

Der Unterlassungszwang bei Berufskrankheiten

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Justus-Liebig-Universität Gießen

vorgelegt von

Peter Becker

aus Gießen

Gießen 2003

Inhaltsübersicht:

Inhaltsverzeichnis	3
Abkürzungsverzeichnis	10
Einleitung	13
I. Historische Entwicklung	17
II. Der Unterlassungszwang im System des BK-Rechts	40
III. Vergleichbare Regelungen in ähnlichen Systemen	74
IV. Die mit dem Unterlassungszwang verfolgten Ziele	79
V. Die gefährdenden Tätigkeiten	91
VI. Das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten	114
VII. Die Beweisanforderungen	139
VIII. Folgen des Unterlassens bzw. Nicht-Unterlassens	142
IX. Zukünftige Entwicklungen	147
X. Ausnahmen vom tatsächlichen Unterlassen ?	164
XI. Verfassungsrechtliche Überprüfung der heutigen Rechtslage nach dem SGB VII und der BKV	194
XII. Internationale Aspekte	240
Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	249
Literaturverzeichnis	254

Inhaltsverzeichnis:

Abkürzungsverzeichnis	10
Einleitung	13
I. Historische Entwicklung	17
1. Von den Anfängen bis zur ersten BKVO in 1925	17
a) Rechtliche Ausgangslage	17
b) Erste Regelungen über BKen	18
2. Ausbau des BK-Rechts bis zum ersten Unterlassungszwang in 1936	20
a) Weiterer Ausbau	20
b) 3. BKVO und erster Unterlassungszwang	20
3. Entwicklung des BK-Rechts bis zur 6. BKVO in 1961	22
a) 5. BKVO und Probleme um den Wechsel eines „Berufs“	22
b) 6. BKVO: Von der Aufgabe des Berufs zur Aufgabe der beruflichen Beschäftigung	24
4. Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz in 1963, 7. BKVO in 1968 und die Folgen	26
a) Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz	26
b) 7. BKVO	27
c) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Tätigkeitsaufgabe	28
5. Die Änderungen der BKVO von 1976 bis 1992 sowie die Einführung des heutigen Unterlassungszwangs	30
a) BKVO 1976	30
b) Einführung der heutigen Definition des Unterlassungszwangs	30
c) BKVO 1988 und BKVO 1992	32

6.	SGB VII und BKV von 1997	32
	a) SGB VII	32
	b) Die Aufnahme des Unterlassungszwangs in die Ermächtigungsgrundlage	33
	c) BKV 1997 und ihre Änderung in 2002	35
7.	Exkurse zum Saarland und zur DDR	36
	a) Saarland	36
	b) DDR	37
II.	Der Unterlassungszwang im System des BK-Rechts	40
1.	Zur Grundlegung: Der Arbeitsunfall und der versicherte Personenkreis	41
	a) Theorie der wesentlichen Bedingung	42
	b) Beweisanforderungen	45
	c) Versicherter Personenkreis	47
2.	Die Grundlagen des BK-Rechts	48
	a) Die Voraussetzungen für die Schaffung einer Listen-BK	49
	b) Die Feststellung einer Listen-BK im Einzelfall	51
	c) „Wie-“ oder „Quasi-BKen“ nach § 9 Abs. 2 SGB VII	54
3.	Besonderheiten des BK-Rechts	55
	a) BK-Anerkennung dem Grunde nach	55
	b) Befundanererkennung	56
	c) Versicherungsfall und Leistungsfall	58
	d) Eintritt und Zeitpunkt des Versicherungsfalls	58
	e) Stichtagsregelung	62
4.	Die Leistungen nach Eintritt einer BK	63
	a) Die Leistungen nach §§ 26 ff. SGB VII	63

b)	Die Leistungen gemäß § 3 BKV	68
III.	Vergleichbare Regelungen in ähnlichen Systemen	74
1.	Im Beamtenversorgungsrecht	74
2.	Im Sozialen Entschädigungsrecht	75
3.	Im privaten Unfallversicherungsrecht	77
IV.	Die mit dem Unterlassungszwang verfolgten Ziele	79
1.	Die Verordnungs- und Gesetzesmaterialien	79
2.	Rechtsprechung und Literatur	81
a)	Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen	81
b)	Präventionszweck	82
c)	Umstritten: Kausalitätsanzeichen	83
3.	Würdigung der Ziele	85
a)	Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und unnötigem Verwaltungsaufwand	85
b)	Präventionszweck	86
c)	Kausalitätsanzeichen	88
V.	Die gefährdenden Tätigkeiten	91
1.	Die „Tätigkeit“	91
2.	Das „Gefährdende“ an den Tätigkeiten	94
a)	Klärung der Grundbegriffe	95
b)	Gefährdende Tätigkeiten, die ursächlich sein können	97
aa)	Literatur und Rechtsprechung	97
bb)	Eigene Lösung	101
3.	Gefährdende Tätigkeiten im unversicherten Bereich	109
a)	Grundlagen	109

b)	Tätigkeiten als mitversicherte Angehörige oder Wie-Beschäftigte	110
c)	Unversicherte, gewerbliche Tätigkeiten	111
VI.	Das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten	114
1.	Objektiver Zwang zum Unterlassen und Vermeidungsmöglichkeiten	115
2.	Tatsächliches Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten	118
a)	Sondergruppe Selbständige	120
b)	Problemfälle in der Praxis	121
3.	Ohne Rücksicht auf den Grund des Unterlassens	125
a)	Die Auffassung des 8. Senats des BSG	125
b)	Die Gründe gegen einen Zusammenhang zwischen objektivem Zwang und objektivem Unterlassen	126
c)	Aufstellung der unbeachtlichen Gründe	129
d)	Klarstellungen	131
4.	Der Zeitpunkt des Unterlassens	132
a)	Die Feststellung des Zeitpunktes	132
b)	Unterlassen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	134
5.	Die Endgültigkeit des Unterlassens - Erforderlichkeit einer Prognose ?	135
VII.	Die Beweisanforderungen	139
VIII.	Folgen des Unterlassens bzw. Nicht-Unterlassens	142
1.	Unterlassungszwang und MdE-Bemessung	142
2.	Unterlassungszwang und § 3 BKV-Leistungen	145

IX. Zukünftige Entwicklungen	147
1. Vor Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides	148
a) Sonderproblem: Wiederaufnahme einer gefährdenden Tätigkeit in der Zwischenzeit	149
b) Folgeproblem: Ein oder zwei Versicherungsfälle ?	151
2. Nach Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides	153
a) Rücknahme gemäß § 45 SGB X	153
b) Aufhebung gemäß § 48 SGB X	154
aa) Grundlagen	154
bb) Fallkonstellationen	155
cc) Zeitpunkt der Aufhebung	159
3. Gefährdungen im unversicherten, privaten, nicht gewerblichen Bereich	160
X. Ausnahmen vom tatsächlichen Unterlassen ?	164
1. Ausnahmen in der Rechtsprechung	164
2. Die Auffassungen in der Literatur	165
3. Eigener Lösungsansatz	170
a) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	171
b) Grenzen der Mitwirkung	173
c) Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten	175
d) Zeitliche Begrenzung	177
4. Analyse der einzelnen Fallgestaltungen	178
a) Persönliche und familiäre Gründe	178
b) Schwere der Erkrankung	180
c) Soziale und wirtschaftliche Lage des Erkrankten	181
d) Erfordernisse des Unternehmens	182
e) Vertrauensschutz aufgrund einer Empfehlung des Unfallversicherungsträgers oder einer ähnlichen Stelle	182
aa) Rechtliche Grundlagen für einen Vertrauensschutz	184

bb)	Anwendung in der vorliegenden Fallgestaltung	186
cc)	Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch	187
f)	Sonstiges Verhalten des Unfallversicherungsträgers	189
aa)	Fallkonstellationen	189
bb)	Literatur und Instanzgerichte	190
cc)	Eigene Würdigung	191
XI.	Verfassungsrechtliche Überprüfung der heutigen Rechtslage nach dem SGB VII und der BKV	194
1.	Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG	195
a)	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	195
b)	Überprüfung der Ermächtigungsgrundlage in § 9 Abs. 1 SGB VII	196
c)	Überprüfung der heutigen BKV und der darin enthaltenen BK-Bezeichnungen mit Unterlassungszwang	198
2.	Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG	200
a)	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	200
b)	Untersuchung des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII	204
aa)	Vorliegen eines Eingriffs	204
bb)	Rechtfertigung eines Eingriffs	206
c)	Untersuchung des Unterlassungszwangs in den einzelnen BK-Bezeichnungen der BKV	207
3.	Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG	209
4.	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	210
a)	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	211
aa)	Grundlagen	211
bb)	Der anzuwendende Prüfungsmaßstab	212
cc)	Typisierungen	214
dd)	Adressaten	215
ee)	Anwendungsfälle aus dem Sozialrecht	216
b)	Untersuchung des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII	219
aa)	Die Unterschiede zwischen BKen mit und ohne Unterlassungszwang	219
bb)	Der anzuwendende Prüfungsmaßstab	219
cc)	Die Anwendung des Prüfungsmaßstabes	220

dd)	Der Vergleich von BKen mit Unterlassungszwang und Arbeitsunfällen	223
c)	Untersuchung des Unterlassungszwangs bei den einzelnen BKen	224
aa)	Differenzierungsgrund Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und Verwaltungsvereinfachung	225
bb)	Differenzierungsgrund Prävention	228
	(1) Präventive Gesichtspunkte bei den einzelnen BKen	228
	(2) Rechtliche Bewertung	231
cc)	Differenzierungsgrund Kausalitätsanzeichen	234
dd)	Zwischenergebnis und Würdigung	234
d)	Verfahrensrechtliche Konsequenzen	236
XII.	Internationale Aspekte	240
1.	Internationale Arbeitsorganisation	240
2.	Europa, insbesondere Europäische Union	241
	a) Art. 57 VO (EWG) Nr. 1408/71	242
	b) Bedeutung für die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang	243
	c) Europäische Liste der BKen	245
3.	Verhältnis zu anderen Staaten außerhalb der EU	247
	Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	249
	Literaturverzeichnis	254

Abkürzungsverzeichnis:

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AN	Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AuB	Allgemeinen Unfallversicherungs-Bedingungen
Az.	Aktenzeichen
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BG	Die „BG“ (Die Berufsgenossenschaft) (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BK	Berufskrankheit
BKV	Berufskrankheiten-Verordnung
BKVO	Berufskrankheiten-Verordnung
Breith.	Breithaupt: Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des BSG
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVG	Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges - Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise

DDR	Deutsche demokratische Republik
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
dsl.	derselbe / dieselbe / dasselbe
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft(en)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GBI.	Gesetzblatt der DDR
GG	Grundgesetz
Halbs.	Halbsatz
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg.	herausgegeben
HVBG	Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
LSG	Landessozialgericht
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
OVG	Oberverwaltungsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Rn.	Randnummer(n)
RVA	Reichsversicherungsamt
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Satz, Seite
SdL	Soziale Sicherheit in der Landwirtschaft (Zeitschrift)
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch (mit jeweiliger Nummer)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannte(n/r)
SozR	Sozialrecht (Sammlung von Entscheidungen des BSG)
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
SozVers	Die Sozialversicherung (Zeitschrift)
SVG	Soldatenversorgungsgesetz
usw.	und so weiter
UVNG	Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz
v.	von, vom
vgl.	vergleiche
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Zeitschrift)

Einleitung

Das heutige Recht der gesetzlichen Unfallversicherung im Siebten Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII)¹ definiert in § 7 Abs. 1 SGB VII zwei Versicherungsfälle: den Arbeitsunfall und die Berufskrankheit (BK).

