöckner, Nr. 67).

32 — Zitiert in den Fußnoten 2 bis 5.

33 — Zitiert in Fußnote 2.

französische Einrichtungen, die Versicherungssysteme für Krankheit und Mutterschaft für die Selbstständigen in nichtlandwirtschaftlichen Berufen sowie das Grundrentensystem für Handwerker verwalten, nicht als Unternehmen einzustufen seien. Diese Einrichtungen erfüllten eine ausschließlich soziale Aufgabe, ihre Tätigkeit beruhe auf dem Prinzip der Solidarität und dem vollständigen Verzicht auf Gewinnerzielung, und die erbrachten Leistungen seien gesetzlich vorgesehen und ohne Bezug zu der Höhe des Beitrages.

40. In der Rechtssache FFSA [34] hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung klargestellt und verfeinert und entschieden, dass eine französische Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein System einer freiwilligen Zusatzaltersversicherung für selbstständige Landwirte verwalte, als Unternehmen einzustufen sei.

41. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil in dieser Rechtssache zunächst seine vorherige Entscheidung in der Rechtssache Poucet zusammengefasst und im Nachhinein folgenden Merkmalen der seinerzeit betroffenen Einrichtungen besondere Bedeutung beigelegt [35]: Die Systeme seien obligatorische, auf dem Grundsatz der Solidarität beruhende Systeme der sozialen Sicherheit gewesen; nach dem Versicherungssystem für Krankheit und Mutterschaft seien die Leistungen für alle Empfänger die gleichen gewesen, während sich die Beiträge nach dem Einkommen gerichtet hätten; in dem Altersversicherungssystem seien die Altersrenten von den erwerbstätigen Arbeitnehmern finanziert worden; die Rentenansprüche seien gesetzlich festgelegt gewesen und hätten sich nicht nach den Beiträgen zur Altersversicherung gerichtet; soweit die Systeme Überschüsse erwirtschaftet hätten, seien sie außerdem an der Finanzierung der Systeme mit finanziellen Schwierigkeiten beteiligt gewesen.

42. Der Gerichtshof hat dann das betreffende Rentensystem untersucht und hervorgehoben, dass es freiwillig sei, nach dem Grundsatz der Kapitalisierung arbeite und die von ihm gewährten Leistungen sich ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern entrichteten Beiträge und den Erträgen der von der Einrichtung vorgenommenen Investitionen richteten. Das im System enthaltene Element der Solidarität, die Verfolgung eines sozialen Zwecks und das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht in dem System könne der Tätigkeit der Einrichtung nicht ihren wirtschaftlichen Charakter nehmen. Zwar könnten diese Elemente die Wettbewerbsfähigkeit der Leistungen gegenüber vergleichbaren Leistungen privater Versicherungen mindern; der Qualifizierung der betreffenden Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit stünden sie aber nicht entgegen. Eine andere Frage sei, ob diese Beschränkungen beispielsweise zur Rechtfertigung bestimmter ausschließlicher Rechte der fraglichen Einrichtung herangezogen werden könnten.

34 — Zitiert in Fußnote 3.

35 — Randnr. 15 des Urteils.

43. In den drei parallelen Urteilen in den Rechtssachen Albany, Drijvende Bokken und Brentjes [36] und in dem nachfolgenden Urteil in der Rechtssache Pavlov [37] hat der Gerichtshof die in der Rechtssache FFSA aufgestellten Grundsätze bestätigt und entschieden, dass niederländische Rentenfonds, die zusätzliche Altersrenten für Arbeitnehmer bzw. für Fachärzte gewährten, als Unternehmen einzuordnen seien. Der Gerichtshof hat dabei den Umstand hervorgehoben, dass die Fonds die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmten und gemäß dem Grundsatz der Kapitalisierung arbeiteten. Die Höhe der Leistungen hänge somit von den Erträgen der Investitionen ab. Das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht bei den Fonds, die Verfolgung eines sozialen Zieles, die Beschränkungen oder Kontrollen der Investitionen und die verschiedenen in dem System enthaltenen Elemente der Solidarität könnten den betreffenden Fonds nicht die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsregeln nehmen, jedoch möglicherweise ihre ausschließlichen Rechte rechtfertigen.

44. Im vorliegenden Fall macht Cisal di Battistello Venanzio geltend, dass das INAIL aufgrund dieser Rechtsprechung als Unternehmen einzuordnen sei. Die Versicherungsleistungen des INAIL für Handwerker seien denen privater Versicherer vollständig vergleichbar: Die Versicherungsleistungen würden ausschließlich durch Beiträge finanziert, die Beiträge würden auf der Grundlage des Risikos berechnet, zwischen den Beiträgen und den Leistungen bestehe eine enge Verbindung, da beide prozentual zum Arbeitsentgelt des Opfers festgesetzt würden, und das INAIL müsse das Versicherungssystem nach Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit und des unternehmerischen Handelns verwalten, um die Einnahmen so weit wie möglich zu steigern. Weder die soziale Zielsetzung des INAIL noch das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht noch die wenigen im System enthaltenen Elemente der Solidarität sprächen dagegen, dass die Tätigkeiten des INAIL überwiegend wirtschaftlicher Natur seien.

45. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission halten daran fest, dass das INAIL nicht als Unternehmen eingeordnet werden könne. Im Kern tragen sie vor, dass

— das INAIL eine öffentlich-rechtliche Einrichtung sei, die nicht nur eine Versicherung anbiete, sondern auch auf dem Gebiet der Unfallverhütung, Rehabilitation und sozialen Betreuung tätig sei und von der italienischen Verfassung mit einer sozialen Aufgabe betraut sei;

— das vom INAIL verwaltete Versicherungssystem könne nicht mit privaten Versicherungen verglichen werden, weil beispielsweise die Leistungen nicht unmittelbar mit den Beiträgen verknüpft seien;

36 — Zitiert in Fußnote 4.
37 — Zitiert in Fußnote 5.

— da Leistungen und Beiträge entweder vorher gesetzlich festgelegt seien oder von der Regierung streng kontrolliert würden, bestehe nicht die Gefahr eines Verhaltens, das die Wettbewerbsregeln verhindern wollten;

— das Versicherungssystem sei durch starke Elemente der Solidarität (z. B. automatische Gewährung von Leistungen) gekennzeichnet, die private Versicherungen nicht bieten könnten.

*Merkmale, denen keine Bedeutung zukommt*

46. Meines Erachtens folgt aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes und insbesondere aus den oben genannten Fällen, dass die öffentlich-rechtliche Form des INAIL, das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht und die Verfolgung sozialer Ziele für seine Einordnung nicht berücksichtigt werden können. Eine andere Frage ist, ob diese Merkmale herangezogen werden könnten, um die Übertragung ausschließlicher oder besonderer Rechte auf das INAIL nach Artikel 86 Absatz 2 EG zu rechtfertigen. An und für sich können sie jedoch keine Bedeutung haben für die Frage, ob die Versicherungstätigkeiten des INAIL als wirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sind.

47. Auch der Umstand, dass die Aufgaben des INAIL in der italienischen Verfassung niedergelegt sind, kann keine Berücksichtigung finden. Die Wettbewerbsregeln müssen in der gesamten Gemeinschaft einheitlich angewandt werden. Die Rechtsform einer Einrichtung nach nationalem Recht kann deren Einordnung nicht beeinflussen.

48. Der Umstand, dass das INAIL parallel zu seinen Versicherungstätigkeiten auch noch auf den Gebieten der Unfallverhütung, Rehabilitation und sozialen Betreuung tätig ist, ist ebenso unerheblich. Der Unternehmensbegriff ist relativ in dem Sinne, dass eine Einrichtung wegen eines Teils ihrer Tätigkeiten (z. B. Versicherung) als Unternehmen angesehen werden kann, auch wenn ein anderer Teil ihrer Tätigkeiten nicht unter die Wettbewerbsegeln fällt (z. B. Unfallverhütung, Rehabilitation, soziale Betreuung).[38] In finanzieller Hinsicht sind die letztgenannten Tätigkeiten jedenfalls weit weniger wichtig als die Versicherungstätigkeit.[39]

49. Das Argument der Relativität des Unternehmensbegriffs gilt auch für die besonderen Befugnisse des INAIL.[40] Auch wenn das INAIL bei der Ausübung dieser Befugnisse hoheitlich und damit außerhalb der Wettbewerbsregeln handeln mag, bleibt

38 — Siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Ambulanz Glöckner, zitiert in Fußnote 31, Nr. 72, mit weiteren Nachweisen.

39 — Siehe oben Nr. 26.

40 — Siehe oben Nr. 12 und Fußnote 12.

die Einordnung seiner Versicherungstätigkeiten davon unberührt.

*Die Natur der Tätigkeiten des INAIL*

50. Dagegen misst der Gerichtshof der Natur der angebotenen Versicherungsleistungen große Bedeutung bei. Ebenso wie in der ständigen Rechtsprechung zu dem Begriff des Unternehmens muss daher untersucht werden, ob die vom INAIL erbrachten Versicherungsleistungen dergestalt sind, dass sie zumindest im Grundsatz auch von privaten Versicherern erbracht werden könnten.