Ursprünglich kannte die gesetzliche Unfallversicherung nur den Arbeitsunfall als Versicherungsfall. Die BKen wurden erst durch die „Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf gewerbliche Berufskrankheiten“ vom 12.05.1925² eingeführt.

In der zu dieser Verordnung gehörenden Anlage waren insgesamt elf Krankheiten aufgeführt, die zumeist unabhängig vom Krankheitsbild vor allem durch die beruflich verursachte Einwirkung („Erkrankungen durch ..“ z.B. Blei usw.) definiert waren. Nur bei der damaligen BK Nr. 7 kam als weitere Einschränkung die Art der Erkrankung („an Hautkrebs“) hinzu. Durch die „Dritte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten“ vom 16.12.1936³ wurde diese BK der Haut unter der Nr. 15 neu bezeichnet mit „Schwere oder wiederholt rückfällige berufliche Hauterkrankungen, die zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit zwingen“. Damit wurde erstmals die Aufgabe der Tätigkeit zur Anerkennung einer BK gefordert.

In der Anlage der heute geltenden Berufskrankheiten-Verordnung (BKV) vom 31.10.1997⁴, geändert durch Verordnung vom 05.09.2002⁵, sind von den enumerativ aufgeführten 68 BKen immerhin neun durch die übereinstimmende Formulierung „die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich

¹ V. 07.08.1996, BGBl. I S. 1254.

² RGBl. I S. 69.

³ RGBl. I S. 1117.

⁴ BGBl. I S. 2623.

⁵ Verordnung zur Änderung der Berufskrankheiten-Verordnung (BKV-ÄndV) v. 05.09.2002, BGBl. I S. 3541.

waren oder sein können“ näher definiert. Dieser Definitionsbestandteil, auch kurz als „Unterlassungszwang“ oder früher „Tätigkeitsaufgabe“ bezeichnet, ist bei den entsprechenden BKen eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen, die erfüllt sein müssen, damit die BK vorliegt, der Versicherungsfall eintritt und der Unfallversicherungsträger gegenüber den Versicherten Leistungen erbringen muss.

Die Bezeichnung und quantitative Bedeutung dieser neun BKen ist der folgenden Übersicht zu entnehmen:

BK-Nr.	Bezeichnung	Anzahl	%
1315	Erkrankungen durch Isocyanate, die zur ...	90	0,1
2101	Erkrankungen der Sehnenscheiden oder des Sehnengleitgewebes sowie der Sehnen- oder Muskelansätze, die zur ...	1.176	1,7
2104	Vibrationsbedingte Durchblutungsstörungen der Hände, die zur ...	81	0,1
2108	Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten oder durch langjährige Tätigkeiten in extremer Rumpfbeugehaltung, die zur ...	11.065	15,5
2109	Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Halswirbelsäule durch langjähriges Tragen schwerer Lasten auf der Schulter, die zur ...	1.435	2,0
2110	Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjährige, vorwiegend vertikale Einwirkungen von Ganzkörperschwingungen im Sitzen, die zur ...	614	0,9
4301	Durch allergisierende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankungen, einschließlich Rhinopathie, die zur ...	3.543	5,0
4302	Durch chemisch-irritativ oder toxisch wirkende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankungen, die zur ...	1.906	2,7
5101	Schwere oder wiederholt rückfällige Hauterkrankungen, die zur ...	18.664	26,2
Summe BKen mit Unterlassungszwang		38.574	54,2
BKen insgesamt		71.172	100,0

Die Anzahl und der Prozentsatz beziehen sich auf die BK-Verdachtsanzeigen im Jahre 2000 nur bei den gewerblichen Berufsgenossenschaften⁶.

Da diese Zahlen in etwa denen der Vorjahre gleichen, ist als Zwischenergebnis festzustellen, dass die BKen mit Unterlassungszwang über die Hälfte aller angezeigten BK-Verdachtsfälle umfassen und von daher hinsichtlich deren Tatbestandsmerkmals „Unterlassungszwang“ eine entsprechend differenzierte Würdigung und Untersuchung erforderlich ist.

Die Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmals „Unterlassungszwang“ für die Anerkennung der entsprechenden BKen herauszuarbeiten, ist Aufgabe der folgenden Ausführungen.

Hierbei gilt es zu beachten, dass das Unterlassen der Tätigkeit insbesondere auch in § 3 BKV eine gesetzliche Vorgabe ist, die an bestimmte Voraussetzung geknüpft ist und zu Rechtsfolgen führen kann: Nach § 3 Abs. 2 BKV haben Versicherte, die die gefährdende Tätigkeit unterlassen, weil die Gefahr fortbesteht, dass eine BK entsteht, wiederauflebt oder sich verschlimmert, zum Ausgleich hierdurch verursachter Minderungen des Verdienstes oder sonstiger wirtschaftlicher Nachteile gegen den Unfallversicherungsträger Anspruch auf Übergangsleistungen.

Die **Untersuchung** beginnt mit einer Darstellung der historischen Entwicklung von den Anfängen der gesetzlichen Unfallversicherung über die Einführung von BKen bis zur heutigen Rechtslage. Es schließt sich die Einordnung des Unterlas-

⁶ Es werden bei dieser wie den folgenden Tabellen die veröffentlichten Zahlen der gewerblichen Berufsgenossenschaften zugrunde gelegt, weil in deren Zuständigkeitsbereich mit ca. 86 bis 87 % der jährlichen BK-Verdachtsanzeigen der eindeutige Schwerpunkt des BK-Geschehens liegt und die anderen Unfallversicherungsträger der Landwirtschaft und der öffentlichen Hand, von denen es auch keine entsprechend zusammengefassten, veröffentlichten Zahlen gibt, zahlenmäßig von nachgeordneter Bedeutung sind; vgl. in den Jahrgängen 1997 bis 2001 des Statistischen Jahrbuchs für die Bundesrepublik Deutschland die Tabelle 19.3.3. Die obige Tabelle beruht auf den Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften 2000, Tabelle 5.3., S. 77. Zu den verschiedenen Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung vgl. die hier nicht weiter berührten organisatorischen Vorschriften in §§ 114 ff. SGB VII.

sungszwangs in das heutige BK-Recht, das auf dem Arbeitsunfall aufbaut, sowie der Vergleich mit Regelungen in ähnlichen Systemen (Beamtenversorgung, soziale Entschädigung, private Unfallversicherung) an. Die folgenden Abschnitte prüfen zunächst die mit dem Unterlassungszwang verfolgten Ziele, dann seine einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, die gefährdenden Tätigkeiten und das Unterlassen und schließlich die in der Praxis wichtigen Beweisanforderungen. Anschließend werden die Folgen des Unterlassens und mögliche zukünftige Entwicklungen behandelt sowie die Frage nach Ausnahmen vom Unterlassungszwang. Es folgen die nach der Rechtsprechung des BVerfG⁷ erst vor dem Hintergrund der Auslegung des Unterlassungszwangs durch die Fachgerichte vorzunehmende verfassungsrechtliche Überprüfung sowie das in Zeiten der Globalisierung unumgängliche Aufzeigen der internationalen Aspekte. In der abschließenden Zusammenfassung der Ergebnisse mit Ausblick werden Hinweise für die weitere Entwicklung der BK-Voraussetzung Unterlassungszwang sowie eine mögliche Alternative erörtert.

⁷ Vgl. BVerfGE 58, 369, 374; BVerfGE 105, 48, 56.

I. Historische Entwicklung

1. Von den Anfängen bis zur ersten BKVO in 1925

Der historische Hintergrund für die Schaffung der gesetzlichen Unfallversicherung ist die industrielle Revolution, die damit einhergehende Massenverletzung und speziell die erhöhten Risiken bei der Berufsarbeit sowie die unzureichende Absicherung gegen ihre Folgen. Die Grundprinzipien der gesetzlichen Unfallversicherung waren und sind daher bis heute das soziale Schutzprinzip sowie die Haftungsersetzung durch Freistellung der Unternehmen von der Unternehmenshaftpflicht bei gleichzeitiger Übernahme der Kosten für die Unfallversicherung durch die Unternehmen⁸.

a) Rechtliche Ausgangslage

Rechtlicher Ausgangspunkt für die gesetzliche Unfallversicherung war der **Arbeitsunfall**: Ein zeitlich begrenztes, von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis, das zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führt - so die heutige Legaldefinition in § 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII, die den in der Rechtsprechung entwickelten Unfallbegriff übernimmt⁹.

Das **Unfallversicherungsgesetz vom 06.07.1884**¹⁰, mit dem die gesetzliche Unfallversicherung geschaffen wurde, bestimmte zwar in § 1: „Alle in Bergwerken .. sowie in Fabriken .. beschäftigten Arbeiter .. werden gegen die Folgen der bei dem Betriebe sich ereignenden Unfälle .. versichert.“ Eine Definition des Begriffs „Unfall“ enthielt es jedoch nicht, setzte ihn vielmehr voraus. Auch die Reichsversi-

⁸ Vgl. nur: Gitter / Nunius in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 5 Rn. 28 ff.

⁹ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 13/2204, S. 77; zur Rechtsprechung vgl. BSGE 23, 139, 141; BSG SozR 2200 § 548 RVO Nr 56 m.w.N.

¹⁰ RGBl. S. 69.

cherungsordnung vom 19.07.1911¹¹ (RVO) setzte in § 544 den Begriff des Unfalls voraus, wenn sie bestimmte: „Gegen Unfälle bei Betrieben oder Tätigkeiten, die nach den §§ 537 bis 542 der Versicherung unterliegen (Betriebsunfälle), sind versichert ..“.

Zum **Wesen eines Unfalls** gehört die Plötzlichkeit, zeitliche Begrenztheit der Einwirkung¹². Schon das Reichsversicherungsamt¹³, die oberste Aufsichtsbehörde für die neu geschaffene Sozialversicherung und in Teilen Vorläufer des heutigen BSG, hat in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht¹⁴ als äußerste Grenze für die Dauer der Einwirkung durch einen Arbeitsunfall einen Zeitraum von einigen Stunden, höchstens aber eine Arbeitsschicht angenommen. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte und vor allem das BSG¹⁵ sind dem gefolgt.

Andererseits war bereits vor Schaffung der RVO erkannt worden, dass gewisse typische Erkrankungen, „sog. **Gewerbekrankheiten**“, „als das Endergebnis der eine längere Zeit andauernden, der Gesundheit nachteiligen Betriebsweise bei bestimmten Gewerbetätigkeiten aufzutreten pflegen“¹⁶.

b) Erste Regelungen über BKen

Die am 01.01.1913 in Kraft getretene **RVO** enthielt mit dem § 547 erstmals¹⁷ im deutschen Recht eine Vorschrift über diese nun als Berufskrankheiten bezeichneten Krankheiten: „Durch Beschluss des Bundesrats kann die Unfallversicherung auf bestimmte gewerbliche Berufskrankheiten ausgedehnt werden. Der Bundesrat ist berechtigt, für die Durchführung besondere Vorschriften zu erlassen.“

¹¹ RGBl. S. 509.

¹² Vgl. Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Stichwort „Unfall“.

¹³ AN 1914, 617, 620.

¹⁴ RGZ 21, 77, 78; RGZ 66, 433, 434; RGZ 93, 33, 34.

¹⁵ Vgl. BSGE 15, 41, 45; BSGE 15, 112, 113; BSG SozR 2200 § 548 RVO Nr 71; LSG Niedersachsen, BG 1960, 288.

¹⁶ Handbuch der Unfallversicherung, Bd. I, § 1 Anm. 33, S. 28; aber auch die zivilgerichtliche Rechtsprechung: RGZ 66, 433.

¹⁷ So auch: Laß § 547 Anm. 1, 4.

Abgesehen von kriegsbedingten Sonderregelungen aufgrund anderer Rechtsgrundlage¹⁸ erfolgte die erste Normierung von BKen durch die (erste) „**Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf gewerbliche Berufskrankheiten**“ vom 12.05.1925¹⁹ (1. BKVO). Diese erklärte in der eigentlichen Verordnung die Vorschriften über Arbeitsunfälle für weitgehend entsprechend anwendbar, schuf spezielle Verfahrensregelungen und führte in einer regelungssystematisch als Anlage der eigentlichen Verordnung gestalteten Tabelle insgesamt elf Krankheiten als BKen auf.

Bei der Definition der BKen wurde zumeist (vgl. „Lfd. Nr.“ 1 bis 7, 9) die Formulierung „Erkrankungen durch ..“ eine bestimmte Einwirkung, z.B. „Blei oder seine Verbindungen“ (BK Nr. 1), aber auch „Röntgenstrahlen“ (BK Nr. 9) verwandt. Es kam also unabhängig vom Krankheitsbild alleine auf die beruflich verursachte Einwirkung an. Nur bei der BK Nr. 7 kam zu den Einwirkungen („Erkrankungen .. durch Ruß, Paraffin, Teer ..“) als weitere Einschränkung die Art der Erkrankung hinzu („... an Hautkrebs ..“). Des Weiteren mussten die Versicherten in Betrieben arbeiten, in denen sie diesen Einwirkungen regelmäßig ausgesetzt waren (Spalte III der Anlage). Die übrigen drei BKen Nr. 8, 10, 11 betrafen spezielle Erkrankungen in bestimmten Berufen und Betrieben²⁰.

In § 6 der 1. BKVO war schon die Möglichkeit von Übergangsleistungen enthalten: War zu befürchten, dass eine BK entstehen, wiederentstehen oder sich verschlimmern wird, wenn der Versicherte weiter in einem versicherten Betriebe beschäftigt wird, so konnte ihm der Versicherungsträger eine Übergangsrente bis zur Hälfte der Vollrente so lange gewähren, als er die Beschäftigung in solchem Betrieb unterließ.

¹⁸ Bekanntmachung über die Gewährung von Sterbegeld und Hinterbliebenenrenten bei Gesundheitsschädigung durch aromatische Nitroverbindungen v. 12.10.1917, RGBl. S. 900; Verordnung über die Gewährung von Sterbegeld und Hinterbliebenenrenten bei Gesundheitsschädigung durch Gaskampfstoffe und Nitromethan v. 09.12.1918, RGBl. 1439, die beide auf § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen v. 04.08.1914, RGBl. S. 327, nicht aber auf § 547 der damaligen RVO gestützt wurden.

¹⁹ RGBl. I S. 69.

²⁰ Nr. 8 „Grauer Star bei Glasmachern“, Nr. 10 „Wurmkrankheit der Bergleute“, Nr. 11 „Schneeberger Lungenkrankheit“.

2. Ausbau des BK-Rechts bis zum ersten Unterlassungszwang in 1936

a) Weiterer Ausbau

Nachdem durch das Zweite Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 14.07.1925²¹ in § 547 RVO das Wort „gewerbliche“ gestrichen worden war, konnten auch die BKen in der landwirtschaftlichen und der Seeunfallversicherung erfasst werden.

Durch das Dritte Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 20.12.1928²² erhielt § 547 RVO die folgende Fassung: „Die Reichsregierung kann durch Verordnung bestimmte Krankheiten als Berufskrankheiten bezeichnen. Auf solche Krankheiten findet die Unfallversicherung Anwendung ohne Rücksicht darauf, ob die Krankheit durch einen Unfall oder durch eine schädigende Einwirkung verursacht ist, die nicht den Tatbestand des Unfalls erfüllt. Die Reichsregierung kann die Durchführung der Unfallversicherung bei Berufskrankheiten und Art und Voraussetzung ihrer Entschädigung regeln.“

Die „Zweite Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten“ vom 11.02.1929²³ (2. BKVO), ohne die Einschränkung „gewerbliche“ BKen, verdoppelte die Anzahl der BKen auf 22 und bezog insbesondere die Silikose (Nr. 16), chronische und chronisch-rezidivierende Hauterkrankungen durch bestimmte Einwirkungen (Nr. 11 bis 13), aber auch Tropenkrankheiten, Fleckfieber, Skorbut in der Seeschifffahrt (Nr. 21) und Infektionskrankheiten (Nr. 22) mit ein.

b) 3. BKVO und erster Unterlassungszwang

Die „Dritte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrank-

²¹ RGBl. I S. 97.

²² RGBl. I S. 405.

²³ RGBl. I. S. 27.

heiten“ vom 16.12.1936²⁴ (3. BKVO) beruhte auf einer grundlegenden Überarbeitung der 2. BKVO sowohl hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens als auch der in der Anlage enthaltenen BK-Liste²⁵. Neben zahlreichen Änderungen bei einzelnen BK-Tatbeständen wurden insbesondere die Asbestose (Nr. 18) und bestimmte Krebserkrankungen (Nr. 14, 19) neu aufgenommen. Die schon in der 2. BKVO enthaltenen BKen der Haut wurden unter der „Lfd. Nr. 15“ wie folgt zusammengefasst: „Schwere oder wiederholt rückfällige berufliche Hauterkrankungen, **die zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit zwingen**“.

Diese Änderung und die erstmals verwandte BK-Voraussetzung „Zwang zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit“ wurde mit den „großen Schwierigkeiten und lebhaften Widersprüchen“²⁶ begründet, zu denen das Anerkennungssystem der 2. BKVO bei der BK der Haut, die bestimmte Einwirkungen durch die Arbeitsweise (Nr. 11 „durch Galvanisierungsarbeiten“) oder Stoffe (Nr. 12 „durch exotische Holzarten“) voraussetzte, geführt hatte. Da praktisch jeder Stoff oder physikalische Einwirkung zu einer kürzer oder länger dauernden Überempfindlichkeit der Haut führe, sei es nicht sinnvoll, den Weg, bestimmte Einwirkungen aufzuführen, fortzusetzen. Die Einführung dieses weiteren Tatbestandsmerkmals wurde als zweckmäßig angesehen, um einerseits die erforderliche Erweiterung des Versicherungsschutzes in den sachlich berechtigten und gesundheitlich begründeten Grenzen herbeizuführen und andererseits nur die Erkrankungen zu entschädigen, die nach Verlauf und Dauer als chronische Hauterkrankungen bezeichnet werden, sowie die außerordentlichen Schwierigkeiten, die in der Klärung der Krankheitsursachen in jedem Einzelfall liegen, möglichst einzuschränken²⁷. Ebenfalls einschränkend wirkte sich aus, dass die Hauterkrankung schwer oder wiederholt rückfällig, was dreimaliges Auftreten beinhaltete, sein musste.

In die gleiche Richtung zielte eine Einschränkung hinsichtlich der BKen Nr. 1 bis 10, weil durch die betreffenden Stoffe verursachte Hauterkrankungen nur anzuerkennen waren, wenn sie Teil einer durch den jeweiligen Stoff verursachten Allge-

²⁴ RGBl. I S. 1117.

²⁵ Vgl. die Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355 ff.

²⁶ Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355, 358.

meinerkrankung waren oder die Voraussetzungen der BK Nr. 15 vorlagen²⁸. Auch dies sollte bei geringfügigen und schnell vorübergehenden Erkrankungen der Haut durch chemische Einwirkungen Anträgen, denen der Erfolg versagt bleiben musste und die zu „hohe(n) und nutzlose(n) Aufwendungen“ führten, vermeiden helfen²⁹.

Auch die Regelung der Übergangsleistung, zwischenzeitlich in § 5 der BKVO, wurde geändert: Aus der Kann- wurde eine Soll-Leistung, und sie wurde von der weiteren Voraussetzung Minderung des Verdienstes oder sonstiger wirtschaftlicher Nachteile abhängig gemacht³⁰.

3. Entwicklung des BK-Rechts bis zur 6. BKVO in 1961

Durch das Sechste Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 09.03.1942³¹ wurde aus § 547 der § 545 RVO ohne inhaltliche Änderungen.

Die „Vierte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten“ vom 29.01.1943³² (4. BKVO) änderte die 3. BKVO zum Teil nur redaktionell und in bestimmten BK-Nummern ab bzw. erweiterte sie³³.

a) 5. BKVO und Probleme um den Wechsel eines „Berufs“

Die „Fünfte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten (Fünfte Berufskrankheiten-Verordnung)“ vom 26.07.1952³⁴ (5. BKVO) enthielt weitere Ergänzungen und vor allem eine Neubekanntmachung der BK-Liste

²⁷ Vgl. die Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355, 358.

²⁸ Vgl. in der Anlage der 3. BKVO in der Spalte II die Einschränkung bei den BKen der Nr. 1 bis 10, RGBI. I S. 1119.

²⁹ Vgl. die Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355, 357.

³⁰ Vgl. die Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355, 356.

³¹ RGBI. I S. 107.

³² RGBI. I S. 85.

³³ Zu weiteren hier nicht relevanten Einzelheiten siehe: Bauer, Die Vierte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten, Nachdruck in: Bauer, Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, S. 161 ff.

mit geänderten BK-Nummern in der Anlage³⁵.

Die Hauterkrankungen (nun BK Nr. 19) waren nach wie vor ebenso wie in der 3. BKVO definiert und die einzige BK, die einen Zwang zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit forderte.

In dem vom Bundesministerium für Arbeit unter Mitwirkung der Gewerbeärzte neu aufgestellten Merkblatt zur BK Nr. 19 ist insofern ausgeführt³⁶: Voraussetzung für die Anerkennung eines beruflichen Hautleidens als entschädigungspflichtige BK sei weiterhin der Zwang zur Aufgabe des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit. Eine Tätigkeit gelte als Beruf, wenn ihr eine Lehr- oder Anlernzeit vorausgegangen oder durch langjährige Tätigkeit besondere Erfahrungen, Fähigkeiten und Fertigkeiten erworben worden seien. Bei einem ungelerten Arbeiter könne kein „Beruf“ angenommen werden, hier müsse ein Zwang zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit bestehen.