51. Cisal di Batistello Venanzo stützt sich auf Artikel 55 des Gesetzes Nr. 88 vom 9. März 1989, wonach das INAIL das Versicherungssystem nach Gesichtspunkten der „Wirtschaftlichkeit und des unternehmerischen Handelns" so verwalten müsse, dass „angemessene finanzielle Erträge" gewährleistet seien. Dies zeige die unternehmerische Natur des INAIL.

52. Ich bin hiervon nicht überzeugt. Die meisten Behörden müssen nach dem Grundsatz einer ordnungsgemäßen Verwaltung handeln, was die Verpflichtung beinhaltet, Kosten möglichst gering zu halten und erforderlichenfalls die Einnahmen, etwa durch wirksamen Einzug von Verwaltungsgebühren, so weit wie möglich zu steigern. Eine rechtliche Verpflichtung zur Verringerung der Kosten und zur Steigerung der Einnahmen ist daher für sich allein noch kein Anhaltspunkt dafür, dass die Tätigkeiten des INAIL wirtschaftlicher Natur sind.

53. Das INAIL und die italienische Regierung tragen erstens vor, dass das vom INAIL angebotene Versicherungssystem untypisch sei, weil

— Leistungen selbst dann erbracht würden, wenn die Opfer fahrlässig gehandelt hätten,

— das System die Mittel zum Lebensunterhalt garantiere, die auf der Grundlage der Einkünfte des Opfers bestimmt würden, statt Schadensersatz zu gewähren,

— die Leistungen nicht nur den unmittelbaren und direkten Schaden, sondern auch indirektere wirtschaftliche Folgen eines Unfalls abdeckten.

54. Ich kann nicht erkennen, aus welchem Grund diese drei angeführten Merkmale für eine Versicherung untypisch sein sollten. Sie unterscheiden lediglich das in Frage stehende Versicherungssystem von den alternativ in Betracht kommenden Folgen der normalen Vorschriften über die zivilrechtliche Haftung. Die Unfallversicherung wurde gerade deshalb eingeführt, um die Nachteile dieser Vorschriften zu überwinden. [41] Es ist auch daran zu erinnern, dass in mehreren Mitgliedstaaten die von den Arbeitgebern finanzierte (Pflicht-)Versicherung gegen Arbeitsunfälle von privaten Versicherern erbracht wird. [42]

55. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission machen zweitens geltend, dass die vom INAIL erbrachten Leistungen entweder vollständig (im landwirtschaftlichen Sektor) oder zumindest teilweise (im gewerblichen Sektor) nach dem Umverteilungsprinzip finanziert würden.

56. Nach meiner Ansicht könnte ein nach dem Umverteilungsprinzip arbeitendes Versicherungssystem von einem privaten Versicherer nicht angeboten werden, weil niemand bereit wäre, die gegenwärtigen Renten anderer zu finanzieren, ohne dass garantiert ist, dass die nächste Generation dasselbe tun wird. [43]

57. Aus den gleichen Gründen ist die Versicherung des INAIL im landwirtschaftlichen Sektor keine Tätigkeit, die auch ein privater Versicherer ausüben könnte. Arbeiter, die gegenwärtig im landwirtschaftlichen Sektor arbeiten, finanzieren offensichtlich unmittelbar die gegenwärtigen Renten, ohne sicher zu sein, dass es in der Zukunft in diesem Sektor eine ähnliche Anzahl von Arbeitern geben wird, die in der Lage sein werden, ihre Renten bei einem Arbeitsunfall oder einer Berufskrankheit zu finanzieren. Der Umstand, dass der Staat die Finanzierung des Systems im Falle eines Defizits zu garantieren scheint und die Höhe der Beiträge unmittelbar festlegt, sind weitere Anzeichen dafür, dass die Versicherung in diesem Sektor nicht als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes angesehen werden kann. [44]

58. Es ist allerdings daran zu erinnern, dass die Leistungen im gewerblichen Sektor vollständig durch Beiträge finanziert werden und die Beiträge so berechnet werden, dass die voraussichtlichen Ausgaben (einschließlich der langfristigen Renten) für die für das Jahr prognostizierten Unfälle gedeckt sind. Höhere Leistungen entsprechend der Steigerung des Durchschnittseinkommens werden offensichtlich teilweise durch Investitionen mittels der technischen Reserve und teilweise durch Beitragserhöhungen finanziert. Die allgemeine dem System im gewerblichen Sektor zugrunde liegende Finanzierungspolitik unterscheidet sich somit wohl nicht sehr von der eines Versicherers im privaten Bereich.

41 — Siehe oben Nrn. 3 bis 6.

42 — Siehe z. B. das belgische System, das Gegenstand des Urteils vom 18. Mai 2000 in der Rechtssache C-206/98 (Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-3509) ist.

43 — Siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Albany, zitiert in Fußnote 4, Nr. 338.

44 — Siehe oben Randnr. 20.