Für den allgemein geforderten objektiven Zwang zum **Wechsel des Berufs** und dessen tatsächliche Ausführung hatte es das BSG seit zwei Entscheidungen vom 30.10.1959³⁷ als ausreichend angesehen, wenn der bisher ausgeübte Beruf aufgegeben wurde. Ob die in der Folgezeit ausgeübten Tätigkeiten auch einen „Beruf“ im Sinne der Rechtsprechung darstellten oder nur Hilfsarbeitertätigkeiten waren, wurde dahinstehen gelassen. Die spätere Berufsausübung sei für die Begründung der Entschädigungsansprüche unerheblich, da nach der Aufgabe des bisherigen Berufs die Aufnahme eines anderen Berufs nicht zu fordern sei.

Ein solcher Wechsel oder besser Aufgabe eines „Berufs“ lag nicht vor, sondern nur ein im Sinne der damaligen BK Nr. 19 der Anlage zur 5. BKVO belangloser Wechsel des Arbeitsplatzes, wenn ein mit ungelerten Arbeiten als Gelegenheits-

³⁴ BGBl. I S. 395.

³⁵ Zu weiteren hier nicht relevanten Einzelheiten siehe die Begründung in: Bauer, Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, S. 9 ff.; Bauer, Die Bedeutung der Fünften Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten in der arbeitsmedizinischen Gesetzgebung, Nachdruck in: Bauer, Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, S. 22 ff.

³⁶ Abgedruckt in: Bauer, Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, S. 39, 86 ff.

oder Hilfsarbeiter beschäftigter Versicherter sein Betätigungsfeld wegen einer durch die Arbeit entstandenen oder verschlimmerten Krankheit aufgab und zu einer anderen ungelerten Arbeit übergang. Für einen Beruf in dem vorgenannten Sinne genügte jedoch, wenn jemand durch die ausgeübte Tätigkeit zu besonderen, durch Anlernung oder langdauernde Arbeit erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten oder Fertigkeiten gelangt und auf diese Weise zu einer brauchbaren Arbeitskraft für Unternehmen gleicher Art geworden war. Hiernach konnte auch ein ungelerner Arbeiter eine berufliche Tätigkeit im obigen Sinne wechseln und es war nicht die Aufgabe jeder Erwerbsarbeit gefordert, wenn er sich bei seiner Tätigkeit besondere Kenntnisse, Fähigkeiten oder Fertigkeiten angeeignet hatte, über die nicht jeder ungelernete, normal begabte Arbeiter schon nach kurzer Einarbeitungszeit verfügte³⁸.

In der Praxis führte dies dazu, dass Hilfsarbeiter, die z.B. in einer Wäscherei gearbeitet und sich durch die verwandten Säuren und Laugen eine Hauterkrankung zugezogen hatten, keinen Anspruch auf Anerkennung einer BK Hauterkrankungen nach der Nr. 19 zur Anlage der 5. BKVO hatten, wenn sie anschließend wieder als Hilfsarbeiter arbeiteten, weil kein Wechsel eines „Berufs“, sondern nur des Betätigungsfeldes oder Arbeitsplatzes vorlag, selbst wenn ihnen infolge der Hauterkrankung viele Stellen des Arbeitsmarktes verschlossen waren. Erst wenn sie jegliche Erwerbstätigkeit aufgaben, war die BK anzuerkennen und zu entschädigen³⁹.

b) 6. BKVO:

Von der Aufgabe des Berufs zur Aufgabe der beruflichen Beschäftigung

Die „Sechste Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten (Sechste Berufskrankheiten-Verordnung - 6. BKVO)“ vom 28.04.1961⁴⁰ ergänzte die bisherigen BK-Tatbestände und ordnete die BK-Liste

³⁷ BSGE 10, 286, 290; BSG SGB 1960, 212, 213; BSGE 18, 98, 100; BSG, BG 1967, 358; BSGE 40, 66, 71 (noch !) zur 5. BKVO.

³⁸ BSGE 10, 278, 280 f.; BSGE 18, 98, 100.

³⁹ Vgl. BSGE 10, 278, 282.

⁴⁰ BGBl. I S. 505.

mit nunmehr 47 BK-Nummern neu, in dem die Krankheiten im Wesentlichen nach der Art der Einwirkung (z.B. chemische Stoffe, physikalische Einwirkungen) zusammengefasst wurden. Außerdem wurden alle BKen in der Spalte III der BK-Liste auf alle Unternehmen ausgedehnt mit Ausnahme der BK Nr. 37 Infektionskrankheiten, sie blieb weiterhin auf Krankenhäuser usw. beschränkt.

Neu aufgenommen wurde u.a. die BK Nr. 41 Bronchialasthma und neu gefasst⁴¹ die BK Nr. 43 Erkrankungen der Sehnenscheiden oder des Sehnengleitgewebes sowie der Sehnen- und Muskelansätze, die beide mit dem zusätzlichen Erfordernis „das bzw. die zur Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbstätigkeit gezwungen haben“ verknüpft waren. Auch bei der nunmehr als BK Nr. 46 aufgeführten Hauterkrankung war die bisherige Voraussetzung „zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbstätigkeit zwingen“ durch die gemeinsame **neue Formulierung** für alle drei BKen ersetzt worden.

Die geänderte Formulierung hatte nach der **Begründung**⁴² eine doppelte Zielrichtung:

- Zum einen sollte dem damals engen Begriff eines „Berufs“ Rechnung getragen werden, der eine entsprechende Ausbildung voraussetzte und nicht jede „Berufstätigkeit“ umfasste. Denn dies habe in der Praxis dazu geführt, dass nur bei Aufnahme eines entsprechenden neuen Berufs von dem bisher geforderten „Berufswechsel“ ausgegangen worden sei. Und es sei zu unbilligen Ergebnissen gekommen, wenn die neue Berufstätigkeit kein „Beruf“ in diesem Sinne gewesen sei. Durch den Verzicht auf den „Berufswechsel“ und die nunmehr geforderte bloße „Aufgabe der beruflichen Beschäftigung“ sollte der Kreis der Anspruchsberechtigten also erweitert werden⁴³.
- Zum anderen wurde der bisher genügende bloße „Zwang“ zur Aufgabe des Berufs, und sei es auch erst später, nicht mehr als ausreichend angesehen. Vielmehr wurde die tatsächliche Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit für unverzichtbar gehalten, wie auch der geänderten Zeitform

⁴¹ Zu den Änderungen im Einzelnen: Begründung des Verordnungs-Entwurfs in: BR-Drs. 115/61, S. 2 ff., insbesondere S. 8.

⁴² BR-Drs. 115/61, Begründung S. 8.

Präsens („zwingen“) in Perfekt („gezwungen haben“) eindeutig zu entnehmen ist. Hierdurch wurde der Kreis der Anspruchsberechtigten eingeschränkt.

Dass zumindest der erste Teil der Begründung nicht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BSG stand, zeigen die zuvor zitierten Entscheidungen vom 30.10.1959, die gerade nicht mehr die Aufnahme eines Berufs forderten und auch hinsichtlich des Begriffs „Berufs“ die Anforderungen sehr stark herabgesetzt hatte. In einer Gesamtschau ist die Neuformulierung der Tätigkeitsaufgabe in der 6. BKVO daher eher als Anpassung des Wortlauts der BKVO an die Rechtsprechung des BSG anzusehen oder als Festschreibung derselben für die Praxis der Unfallversicherungsträger.

4. Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz in 1963, 7. BKVO in 1968 und die Folgen

a) Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz

Im Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vom 30.04.1963⁴⁴ (UVNG) wurde der bisher für das BK-Recht grundlegende § 545 RVO durch den neuen § 551 RVO ersetzt. Dessen Abs. 1 lautete, ohne dass nach den Gesetzesmaterialien⁴⁵ eine Änderung beabsichtigt war: „Als Arbeitsunfall gilt ferner eine Berufskrankheit. Berufskrankheiten sind Krankheiten, welche die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates bezeichnet und die ein Versicherter bei einer der in den §§ 539, 540 und 543 bis 545 genannten Tätigkeiten erleidet. Die Bundesregierung wird ermächtigt, in der Rechtsverordnung solchen Krankheiten zu bezeichnen, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft durch besondere Einwirkungen verursacht sind, denen bestimmte Personengruppen durch ihre Arbeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sind; sie kann dabei bestimmen, daß die Krankheiten nur dann Berufskrank-

⁴³ A.A. Schönberger, BG 1962, 409, aber ohne Begründung.

⁴⁴ BGBl. I S. 241.

⁴⁵ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs in: BT-Drs. IV/120, S. 55.

heiten sind, wenn sie durch die Arbeit in bestimmten Unternehmen verursacht worden sind.“

Die entscheidende Neuerung⁴⁶ war die Ergänzung des in der BK-Liste zum Ausdruck kommenden Enumerations-Prinzips für BKen durch die Öffnungsklausel im späteren § 551 Abs. 2 RVO, dessen heutiger Nachfolger § 9 Abs. 2 SGB VII ist und der lautete: „Die Träger der Unfallversicherung sollen im Einzelfall eine Krankheit, auch wenn sie nicht in der Rechtsverordnung bezeichnet ist oder die dort bestimmten Voraussetzungen nicht vorliegen, wie eine Berufskrankheit entschädigen, sofern nach neuen Erkenntnissen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind.“

Des Weiteren enthielt § 551 Abs. 3 RVO i.d.F. des UVNG eine Regelung des „Zeitpunktes des Arbeitsunfalls“, die bisher in der jeweiligen BKVO enthalten war, und eine genauere Regelung der Verordnungsermächtigung hinsichtlich des BK-Verfahrens in Abs. 4.

b) 7. BKVO

Die „Siebte Berufskrankheiten-Verordnung“ vom 20.06.1968⁴⁷ (7. BKVO) passte die BKVO an die durch das UVNG geänderte Rechtslage nach der RVO an und fasste sie äußerlich völlig neu. Die Liste der BKen selbst beinhaltete keine Neuerungen, insbesondere keine neuen oder erweiterten BKen, außer dem Wegfall der sowieso schon überflüssig gewordenen Spalte III „Unternehmen“ und Integration der alleine noch bei der BK Nr. 37 Infektionskrankheiten bestehenden Einschränkung auf Krankenhäuser, Gesundheitsdienst usw. in die Definition dieser BK unter gleichzeitiger Erweiterung auf alle in ähnlichem Maße Gefährdeten⁴⁸.

⁴⁶ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs in: BT-Drs. IV/120, S. 55, und den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Sozialpolitik in: BT-Drs. IV/938, S. 44 f. zu § 552 des Entwurfs, der zu dem späteren § 551 RVO wurde.

⁴⁷ BGBl. I S. 721.

⁴⁸ Zu weiteren Einzelheiten siehe: Wendland, BArbBl. 1968, Heft 19-20, S. 549 ff.

Die beim Unterlassen einer gefährdenden Beschäftigung bisher schon vorgesehene Übergangsleistung wurde von einer Soll- zu einer Ist-Leistung und erhielt in § 3 Abs. 2 7. BKVO ihre auf der früheren Formulierung aufbauende, im Wesentlichen bis heute fortgeltende und in der Einleitung wiedergegebene Fassung. Ihr vorangestellt wurde in Abs. 1 eine Verpflichtung des Unfallversicherungsträgers zunächst mit allen geeigneten Mitteln die Entstehung, das Wiederaufleben oder Verschlimmern der BK zu verhindern.

c) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Tätigkeitsaufgabe

Da die oben wieder gegebene Formulierung des § 551 Abs. 1 S. 2 RVO im Gegensatz zu den Vorläufer-Vorschriften § 547 bzw. § 545 Abs. 2 RVO ab dem Dritten Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 20.12.1928⁴⁹ keine Regelung über eine Ermächtigung des Verordnungsgebers zur Bestimmung der „Art und Voraussetzung“ der Entschädigung bei BKen enthielt, wurden in der Folgezeit Bedenken gegen die einschränkende Anspruchsvoraussetzung „Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit“ bei den BKen Nr. 41, 43 und 46 erhoben, weil sie „weder mit der RVO noch mit dem Grundgesetz vereinbar sei“⁵⁰. Zwar sei § 551 Abs. 1 RVO selbst nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und deshalb mit Art. 80 GG vereinbar, bei der Schaffung der 7. BKVO vom 20.06.1968⁵¹ habe der Verordnungsgeber aber bei den BKen Nr. 41, 43 und 46, bei denen u.a. die Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit für den Eintritt des Versicherungsfalles erforderlich sei, unzulässigerweise in den Kompetenzbereich des Gesetzgebers eingegriffen und den Begriff Versicherungsfall durch besondere von ihm geschaffene Anspruchsvoraussetzungen verengt.

Das BSG⁵² hat demgegenüber die der Bundesregierung in § 551 Abs. 1 RVO

⁴⁹ RGBl. I S. 405.

⁵⁰ Hessisches LSG, Breith. 1977, 980, 983 f.

⁵¹ BGBl. I S. 721.

⁵² BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr. 10; bestätigt in: BSG SozR 5677 Anl Nr 46 7. BKVO Nr 8 zur BK Hauterkrankungen; vgl. jüngst: BSGE 84, 30, 32, 39 zur BK Nr. 2108 Lendenwirbelsäule.

erteilte Ermächtigung, bestimmte Krankheiten durch Rechtsverordnung als BKen zu bezeichnen, als nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt angesehen. Es liege innerhalb des Rahmens der in § 551 Abs. 1 RVO erteilten Ermächtigung, dass nach der 7. BKVO Anlage 1 Nr. 41 Bronchialasthma eine BK nur sei, wenn es zur Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit gezwungen habe. Dem Ordnungsgeber sei es im Rahmen der Ermächtigung unbenommen, für den Versicherungsfall der BK ein Krankheitsbild durch weitere Voraussetzungen zu ergänzen, wenn er durch diese die BKen von nicht dem Schutz der Unfallversicherung zu unterstellenden Allgemein-Erkrankungen abgrenze. In den weiteren Ausführungen wurde auf die historische Entstehung dieser BK-Voraussetzung seit der BK Nr. 15 in der 3. BKVO hingewiesen und ihr die Funktion eines typisierten Kausalitätsanzeichens zugebilligt, das in typisierender Betrachtung den Schweregrad der Krankheit beschreibe. Insofern wurde unter Bezugnahme auf die amtliche Begründungen zur 3. und 6. BKVO ausgeführt, dass durch diese zusätzliche BK-Voraussetzung bei den BKen Nr. 41 und 43 die leichteren Fälle der beruflich bedingten Gesundheitsstörungen bei diesen Krankheiten aus dem Schutz der Unfallversicherung herausgenommen werden sollten. Zu entschädigen seien somit die Erkrankungen, die zu einer längeren Arbeitsunfähigkeit führten oder eine Änderung der Berufstätigkeit oder der Lohnverhältnisse zur Folge hätten.

Die Bedenken waren danach zwar nicht völlig verstummt⁵³, überwiegend wurde jedoch auch in der Literatur die Einschränkung einzelner BK-Nummern durch derartige Voraussetzungen aufgrund des normativen Ermessens des Ordnungsgebers als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen⁵⁴.

⁵³ Vgl. Ricke in: Kasseler Kommentar, Stand 1/95, § 551 RVO Nr. 26.

⁵⁴ Vgl. Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 42.

5. Die Änderungen der BKVO von 1976 bis 1992 sowie die Einführung des heutigen Unterlassungszwangs

a) BKVO 1976

Durch die „Verordnung zur Änderung der Siebten Berufskrankheiten-Verordnung“ vom 08.12.1976⁵⁵ wurde die BKVO nur noch mit die Überschrift „Berufskrankheiten-Verordnung“ versehen und auf die bisherige fortlaufende Nummerierung verzichtet; sie wird daher im Folgenden als BKVO 1976 bezeichnet.

In der Sache enthielt sie eine neue BK-Liste mit einer neuen Ordnung der BKen nach Art der Einwirkung und Einführung eines vierstelligen Dezimalsystems zur Nummerierung der BKen. Neben der Aufteilung von einzelnen bisherigen BKen in nunmehr zwei oder drei BK-Nummern wurden neu aufgenommen die BKen Nr. 2104 Vibrationsbedingte Durchblutungsstörungen an den Händen, Nr. 4105 Durch Asbest verursachtes Mesotheliom des Rippenfells und des Bauchfells, Nr. 4201 Farmer-(Drescher-)Lunge und Nr. 4202 Erkrankungen der tieferen Atemwege und der Lunge durch Rohbaumwoll- oder Flachsstaub (Byssinose).

b) Einführung der heutigen Definition des Unterlassungszwangs

Des Weiteren wurde die bisherige Formulierung „zur Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit gezwungen hat“ wiederum geändert und lautete bei den einschlägigen BKen Nr. 2101 Erkrankungen der Sehnenscheiden, der neuen BK Nr. 2104 Vibrationsbedingte Durchblutungsstörungen der Hände, der anstelle des bisherigen Bronchialastmas getrennten, neuen BKen Nr. 4301/4302 Obstruktive Atemwegserkrankungen sowie der BK Nr. 5101 Hauterkrankungen übereinstimmend „die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ur-

⁵⁵ BGBl. I S. 3329.

sächlich waren oder sein können“.

Zur **Begründung** wurde ausgeführt⁵⁶, die bisherige Formulierung „Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit“ habe die Unfallversicherungsträger bei der Entschädigung bestimmter Personengruppen vor Schwierigkeiten gestellt. Es habe sich vor allem um Versicherte ohne besondere berufliche Kenntnisse gehandelt, bei denen die Rechtsprechung eine berufliche Beschäftigung nicht unterstellt habe und die mangels Aufgabe einer solchen keine Unfallrente erhalten hätten können. Die neue Fassung solle sicherstellen, dass Erkrankten, deren Erwerbsfähigkeit durch die Krankheit in entsprechendem Ausmaß eingeschränkt sei, die Leistung gezahlt werden könne. Diese sozialpolitische Zielsetzung wird auch in dem Einführungsaufsatz von Freischmidt⁵⁷ deutlich, der es als nicht gerechtfertigt ansah, dass bis zu dieser Änderungsverordnung vom 08.12.1976 von dem Erkrankten verlangt worden sei, eine „berufliche“ Beschäftigung aufzugeben haben zu müssen, wofür besondere Kenntnisse, Fähigkeiten oder Fertigkeiten verlangt worden seien. Offenbar hätte hier die Vorstellung eine Rolle gespielt, dass ein ungelernter Arbeiter durch die Aufgabe seines Arbeitsplatzes keinen Schaden erleiden könne. Dabei würde jedoch übersehen, dass nicht in allen Fällen eine Heilung eintrete und sehr wohl eine Gesundheitsschädigung zurückbleiben könne, die eindeutig eine MdE zur Folge habe.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass die Neuformulierung zu einer Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten in demselben Sinne wie die Änderung durch die 6. BKVO führen sollte: Wenn die ausgeübte Tätigkeit aufgeben werden muss und wird, ist diese Voraussetzung ohne Rücksicht auf die Qualität der ausgeübten Tätigkeit erfüllt⁵⁸.

⁵⁶ Begründung der Verordnung zur Änderung der Siebten Berufskrankheiten-Verordnung, BR-Drs. 563/76, S. 3 f.; vgl. zur Diskussion im Vorfeld: Konstanty, SozSich 1975, 167, 169.

⁵⁷ Freischmidt, BArbBl. 1977, Heft 2, S. 52, 53. Dass die mit der 6. BKVO schon beabsichtigte Erweiterung des zu entschädigenden Personenkreises nicht erreicht worden war, bestätigen auch Mehrtens / Perlebach, E § 9 SGB VII Rn. 27.1.

c) BKVO 1988 und BKVO 1992

Die „Verordnung zur Änderung der Berufskrankheiten-Verordnung“ vom 22.03.1988⁵⁹ (**BKVO 1988**) erweiterte die BK-Liste um vier neue Krankheiten und ergänzte sechs bereits aufgenommene, insbesondere die BK Nr. 2102 Meniskus-schäden und die BKen Nr. 4103 und 4104 Asbestose⁶⁰.

Die „Zweite Verordnung zur Änderung der Berufskrankheiten-Verordnung“ vom 12.12.1992⁶¹ (**BKVO 1992**) fasste die BKen Nr. 1303, 4104, 4105 neu und erwei-terte die BK-Liste insbesondere um die Nr. 1315 Erkrankungen durch Isocyanate, Nr. 2108 Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch lang-jähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten oder durch langjährige Tätigkeiten in extremer Rumpfbeugehaltung, Nr. 2109 Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Halswirbelsäule durch langjähriges Tragen schwerer Lasten auf der Schulter, Nr. 2110 Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjäh-rige, vorwiegend vertikale Einwirkungen von Ganzkörperschwingungen im Sitzen, die alle mit der weiteren Einschränkung „die zur Unterlassung aller Tätigkeiten ge-zwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederauf-leben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ versehen waren⁶².

<h2>6. SGB VII und BKV von 1997</h2>

a) SGB VII

Mit dem „Gesetz zur Einordnung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung in

⁵⁸ Siehe S. 25 zur 6. BKVO; zu den Widerständen gegen diese schon mit der 6. BKVO beabsich-tigten Erweiterung: vgl. Schönberger, BG 1962, 409; während es vom BSG, BG 1967, 358, 359 offengelassen worden war.

⁵⁹ BGBl. I S. 400.

⁶⁰ Zu weiteren hier nicht relevanten Einzelheiten siehe die Begründung in: BR-Drs. 33/88, S. 4 ff.

⁶¹ BGBl. I S. 2343.

⁶² Zu weiteren hier nicht relevanten Einzelheiten siehe die Begründung in: BR-Drs. 773/92, S. 4 ff.; vgl. zudem: Blome, Die „neue“ Berufskrankheitenliste 1993, BG 1993, 426 ff.

das Sozialgesetzbuch“⁶³, dessen Art. 1 die Einführung eines Siebten Buches Sozialgesetzbuchs - Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) beinhaltete, und der damit einhergehenden Ablösung der RVO in der gesetzlichen Unfallversicherung war keine grundlegende inhaltliche Reform des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung verbunden⁶⁴. Die mit der Neufassung beabsichtigte rechtssystematische Überarbeitung führte aber u.a. dazu, dass die BKen nicht mehr als Unterfall des Arbeitsunfalls, sondern in § 7 Abs. 1 SGB VII als eigenständiger neben dem Arbeitsunfall stehender Versicherungsfall definiert sind⁶⁵.