59. Das INAIL und die italienische Regierung machen drittens geltend, dass die Beiträge nicht streng proportional zu dem Risiko erhoben würden, weil bestimmte spezifische Risiken (z. B. die Risiken im Zusammenhang mit Asbest und Lärm) teilweise von anderen Sektoren getragen würden.

60. Zwar fügt eine teilweise Umverteilung der Risiken dem System ein Element der Solidarität zwischen den Sektoren hinzu. Die Finanzierungsseite des Systems zeigt jedoch überwiegend eine risikogestützte Versicherungslogik. Nach den oben zusammengefassten Bestimmungen werden Beiträge für Arbeitnehmer und Selbstständige im Allgemeinen nur auf der Grundlage des Risikos, das mit der von dem Unternehmen ausgeübten Tätigkeit verbunden ist, und des Einkommens des Versicherten berechnet. Hinsichtlich der Arbeitnehmer gibt es sogar eine Analyse des konkreten Risikos in jedem Unternehmen, um einen spezifischen Beitragssatz zu berechnen. Bezüglich der Finanzierung funktioniert das System daher nach einer ähnlichen Grundkonzeption wie z. B. eine private Kfz-Versicherung, die die Beiträge nach der Höhe des Risikos bemisst.

61. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission tragen viertens vor, dass die Leistungen im Einzelfall nicht unmittelbar mit den Beiträgen verknüpft sind.

62. Es ist nach meiner Auffassung in der Tat ein wesentliches Merkmal einer privaten Versichererung, dass Beiträge und Leistungen nicht nur in ihrer Gesamtheit verknüpft sind (die Summe der Leistungen muss durch die Summe der Beiträge finanziert sein), sondern auch im jeweiligen Einzelfall. Ein Versicherter (oder jeder Dritte, der für den Versicherten Beiträge entrichtet) wird nur dann Beiträge zu entrichten bereit sein, wenn er im Gegenzug Leistungen erwarten kann, die sich nach der Höhe der entrichteten Beiträge bemessen. Auf einem freien Markt könnte z. B. kein privates Versicherungsunternehmen ein Krankenversicherungssystem verwalten, bei dem die Beiträge sich zwar nach dem Einkommen bemessen, die Leistungen jedoch für alle Versicherten gleich sind. [45]

63. Wie bereits gesagt, werden sowohl die vom INAIL erbrachten Leistungen als auch die Beiträge auf der Grundlage der Einkommen bemessen. [46] Rechtlich gesehen besteht daher kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den Beiträgen und den Leistungen.

64. Cisal di Battistello Venanzio vertritt allerdings die Auffassung, dass es versicherungstechnisch und wirtschaftlich keinen Unterschied mache, ob die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen Beiträge und Leistungen unmittelbar oder über einen gemeinsamen für ihre Berechnung verwendeten dritten Faktor miteinander verknüpft seien. In beiden Fällen würden sich höhere oder niedrigere Beiträge mathematisch auf entsprechend höhere oder niedrigere Einkommen beziehen.

45 — Siehe zur Bedeutung dieses Arguments die Zusammenfassung des Urteils Poucet in der Rechtssache FFSA, oben Nr. 41.

46 — Siehe Nrn. 22 und 23 sowie 14 bis 16.

65. Auf der Grundlage ähnlicher Erwägungen ist die italienische Wettbewerbsbehörde zu dem Ergebnis gelangt, dass die Tätigkeiten des INAIL mit denen eines privaten Versicherers insoweit vollständig vergleichbar seien, als

— es eine unmittelbare Verknüpfung zwischen den Beiträgen und den Leistungen gebe, weil beide als Prozentsatz derselben Variablen, nämlich des Einkommens des Opfer, berechnet würden,

— die Beiträge sich nach dem Risiko bemäßen und

— die Leistungen vollständig durch Beiträge finanziert würden.

66. Dem möchte ich einen gewichtigen Einwand entgegenhalten. Wie bereits gesagt werden für die Berechnung der Rentenleistungen lediglich die Einkommen zwischen einem vorgegebenen Höchst- und Mindestbetrag — das um 30 % erhöhte bzw. verminderte landesweite Durchschnittseinkommen — berücksichtigt, während für die Bemessung der Beiträge sämtliche Einkünfte oberhalb des gesetzlichen Mindestlohns herangezogen werden. Es ist daher gut möglich, dass ein Arbeitgeber für einen Arbeitnehmer mit einem hohen Gehalt hohe Beiträge entrichten muss, während der betreffende Arbeitnehmer keinen Anspruch auf entsprechend hohe Rentenleistungen haben wird, weil sein Einkommen den durch Dekret festgesetzten Höchstbetrag übersteigt. Umgekehrt kann es sein, dass recht niedrige, auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnete Beiträge zu Leistungen führen, denen ein Einkommen zugrunde liegt, das mathematisch einem deutlich höheren Gehalt entspricht, nämlich dem um 30 % verminderten landesweiten Durchschnittslohn. Dass für die Bemessung der Rentenleistungen ein Höchst- und ein Mindesteinkommen berücksichtigt werden müssen, bedeutet, dass das vom INAIL angebotene System irgendwo in der Mitte des Spektrums liegt: An dem einen Ende des Spektrums befinden sich Systeme, bei denen Beiträge und Leistungen vollständig proportional sind; an dem anderen Ende befinden sich Systeme, bei denen sich die Beiträge nach dem Einkommen bemessen, während die Leistungen für alle gleich sind.