Im Vorfeld und während des Gesetzgebungsverfahrens diskutierte, grundlegende Änderungen u.a. im BK-Recht, wie eine Beweislastumkehr⁶⁶, sah schon der Gesetzentwurf der Bundesregierung⁶⁷ nicht vor und wurden schließlich auch nicht verabschiedet. Der Vergleich des Wortlauts der entscheidenden Vorschriften über BKen, des früheren § 551 RVO und des heutigen § 9 SGB VII, insbesondere der jeweiligen Absätze 1 und 2, zeigt, dass die Neuregelung im Wesentlichen dem alten Recht entspricht⁶⁸, was vom Gesetzgeber auch gewollt war⁶⁹.

b) Die Aufnahme des Unterlassungszwangs in die Ermächtigungsgrundlage

Neu in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung und in der später verabschiedeten Fassung der BK-Definition des § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII war jedoch, dass sie ergänzend zu der bisherigen Fassung als zusätzliches Tatbestandsmerkmal das Erfordernis „wenn sie (die Krankheiten)⁷⁰ zur Unterlassung aller Tä-

⁶³ Vom 07.08.1996, BGBl. I S. 1254.

⁶⁴ Vgl. den Allgemeinen Teil der Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 13/2204, S. 73.

⁶⁵ Vgl. früher: § 551 Abs. 1 S. 1 RVO: „Als Arbeitsunfall gilt ferner eine Berufskrankheit.“; heute: § 7 Abs. 1 SGB VII: „Versicherungsfälle sind Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten.“

⁶⁶ Vgl. Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drs. 13/2333, S. 5; Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 13/4853, S. 2 f., 7, 13 ff.; vgl. aus der Literatur: Breuer, NZS 1995, 146 ff.; Reinhardt, NJW 1994, 93 ff.; Krisa, BG 1993, 788 ff.

⁶⁷ BT-Drs. 13/2204, S. 13: Art. 1 § 9, sowie die Begründung dazu: S. 77 f.

⁶⁸ Zum Wortlaut siehe S. 26; vgl. im Übrigen die Synopse in: Gesetzliche Unfallversicherung, S. 148 f.

⁶⁹ BT-Drs. 13/2204, S. 77.

⁷⁰ Einschub des Verfassers.

tigkeiten geführt haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ vorsehen kann. In dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wurde diese Ergänzung als Klarstellung bezeichnet⁷¹.

Der Bundesrat forderte in seiner Stellungnahme eine Einschränkung dieser zusätzlichen BK-Voraussetzung auf solche Fälle, in denen die BK zu einer MdE von mehr als 30 v.H. führt, weil andernfalls bei einer angespannten wirtschaftlichen Lage die Erkrankten die Aufgabe der Tätigkeit in der Regel ablehnen müssten, da die zu erwartende Rentenleistung in keinem Verhältnis zu dem damit verbundenen Risiko stehe⁷². Die Bundesregierung hat dem Vorschlag in ihrer Gegenäußerung⁷³ nicht zugestimmt, weil bei einigen BKen schon aus präventiven Gründen die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit zum Tatbestand der BK gehöre und hierauf auch im Interesse des Gesundheitsschutzes der Versicherten nicht verzichtet werden könne. Die Aufgabe der schädigenden Tätigkeit müsse nicht in jedem Fall mit einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses oder mit der Berufsaufgabe gleichgesetzt werden. Außerdem würden finanzielle Einbußen, die aus der Tätigkeitsaufgabe folgten, durch Übergangsleistungen nach § 3 BKVO neben den sonstigen Geldleistungen zum Teil ausgeglichen. Im federführenden Bundestags-Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung fand ein bei BKen mit Unterlassungszwang auf eine Mindest-MdE von 30 v.H. abzielender Antrag der SPD-Fraktion ebenfalls keine Mehrheit⁷⁴, und er schlug insofern keine Änderungen an dem Entwurf der Bundesregierung vor.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die typischen **Tatbestandsmerkmale für die Feststellung einer BK** (vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII)

1. versicherte Tätigkeit,
2. dieser zuzurechnende
3. Einwirkung von schädigenden Stoffen, Belastungen usw.
4. dadurch verursachte

⁷¹ BT-Drs. 13/2204, S. 77.

⁷² BT-Drs. 13/2333, S. 4 f.

⁷³ BT-Drs. 13/2333, S. 19.

5. Krankheit,
um das Tatbestandsmerkmal

6. Zwang zur Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten
erweitert werden können.

Von Seiten der Literatur ist die Aufnahme des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII begrüßt worden, weil diese ausdrückliche Ermächtigung stärker rechtsstaatlichen Voraussetzungen entspricht⁷⁵, auch wenn sie gemäß der bisherigen Rechtsprechung nur klarstellenden Charakter hat⁷⁶.

Mit der **Anerkennungsmöglichkeit vor dem Unterlassen** enthält § 9 Abs. 4 SGB VII eine weitere Neuregelung: Dieser verpflichtet den Unfallversicherungsträger, wenn die Anerkennung einer BK die Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten voraussetzt, zu einer verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen der BK, bevor der Versicherte die Tätigkeit aufgibt - also nur über die ersten fünf der oben aufgeführten Voraussetzungen. Denn andernfalls - so die Gesetzesbegründung⁷⁷ - sei den Versicherten eine verbindliche Entscheidung über die Aufgabe oder Fortsetzung der Tätigkeit in der Regel nicht zumutbar.

c) BKV 1997 und ihre Änderung in 2002

Die „Berufskrankheiten-Verordnung (**BKV**)“ vom 31.10.1997⁷⁸ passte die BKVO - nun in der Verordnung selbst abgekürzt als „BKV“ - an die neue Rechtslage des SGB VII an, indem sie einschließlich Anlage neu gefasst wurde, ohne dass es zu größeren Änderungen kam: Die BK Nr. 4104 wurde um den Kehlkopfkrebs erweitert und die BKen Nr. 1316 Erkrankungen der Leber durch Dimethylformamid, Nr. 1317 Polyneuropathie oder Enzephalopathie durch organische Lösungsmittel oder deren Gemische sowie Nr. 4111 Emphysem-Bronchitis der Bergleute neu einge-

⁷⁴ BT-Drs. 13/4853, S. 2.

⁷⁵ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 16.

⁷⁶ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 4, 178a f. unter Hinweis auf BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 10; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 9 SGB VII Rn. 6.

⁷⁷ BT-Drs. 13/2204, S. 78.

führt⁷⁹.

Die Verordnung zur Änderung der Berufskrankheiten-Verordnung (BKV-ÄndV) vom 05.09.2002⁸⁰ enthielt im Wesentlichen eine Neufassung der BK Nr. 2106 Druckschädigung der Nerven sowie die Einführung einer BK Nr. 4112 Lungenkrebs bei Silikose oder Siliko-Tuberkulose (Bezeichnung der so geänderten BKV im Folgenden **BKV 2002**) und war ebenfalls ohne Bedeutung für den Unterlassungszwang⁸¹.

7. Exkurse zum Saarland und zur DDR

a) Saarland

Die staatsrechtliche Sonderstellung des Saarlandes nach dem 2. Weltkrieg bis zum 01.01.1957⁸² führte auch zu einer eigenen, saarländischen BKVO vom 02.07.1954⁸³, die aber im Wesentlichen der 5. BKVO der Bundesrepublik Deutschland vom 26.07.1952 entsprach: Die saarländische BK Nr. 19 Hauterkrankungen forderte ebenso wie die bundesdeutsche BK Nr. 19 Hauterkrankungen nach der 5. BKVO einen Zwang zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbstätigkeit. Die saarländische BKVO wurde durch § 1 der 6. (bundesdeutsche) BKVO der bundesdeutschen angepasst und durch § 11 Abs. 2 Nr. 12 der 7. BKVO schließlich aufgehoben.

Bedeutung für die damalige Tätigkeitsaufgabe oder den heutigen Unterlassungszwang hat diese Sonderentwicklung nicht gehabt.

⁷⁸ BGBl. I S. 2623.

⁷⁹ Zu weiteren hier nicht relevanten Einzelheiten siehe die Begründung in: BR-Drs. 642/97, S. 9 ff.; Blome, Die „neue“ Berufskrankheiten-Verordnung (BKV), BG 1998, S. 360 ff.

⁸⁰ BGBl. I S. 3541.

⁸¹ Zu weiteren hier nicht relevanten Einzelheiten siehe die Begründung in: BR-Drs. 482/02, S. 3 ff.

⁸² Vgl. Saarländische Verfassung v. 15.12.1947, ABl. S. 1077; Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes, BGBl. I. S. 1011; Einzelheiten zur Entwicklung des Unfallversicherungsrechts im Saarland in: Lauterbach, Gesetzliche Unfallversicherung, 3. A., Geschichtl. Entw. S. 85/12 ff.

b) DDR

Die „gesamtdeutsche“ Grundkonzeption - gesetzliche Ermächtigungsgrundlage mit einer Definition der BKen in einer Liste einer Ausführungsverordnung - wurde auch in der DDR beibehalten. Zuletzt war in § 221 Arbeitsgesetzbuch⁸⁴ eine BK definiert als „eine Erkrankung, die durch arbeitsbedingte Einflüsse bei der Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten bzw. Arbeitsaufgaben hervorgerufen wird und die in der ‘Liste der Berufskrankheiten’ genannt ist“.

Die **BK-Liste** selbst der DDR entwickelte sich schon frühzeitig anders als die in der Bundesrepublik, aber auch bei ihr war die Aufgabe der Tätigkeit bei bestimmten BKen von Bedeutung⁸⁵. In der letzten Fassung der BK-Liste⁸⁶ waren die BKen Nr. 70 Verschleißkrankheiten der Wirbelsäule und Nr. 71 Verschleißkrankheiten von Gliedmaßengelenken an die zusätzliche Voraussetzung „Erhebliche Funktionseinschränkungen des Bewegungsapparates mit Aufgabe der schädigenden Tätigkeit“ und die BKen Nr. 72 Erkrankungen der Sehnengleitgewebe, der Sehenscheiden, Sehnenfächer, Sehnen- und Muskelursprünge und -ansätze und Nr. 31 Druckschädigung peripherer Nerven an die zusätzlichen Voraussetzung „Chronische Erkrankungsform mit Aufgabe der schädigenden Tätigkeit“ sowie die BKen Nr. 80 Hautkrankheiten durch chemische und physikalische Einwirkungen, Nr. 81 Irritative chronische Krankheiten der oberen und tieferen Luftwege und Lungen durch chemische Stoffe, Nr. 82 Allergische Krankheiten der oberen und tieferen Luftwege und Lungen durch pflanzliche oder tierische Allergene oder durch chemische Stoffe an die zusätzliche Voraussetzung „Aufgabe der schädigenden Tätigkeit oder des Umgangs mit dem schädigenden Schadfaktor bzw. Stoff“ geknüpft.

⁸³ ABI. S. 802.

⁸⁴ V. 16.06.1977, GBl. I Nr. 18, S. 185.

⁸⁵ Vgl. schon: Verordnung über Melde- und Entschädigungspflicht bei Berufskrankheiten vom 14. November 1957, GBl. 1958 I, S. 1.

⁸⁶ Durchführungsbestimmungen zur Verordnung über die Verhütung, Meldung und Begutachtung von Berufskrankheiten (Liste der Berufskrankheiten) v. 21.04.1981, GBl. I Nr. 12 S. 139, bereinigt in: Nr. 25 S. 312.

Für das weitere gesamtdeutsche BK-Recht sind die Entwicklung in der DDR und deren unterschiedlichen Formen der Tätigkeitsaufgabe nur insofern von Bedeutung, als der Verordnungsgeber entsprechend dem Prüfungsauftrag in Art. 30 Abs. 6 Einigungsvertrag in der BKVO 1992 die Wirbelsäulen-BKen als BKen Nr. 2108 bis 2110 einführte⁸⁷. Hinsichtlich der Aufgabe der Tätigkeit griff er aber auf die bundesdeutsche Formulierung des Unterlassungszwangs seit der BKVO 1976 zurück und nicht auf die Formulierung der BK Nr. 70 der DDR⁸⁸.

Zusammenfassend ist zur historischen Entwicklung festzustellen:

Die gegenüber dem Arbeitsunfall erst mit rund 40-jähriger Verspätung und zunächst als Untergruppe desselben eingeführten BKen sind mittlerweile zu einem eigenständigen Versicherungsfall neben dem Arbeitsunfall geworden.

Die gesetzliche Regelung ist von den Anfängen in der RVO bis zum heutigen SGB VII immer differenzierter und umfassender geworden. Am Grundprinzip der BK-Bezeichnungen in einer der Ausführungsverordnung, der sog. BKVO bzw. BKV, als Anlage beigefügten Liste hat sich nichts geändert, abgesehen von der Einführung einer Öffnungsklausel für die Zeit zwischen den Änderungen der BKVO. Es gibt nach wie vor keine umfassende Anerkennungsmöglichkeit von beruflich verursachten Erkrankungen.

Die BK-Liste selbst hat sich erheblich verändert: Sie ist von zunächst 11 auf nunmehr 68 BKen ausgedehnt worden, die zum Teil mehrere Alternativen enthalten und von völlig unterschiedlicher Bedeutung sind. Die Spalte III der ersten BK-Liste mit den entsprechenden Betrieben ist weggefallen. Einzelne BK-Bezeichnungen

⁸⁷ Vgl. BR-Drs. 773/92, S. 7.

⁸⁸ Zum Übergangsrecht für Feststellungen bzw. Nicht-Feststellungen in der ehemaligen DDR hat die Rechtsprechung an dem Grundsatz festgehalten, dass alles so bleiben soll, wie es war: vgl. allgemein: §§ 1148 ff., insbesondere § 1150 Abs. 2 S. 1 RVO a.F. sowie der heute geltende, auf diese Regelungen teilweise verweisende § 215 SGB VII; BSGE 76, 124 = SozR 3-8100 Art. 19 Nr. 1; BSG SozR 3-8100 Art. 19 Nr. 5; BSG SozR 3-2200 § 1150 RVO Nr. 4; BSG v. 20.02.2001 - B 2 U 11/00 R; BSG v. 04.12.2001 - B 2 U 35/00 R; auf spezielle Einzelheiten zum Unterlassen wird an der jeweiligen Stelle eingegangen.

sind sehr genau gefasst: Die Art und das Maß der Einwirkung⁸⁹ sowie der Erkrankung sind teilweise als weitere Definitionsbestandteile hinzugetreten.

Hinzugetreten ist auch als weitere Voraussetzung, zunächst nur bei der BK Hauterkrankungen, dass diese „zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit zwingen“ muss, um Bagatell-Erkrankungen von der Anerkennung als BK auszuschließen und das Verwaltungsverfahren zu vereinfachen. In der Folgezeit wurde diese Voraussetzung auf weitere BKen ausgedehnt, so dass sie nunmehr bei neun BKen anzutreffen ist, die über die Hälfte aller BK-Feststellungsverfahren umfassen. Da die Auslegung des Begriffs „Beruf“ auf Schwierigkeiten stieß, wurde die Formulierung der Voraussetzung wiederholt geändert, bis sie in 1976 ihre noch heutige Fassung „die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ fand. Nach den Begründungen für die Änderungen sollen die mit der Anerkennung einer BK einhergehenden Leistungen an alle Versicherten ohne Rücksicht auf den qualitativen Wert der von ihnen ausgeübten Tätigkeit erbracht werden. Des Weiteren wurde der mit dem Unterlassen der Tätigkeit verfolgte, präventive Charakter der Regelung hervorgehoben.

Die Sonderentwicklungen des BK-Rechts im früher zeitweise eigenständigen Saarland und in der DDR sind, abgesehen von der Einführung vor allem der BKen Nr. 2108 bis 2110, ohne grundsätzliche Auswirkungen auf das heutige gesamtdeutsche BK-Recht geblieben.

⁸⁹ Vgl. bei der BK Nr. 2108 das sehr umstrittene Erfordernis „langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten“ bzw. bei der BK Nr. 4111 die relativ klare „Einwirkung einer kumulativen Dosis von in der Regel 100 Feinstaubjahren“.

II. Der Unterlassungszwang im System des BK-Rechts

Nach der Systematik des SGB VII sind die BKen heute neben den Arbeitsunfällen der zweite eigenständige Versicherungsfall (vgl. § 7 Abs. 1, §§ 8, 9 SGB VII). Für die BKen gelten grundsätzlich dieselben Regelungen zum Versicherungsschutz (§§ 2 ff. SGB VII), den Leistungen (§§ 26 ff. SGB VII) usw. sowie darüber hinaus einige Sonderregelungen.

Da das BK-Recht aber erst mit einer erheblicher Verzögerung von rund 40 Jahren gegenüber dem Recht des Arbeitsunfalls entstand und bis zum SGB VII eine BK auch „als Arbeitsunfall galt“ (vgl. den zuvor geltenden § 551 Abs. 1 S. 1 RVO), ist das BK-Recht nur auf den Grundlagen des Rechts des Arbeitsunfalls zu verstehen⁹⁰. Erst darauf aufbauend können die Weiterentwicklungen im BK-Recht mit seinem Mischsystem aus BK-Liste und Öffnungsklausel sowie dessen Besonderheiten, insbesondere zum Zeitpunkt des Versicherungsfalles und den besonderen Leistungen nach § 3 BKV, nachvollzogen werden.

Auf die schon dargestellte⁹¹ **Abgrenzung zwischen Arbeitsunfall und BK**, vor allem durch die zeitliche Beschränkung des Arbeitsunfalls auf eine Schicht, der auch die Literatur⁹² einhellig zustimmt, ist nochmals hinzuweisen. Zu beachten ist jedoch, dass die Einwirkung, die zu einer BK führt, nicht unbedingt länger als eine Schicht dauern muss und ein bestimmtes Geschehen daher sowohl die Voraussetzungen für einen Arbeitsunfall als auch für eine BK erfüllen kann, z.B. bei einer Infektionskrankheit (ggf. BK Nr. 3101) oder einer Chemikaliendusche während der Arbeit, die zu einer Hautkrankheit führt (ggf. BK Nr. 5101). In diesem Fall der Anspruchskonkurrenz hat die BK aufgrund der bei ihrer Anerkennung erfolgenden Besserstellung der Versicherten bei der Berechnung des Jahresarbeitsverdiens-

⁹⁰ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage: Berufskrankheitenverordnung, Anspruch und Wirklichkeit, BT-Drs. 11/6445, S. 1.

⁹¹ Siehe S. 18.

⁹² Kater in: Kater / Leube, § 8 Rn. 24 ff.; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 8 Rn. 15; Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 8 SGB VII Rn. 11.3; Schmitt § 8 Rn. 111.

tes und der zusätzlichen § 3 BKV-Leistungen Vorrang⁹³.

1. Zur Grundlegung: Der Arbeitsunfall und der versicherte Personenkreis

Der ursprüngliche Versicherungsfall in der gesetzlichen Unfallversicherung, der heute in § 8 Abs. 1 SGB VII definierte Arbeitsunfall, weist entsprechend dem Gesetzeswortlaut vereinfacht und schematisiert typischerweise folgende **Voraussetzungen** auf:

1. Versicherte Tätigkeit,
2. infolge deren
3. ein zeitlich begrenztes, von außen auf den Körper der Versicherten einwirkendes Unfallereignis
4. zu (... führt)
5. einem Gesundheitsschaden oder zum Tod der Versicherten führt.

Weitere Differenzierungen, z.B. zwischen der versicherten Tätigkeit und der unfallbringenden Verrichtung sowie dem Gesundheitserstschaden und den (bleibenden) Unfallfolgen⁹⁴, und entsprechende Tatbestandsmerkmale sind im Einzelfall ggf. erforderlich, können aber für die hier erforderlichen Grundlagen vernachlässigt werden.

Die Verbindung zwischen den zumeist äußerlich fassbaren Tatbestandsmerkmalen versicherte Tätigkeit - Unfallereignis - Gesundheitsschaden bzw. Tod wird unter Bezugnahme auf die Begriffen „infolge“ und „zu ... führt“ als **ursächlicher Zusammenhang** beschrieben. Und häufig wird noch näher eingrenzend der Zusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Unfallereignis als haftungsbegründende Kausalität sowie der zwischen dem Unfallereignis und dem

⁹³ BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 3102 BKVO Nr 1; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 58; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 26, Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 19 m.w.N.

⁹⁴ Vgl. BSGE 58, 76, 77; vgl. die Skizzen von Kater in: Kater / Leube, § 7 Rn. 7; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 75.

Gesundheitsschaden bzw. Tod als haftungsausfüllende Kausalität bezeichnet⁹⁵.

a) Theorie der wesentlichen Bedingung

Für die nach dem soeben Gesagten oftmals entscheidende Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs gilt in der gesetzlichen Unfallversicherung die **Theorie der wesentlichen Bedingung**⁹⁶. Nach dieser genügt abweichend von einer naturwissenschaftlichen Kausalitätsbetrachtung nach der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie („conditio sine qua non“) nicht jedes Glied in einer Ursachenkette, um die Verursachung zu bejahen, weil dies zu einem unendlichen Ursachenzusammenhang führt. Als kausal und im Sozialrecht erheblich werden vielmehr nur solche Ursachen angesehen, die wegen ihrer besonderen Beziehung zum „Erfolg“, dies ist in der Regel ein Gesundheitsschaden, zu dessen Eintritt „wesentlich“ mitgewirkt haben. D.h. nicht jeder Gesundheitsschaden, der durch ein Ereignis verursacht wird, wird als Unfallfolge anerkannt, sondern nur derjenige, der „wesentlich“ durch das Ereignis verursacht wurde. Welche Ursache wesentlich ist und welche nicht, muss aus der Auffassung des praktischen Lebens über die besondere Beziehung der Ursache zum Eintritt des Erfolgs bzw. Gesundheitsschadens abgeleitet werden⁹⁷.