*Elemente der Solidarität als Teil des Systems*

67. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Elemente der Solidarität in den Vorschriften über die Tätigkeiten der in Rede stehenden Körperschaft von Bedeutung. Diese Elemente können so grundsätzlich und vorherrschend sein, dass grundsätzlich kein privater Versicherer diese Art von Versicherung auf dem Markt anbieten kann. Auf der anderen Seite gehen sie vielleicht nicht so weit, dass sie der Einordnung der Tätigkeiten der Einrichtung als wirtschaftliche Tätigkeiten entgegenstehen. Im letzteren Fall stellt sich häufig die Frage, ob diese Elemente dennoch zur Rechtfertigung der der betreffenden Körperschaft gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte herangezogen werden können.

68. Dazu verweisen das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission im Wesentlichen auf den Grundsatz der automatischen Leistungsgewährung, wonach die Versicherungsleistungen selbst dann erbracht würden, wenn der Arbeitgeber die fälligen Beiträge nicht entrichtet habe.

69. Zwar stellt dieser Grundsatz ein wichtiges Element der Solidarität dar, das zum Schutz aller Arbeitnehmer vor den wirtschaftlichen Folgen eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit beiträgt. Je mehr Arbeitsverhältnisse den Behörden nicht gemeldet werden oder je stärker die Arbeitgeber mit ihren Beiträgen in Verzug sind, desto größer ist das Gewicht, das diesem Grundsatz zukommt. In der Praxis bedeutet es, dass Arbeitgeber und Selbstständige, die ihrer Beitragspflicht nachkommen, für alle diejenigen mitzahlen müssen, die dieser Pflicht nicht nachkommen.

70. Dennoch ist auch zu beachten, dass der Grundsatz der automatischen Gewährung nur ein Merkmal des in Frage stehenden Systems und nicht unmittelbar Teil des eigentlichen Grundprinzips des Systems ist, nämlich den Arbeitnehmern einen einkommensbezogenen Versicherungsschutz gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten selbst dann zu garantieren, wenn das Verschulden des Arbeitgebers nicht nachgewiesen werden kann, und im Gegenzug die Arbeitgeber aus ihrer zivilrechtlichen Haftung zu entlassen. Darüber hinaus hat die italienische Wettbewerbsbehörde zu Recht darauf hingewiesen, dass die automatische Leistungsgewährung auch durch einen vom Staat oder einer staatlichen Einrichtung verwalteten Fonds garantiert werden könnte. So garantiert im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung ein gemeinsamer Fonds Versicherungsleistungen selbst dann, wenn der unfallverursachende Wagen nicht versichert ist.

*Die Selbstständigkeit des INAIL*

71. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung muss schließlich untersucht werden, ob das INAIL selbst die Höhe der Beitrage und Leistungen bestimmt. Dem liegt die Frage zugrunde, ob diese Einrichtung in der Lage ist, Wirkungen hervorzurufen, die die Wettbewerbsregeln zu verhindern suchen. Systeme, bei denen die Höhe der Beiträge und Leistungen vom Gesetzgeber festgelegt werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln.

72. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission tragen erstens vor, dass die Höhe der Leistungen durch den *T.U.* und damit gesetzlich festgelegt sei. Diese Leistungen müssten unabhängig von den Erträgen aus den vom INAIL getätigten Investitionen erbracht werden. Im Gegensatz zu den Systemen, die in den Rechtssachen Albany oder Pavlov untersucht worden seien, richteten die Leistungen sich nicht nach den Beiträgen und die Beiträge nicht nach den Leistungen.

73. Nach meiner Auffassung kann der Umstand allein, dass die Leistungen ge-

setzlich festgelegt sind, das INAIL nicht dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln entziehen. In mehreren Bereichen der Wirtschaft bestimmt der Gesetzgeber im Voraus verbindliche (Mindest-)Merkmale der Dienstleistungen oder Waren, die die Unternehmen zu erbringen bzw. zu liefern haben. Solange die betroffenen Unternehmen z. B. über den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen konkurrieren können, üben sie weiterhin eine wirtschaftliche Tätigkeit aus.

74. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission verweisen mit Nachdruck darauf, dass die Höhe der Beiträge von dem zuständigen Minister durch Dekret genehmigt werden müsse. Die Kommission meint deshalb, dass nicht nur die Leistungen, sondern auch die Beiträge gesetzlich festgelegt seien.

75. Cisal di Battistello Venanzio macht geltend, dass nach dem Wortlaut des *T.U.* das INAIL selbst durch Beschluss über die betreffenden Sätze entscheide, während der zuständige Minister diese lediglich genehmigen oder ablehnen könne.

76. Auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorgelegten Unterlagen liegt meines Erachtens die Befugnis zur Festsetzung der Höhe der Beiträge in der Praxis letztlich bei der Regierung. Die Bestimmungen über die Höhe der Beiträge sowohl der Arbeitnehmer als auch der Selbstständigen werden als Ministerialverordnung im offiziellen Gesetzblatt der Italienischen Republik veröffentlicht. Diese Verordnungen sind nicht lediglich formale Genehmigungen von Bestimmungen, die von einer gesonderten und unabhängigen regelungsbefugten Einrichtung erlassen werden, sondern werden als normale Gesetze von der Regierung erlassen. Außerdem hat das INAIL dem Gerichtshof als Beispiel ein Schreiben vorgelegt, in dem der zuständige Minister die Genehmigung der neuen Sätze für Handwerker abgelehnt hatte. Auf der Grundlage konkreter Zahlen kritisierte der Minister unter anderem den Umstand, dass Handwerker im Textilbereich wesentlich höhere Beiträge entrichten müssten als Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmer, und forderte das INAIL auf, ihm einen neuen Vorschlag mit den erforderlichen Änderungen vorzulegen.

*Ergebnis bezüglich der Einordnung als Unternehmen*

77. Versicherungssysteme mit einer sozialen Zielsetzung sind in vielen Formen möglich, deren Spektrum von staatlichen Sozialversicherungssystemen, die überwiegend nach dem Grundsatz der Solidarität arbeiten, bis hin zu Systemen gewerblicher Versicherer mit nur vereinzelten Elementen der Solidarität reicht. Die Einordnung von Systemen, die dazwischen liegen, ist eine Frage des Grades, die die Analyse einer ganzen Reihe von Kriterien erfordert. Ich halte dabei die Einordnung des vom INAIL verwalteten Systems für besonders schwierig.

78. Wie oben ausgeführt, ist die italienische Wettbewerbsbehörde aufgrund ihrer sachverständigen Kenntnis des nationalen rechtlichen Rahmens der Auffassung, dass

die vom INAIL erbrachten Versicherungsleistungen denen privater Versicherer „vollständig vergleichbar" seien. Nach Ansicht der Behörde beruht dies darauf, dass die Beiträge auf das Risiko abstellten, die Leistungen vollständig durch Beiträge finanziert würden und eine unmittelbare Verknüpfung zwischen Beiträgen und Leistungen bestehe.

79. Angesichts der zugegebenermaßen begrenzten Informationen, über die der Gerichtshof verfügt, komme ich im Wesentlichen aus zwei Gründen zu dem entgegengesetzten Ergebnis.

80. Erstens ist meines Erachtens die Verknüpfung zwischen den Beiträgen und den Leistungen durch das Einkommen des Opfers zu indirekt, um mit einer für private Versicherungen typischen Verknüpfung verglichen werden zu können. Insbesondere könnte kein privater Versicherer auf dem freien Markt ein System anbieten, bei dem für die Bemessung der Rentenleistungen lediglich Einkünfte innerhalb einer relativ engen Spanne bestimmter Mindest- und Höchstbeträge berücksichtigt werden, während für die Bemessung der Beiträge sämtliche den Mindestlohn übersteigende Einkünfte herangezogen werden. Das System sieht mittlere Renten offensichtlich auch dann vor, wenn hohe oder niedrige Beiträge entrichtet worden sind. Aufgrund dieses Umverteilungselements funktioniert es nach meiner Auffassung eher wie ein System der sozialen Sicherheit, das einen grundlegenden sozialen Schutz all denen garantiert, die diesem System angeschlossen sind, und nicht wie eine Versicherung, die Leistungen proportional zu den von dem einzelnen Versicherten entrichteten Beiträgen erbringt.

81. Zweitens wird die Höhe sowohl der Leistungen als auch der Beiträge meiner Meinung nach letztendlich vom Staat bestimmt. Die Höhe der Leistungen ist im *T.U.* festgelegt. Die Höhe der Beiträge wird durch Ministerialverordnung und damit durch normale Rechtsvorschriften der Regierung bestimmt. Auch in der Praxis werden die Beiträge wohl durch den zuständigen Minister festgelegt, der von seiner Befugnis, die vom INAIL vorgeschlagenen Sätze zu genehmigen oder abzulehnen, offenbar uneingeschränkt Gebrauch macht. Da das INAIL die zwei zentralen Elemente des Systems nicht zu kontrollieren scheint, kann es nicht als eine unabhängige Einrichtung angesehen werden, die selbst eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

82. Dementsprechend komme ich zu dem Ergebnis, dass eine Einrichtung, die ein staatliches System einer Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten unter den Bedingungen verwaltet, wie sie für das italienische Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro gelten, nicht als ein Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags angesehen werden kann.

**Hilfsweise: Artikel 86 EG und 82 EG**

83. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Kern wissen, ob unter Bedingungen wie denen in Italien eine beim INAIL bestehende Pflichtversicherung von Handwerkern gegen Arbeitsunfälle

und Berufskrankheiten die Artikel 86 EG und 82 EG verletzt.

84. Es stellt diese Frage allerdings nur für den Fall, dass das INAIL als Unternehmen einzuordnen ist. Da ich der Auffassung bin, dass das INAIL nicht als Unternehmen eingeordnet werden kann, und da die Parteien nur wenig zu der zweiten Frage vorgetragen haben, werde ich die angesprochenen Punkte nur hilfsweise und nur kurz behandeln.

85. Cisal di Battistello Venanzion ist der Ansicht, dass die italienischen Rechtsvorschriften die Artikel 86 Absatz 1 EG und 82 EG deshalb verletzten, weil die Versicherung beim INAIL nicht den Bedürfnissen der angeschlossenen Unternehmen entspreche.[47] Ein angemessener Schutz der Arbeitnehmer könne durch eine Pflichtversicherung bei einem privaten Versicherer, dem bestimmte Mindestbedingungen auferlegt werden könnten, erreicht werden.

86. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission machen geltend, dass nichts für eine Verletzung des Artikels 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG spreche. In jedem Fall sei das ausschließliche Recht der Einrichtung nach Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt.

87. Es ist unbestritten, dass das INAIL hinsichtlich der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten ein ausschließliches Recht im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 EG genießt, ein gesetzliches Monopol in Italien verwaltet und damit eine beherrschende Stellung in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Artikels 82 EG einnimmt.

88. Nach ständiger Rechtsprechung ist zwar die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte als solche noch nicht mit Artikel 86 Absatz 1 EG unvereinbar, die Artikel 86 Absatz 1 EG und 82 EG sind allerdings dann verletzt, wenn ein Mitgliedstaat entweder einen Interessenkonflikt schafft, der das betroffene Unternehmen dazu verleitet, seine beherrschende Stellung zu missbrauchen[48], oder eine Situation herbeiführt, in der das Unternehmen offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu befriedigen[49].

89. Da es keinerlei Anzeichen für einen Interessenkonflikt im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes gibt, muss untersucht werden, ob das INAIL offenkundig und grundsätzlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu befriedigen.

47 — Die Klägerin bezieht sich auf das Urteil in der Rechtssache Höfner, zitiert in Fußnote 30.

48 — Vgl. Urteile vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223), vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925) und vom 12. Februar 1998 in der Rechtssache C-163/96 (Raso u. a., Slg. 1998, I-533).

49 — Vgl. die Urteile in der Rechtssache Höfner, zitiert in Fußnote 30, sowie vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C-55/96 (Job Centre, Slg. 1997, I-7119).

90. Die Klägerin — wenn ich ihre Ausführungen richtig verstanden habe — rügt vor allem den Umstand, dass lediglich Einkünfte unterhalb eines bestimmten Höchstbetrages für die Bemessung der Rentenleistungen berücksichtigt würden. Dies zwinge Handwerker wie Herrn Battistello zum Abschluss einer zusätzlichen privaten Versicherung, um Versicherungsleistungen zu erhalten, die wirklich seinen Einkünften vor dem Unfall entsprächen.

91. Meines Erachtens ist ein staatliches System nicht zu beanstanden, das Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts proportional zu einem nationalen Durchschnittslohn garantiert, während ein zusätzlicher Schutz durch private Versicherer erlangt werden kann. Solche Kombinationen von einem obligatorischen staatlichen Grundschutz und einem freiwilligen privaten Schutz sind eine gewöhnliche Formel in vielen Mitgliedstaaten.

92. In ihrer oben genannten Stellungnahme erwähnte die italienische Wettbewerbsbehörde auch die folgenden Probleme: Die Sätze und Risikoklassen für die Berechnung der Beiträge seien unzureichend an die Entwicklungen bei den betroffenen Tätigkeiten angepasst, die Beiträge im gewerblichen Sektor seien künstlich hoch, um das defizitäre System im landwirtschaftlichen Sektor zu subventionieren, und die Versicherung beim INAIL decke eine mögliche zivilrechtliche Haftung des Arbeitgebers nicht in vollem Umfang ab, was letzteren zwinge, eine zusätzliche private Versicherung für diese Risiken abzuschließen.

93. Da in keiner der eingereichten Erklärungen diese Fragen angesprochen oder erörtert worden sind, kann ich mich dazu nicht äußern. Sollte entgegen meiner Auffassung das INAIL als Unternehmen anzusehen sein, hätte das nationale Gericht zu beurteilen, ob es irgendwelche konkreten Anzeichen dafür gibt, dass Italien eine Situation geschaffen hat, in der das INAIL auf der einen Seite ein Monopol genießt, auf der anderen Seite aber zur Befriedigung der Nachfrage offenkundig nicht in der Lage ist. Dabei hätte es zu untersuchen, ob es irgendwelche konkreten oder potentiellen Missbräuche durch das INAIL als *unmittelbare Folge* des gesetzlich geschaffenen Rahmens gibt, ob das System offenkundig unangemessen ist und ob der Gesetzgeber das ihm in diesem Bereich notwendigerweise zustehende *Ermessen* überschritten hat. [50]

94. Sodann stellt sich die Frage, ob es in jedem Fall nach Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt ist, dass dem INAIL das ausschließliche Recht zur Verwaltung des italienischen Systems der Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten verliehen wurde.

95. Insoweit ist unstreitig, dass das INAIL mit einer Dienstleistung von all-

50 — Siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Albany, zitiert in Fußnote 4, Nrn. 412 bis 414.

gemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 EG betraut worden ist. Es müsste daher nur geprüft werden, ob die Abschaffung des ausschließlichen Rechts des INAIL die Erfüllung der dem INAIL übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich vereiteln würde.

96. Cisal di Battistello Venanzio trägt vor, dass das Monopol des INAIL nicht erforderlich sei, um den von der Verfassung geforderten sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu garantieren. Das gleiche Ergebnis könnte nach ihrer Ansicht durch eine Pflichtversicherung bei privaten Versicherern erreicht werden, denen gesetzliche Mindestbedingungen auferlegt werden könnten. Der Grundsatz der automatischen Leistungsgewährung könnte durch die Errichtung einer staatlichen Kasse aufrechterhalten werden.

97. Das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission vertreten die Auffassung, dass die Abschaffung des ausschließlichen Rechts zu einem Abwandern der „guten Risiken" zu den privaten Versicherern führen würde, während die „schlechten Risiken" beim INAIL verblieben.

98. Auch wenn diese Argumentation auf den ersten Blick mit der Begründung des Gerichtshofes in der Rechtssache Albany überein zu stimmen scheint, sollte der Gerichtshof meiner Ansicht nach in dem vorliegenden Fall dazu nicht abschließend Stellung nehmen, da zu viele wichtige Punkte bezüglich des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens unklar sind. Nach meiner Ansicht ist die Gefahr des Abwanderns nur der guten Risiken wesentlich geringer als in der Rechtssache Albany, weil die Beiträge im vorliegenden Fall jedenfalls auf das jeweilige Risiko abstellen. Die abschließende Beurteilung, soweit erforderlich, sollte deshalb dem vorlegenden Gericht vorbehalten bleiben.

99. Bezüglich dieser abschließenden Beurteilung verweisen das INAIL, die italienische Regierung und die Kommission allerdings zu Recht darauf, dass die Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten eine wesentliche soziale Funktion erfüllt und die Mitgliedstaaten über ein Ermessen bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit verfügen. Es ist daher grundsätzlich Sache eines jeden Mitgliedstaats zu beurteilen, ob — mit Blick auf die Besonderheiten des nationalen rechtlichen Rahmens — ein System mit mehreren privaten Versicherern, die bestimmten gesetzlichen Mindestbedingungen unterliegen, ihm noch ermöglichen würde, den Versicherungsschutz sicherzustellen, den er zu gewährleisten beabsichtigt. [51]

100. Ich komme somit zu dem Ergebnis, dass das vorlegende Gericht, wenn das INAIL als Unternehmen einzuordnen wäre, festzustellen haben wird, ob diese Einrichtung offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage zu befriedigen, und ob die Gewährung des ausschließlichen Rechts nach Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt ist.

51 — Siehe Albany, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 122.

## Ergebnis

101. Aus den oben genannten Gründen sollten die vorgelegten Fragen nach meiner Auffassung wie folgt beantwortet werden:

Eine Einrichtung, die ein staatliches System einer Pflichtversicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten unter den Bedingungen verwaltet, wie sie für das italienische Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro gelten, kann nicht als ein Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags angesehen werden.