Haben **mehrere Ursachen** zu einem Erfolg beigetragen, so kann es mehrere rechtlich wesentliche Mitursachen geben, sog. konkurrierende Ursachen. Auch eine für den Eintritt des Erfolgs nicht annähernd gleichwertige, sondern rechnerisch verhältnismäßig niedriger zu bewertende Ursache kann für den Erfolg rechtlich wesentlich sein, solange die andere(n) Ursache(n) keine überragende Bedeutung hat (haben). Ist jedoch eine der Ursachen oder sind mehrere gemeinsam gegenüber einer anderen von überragender Bedeutung, weil der Gesundheitsschaden zwar durch das Ereignis naturwissenschaftlich verursacht wurde, aber auf-

⁹⁵ Vgl. Jung in: Wannagat § 8 Rn. 39; Schmitt § 8 Rn. 7, 85; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 75; zur Kritik an diesem Begriffspaar vgl. Ricke, BG 1996, 770 ff.: „Taugenichtse“.

⁹⁶ Vgl. RVA, AN 1912, S. 930 f. m.w.N.; BSGE 1, 72; BSGE 1, 150; BSGE 13, 175; vgl. im Übrigen nur: Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 75 f.; Schmitt § 8 Rn. 86 f.

⁹⁷ BSGE 1, 72, 76.

grund vorliegender Gesundheitsstörungen oder Anlagen schon vorgezeichnet war und durch den Unfall nur ausgelöst wurde, so ist oder sind nur die schon vor dem Ereignis vorliegende(n) Ursache(n) „wesentlich“ und damit Ursache(n) im Sinne des Sozialrechts. Die andere Ursache, die nicht als „wesentlich“ anzusehen ist und damit als Ursache nach der Theorie der wesentlichen Bedingung und im Sinne des Sozialrechts ausscheidet, wird meist als sog. „**Gelegenheitsursache**“ oder Auslöser bezeichnet⁹⁸.

Hypothetische Ursachen und Kausalverläufe haben außer Betracht zu bleiben, weil sie gerade nicht kausal sind und damit auch nicht in einem entsprechenden Zusammenhang mit dem Versicherungsfall stehen. Der einmal eingetretene Versicherungsfall und die Leistungspflicht des Unfallversicherungsträgers werden somit nicht berührt oder eingeschränkt, wenn der durch einen Versicherungsfall eingetretene Gesundheitsschaden durch eine andere Ursache oder einen anderen Kausalverlauf zu einem späteren Zeitpunkt auch entstanden wäre⁹⁹.

Entscheidend sind damit für die Anerkennung eines Ursachen- oder Kausalzusammenhangs nach der Theorie der wesentlichen Bedingung bestimmte **Wertentscheidungen**¹⁰⁰, so dass es wohl richtiger ist, von der Zurechnung eines bestimmten Erfolgs zu einem bestimmten Ereignis, als von einem Ursachen- oder Kausalzusammenhang zu sprechen.

Auf die zentrale Bedeutung der Theorie der wesentlichen Bedingung für die gesetzlichen Unfallversicherung soll hier aus Platzgründen nur hingewiesen werden¹⁰¹. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den in der Rechtsprechung verwandten und hier wiedergegebene Formeln ist angesichts der beabsichtigten bloßen Darstellung der Grundlagen ebenfalls nicht notwendig, da sie dem Grunde

⁹⁸ Vgl. nur: BSGE 12, 242, 245 f.; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 8 Rn. 314 m.w.N.; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 82 ff.

⁹⁹ Vgl. nur: BSGE 14, 172, 176; BSGE 17, 114, 116 f.; BSGE 63, 277, 281 m.w.N.; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 85; Schmitt § 8 Rn. 118 ff.

¹⁰⁰ BSGE 1, 150, 156; 18, 101, 103; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 8 Rn. 311; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 117 ff; Krasney, VSSR 1993, 81, 107; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 76.

¹⁰¹ Vgl. Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 74; zur Theorie selbst die Monographien von Barta und Gitter.

nach nicht umstritten sind¹⁰², sondern die Probleme erst in der Anwendung auf den einzelnen Sachverhalt bzw. Fallgruppen auftreten¹⁰³.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des BSG es seit Jahren vermeidet, hinsichtlich des **Zusammenhangs zwischen versicherter Tätigkeit und Unfallereignis** bereits von einem Kausalzusammenhang zu sprechen¹⁰⁴, wie es in der früheren Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes und auch des BSG häufig geschehen ist¹⁰⁵. Damit soll deutlich werden, dass es sich insoweit um die Abgrenzung des Umfangs des Versicherungsschutzes und um die wertende Zuordnung oder Zurechnung des Unfallereignisses zur versicherten Tätigkeit handelt¹⁰⁶. Kriterien zur Bestimmung dieser Grenzziehung zwischen „versichert“ und „unversichert“ sind der „Schutzzweck der Norm“¹⁰⁷ und die der gesetzlichen Unfallversicherung zugrunde liegende Ablösung der Unternehmerhaftpflicht, einhergehend mit deren alleinigen Finanzierung durch die Unternehmen (vgl. §§ 150 ff. SGB VII), aber auch die in ihr zum Ausdruck kommende Fürsorge des Unternehmers für seine Beschäftigten¹⁰⁸.

Hervorzuheben ist eine Konsequenz der Theorie der wesentlichen Bedingung: Wird festgestellt, dass eine vom Versicherungsschutz umfasste Teilursache im Vergleich mit anderen unversicherten Ursachen für einen bestimmten Gesundheitsschaden wesentlich ist, führt dies zur vollen Haftung der gesetzlichen Unfallversicherung für den gesamten Schaden (**Alles-oder-nichts-Prinzip**). Denn es gibt keine Schadensteilung¹⁰⁹.

¹⁰² Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage: Berufskrankheitenverordnung, Anspruch und Wirklichkeit, BT-Drs. 11/6445, S. 2 sowie die umfangreichen Belegstellen in den vorherigen Fn.

¹⁰³ Vgl. Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 76 ff.

¹⁰⁴ BSGE 58, 76, 77; BSG SozR 2200 § 548 RVO Nr 92: „sachliche Verbindung“; BSG SozR 3-2200 § 539 RVO Nr. 17: „rechtlich wesentlicher Zusammenhang“; BSG SozR 3-2200 § 550 RVO Nr 19: „sachlicher“ Zusammenhang“.

¹⁰⁵ Vgl. BSGE 30, 278, 281.

¹⁰⁶ Vgl. BSG vorletzte Fn.; Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 8 SGB VII Rn. 6; Schmitt § 8 Rn. 11.

¹⁰⁷ BSGE 38, 127, 129; BSG SozR 2200 § 550 RVO Nr 15.

¹⁰⁸ Vgl. BSGE 87, 224, 227.

¹⁰⁹ Jung in: Wannagat § 9 Rn. 9; Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 7 SGB VII Rn. 8 m.w.N.

Ebenso ist zu beachten, dass **verbotswidriges Handeln** den Versicherungsfall nicht ausschließt (§ 7 Abs. 2 SGB VII). Das BSG¹¹⁰ hat jüngst noch einmal betont, dass selbst wenn der Versicherte aufgrund seiner Fahrweise wegen vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung bestraft wird, dies den Unfallversicherungsschutz auf dem Weg zur Arbeitsstätte nicht ausschließt, auch wenn der Unfall auf dieser Verhaltensweise beruht¹¹¹.

b) Beweisanforderungen

Die Beweisanforderungen für die verschiedenen Voraussetzungen des Arbeitsunfalls und der sie verbindenden Kausal- und Zurechnungszusammenhänge sind verschieden.

Hinsichtlich der versicherten Tätigkeit, des Unfallereignisses und des Gesundheitsschadens ist wie auch sonst im (Sozial-)Recht eine **„an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit“**¹¹² erforderlich, aber auch ausreichend, weil es eine absolute Gewissheit nur selten gibt. Eine an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit liegt vor, wenn kein vernünftiger die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt¹¹³, wenn das Gefühl des Zweifels beseitigt ist¹¹⁴. Der Zweifel als Möglichkeit des Gegenteils muss allerdings nicht völlig ausgeschlossen sein. Diese Stufe der Beweisanforderung wird häufig als sog. „Vollbeweis“ bezeichnet¹¹⁵.

Für den Nachweis des Zusammenhanges zwischen dem Unfallereignis und dem Gesundheitsschaden bzw. Tod genügt **hinreichende Wahrscheinlichkeit** aufgrund der mit der Beurteilung dieses medizinischen oder allgemein naturwissen-

¹¹⁰ BSG v. 04.06.2002, SozR 3-2700 § 8 SGB VII Nr 10.

¹¹¹ Zu Verschulden usw. vgl. Kater in: Kater / Leube, § 7 Rn. 12 ff.

¹¹² BSGE 7, 106; BSGE 19, 53; BSG Breithaupt 1979, 930; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 116.

¹¹³ BSGE 7, 141, 143.

¹¹⁴ BSGE 7, 106, 109; BSGE 9, 209, 214.

¹¹⁵ Vgl. Meyer-Ladewig, § 118 Rn. 5.

schaftlichen Zusammenhang bestehenden tatsächlichen Schwierigkeiten¹¹⁶. Diese liegt vor, wenn bei vernünftiger Abwägung aller Umstände die für den wesentlichen Ursachenzusammenhang sprechenden so stark überwiegen, dass darauf die richterliche Überzeugung gegründet werden kann und ernste Zweifel hinsichtlich einer anderen Verursachung ausscheiden; die bloße Möglichkeit einer wesentlichen Verursachung genügt nicht¹¹⁷. Der Grund für diese herabgesetzten Anforderungen liegt in den immer vorhandenen Unsicherheiten hinsichtlich der erforderlichen medizinischen oder naturwissenschaftlichen Beurteilung. Zu beachten ist jedoch, dass der verringerte Beweismaßstab der hinreichenden Wahrscheinlichkeit nicht für den Zusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und der zum Unfall führenden Verrichtung gilt. Dieser ist ebenso nachzuweisen¹¹⁸ wie z.B. die tatsächlichen Gegebenheiten für den Eintritt des Körperschadens, die versicherte Tätigkeit usw.¹¹⁹, wenn es überhaupt eine Tatsachenfrage und nicht nur eine rein juristische Wertung des Zurechnungszusammenhangs ist¹²⁰.

Bei Beweislosigkeit greift der Grundsatz der sog. **objektiven Beweislast**, nach dem denjenigen die Folgen der Nichtfeststellbarkeit einer Tatsache treffen, der aus dieser Tatsache ein Recht herleiten will¹²¹. In der Praxis trägt die objektive Beweislast für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen von der versicherten Tätigkeit über das Unfallereignis bis zum Gesundheitsschaden bzw. Tod einschließlich der Zurechnungs- und Kausalzusammenhänge auch im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung der Versicherte¹²². Ein dem bekannten Grundsatz „in dubio pro reo“ nachgebildeter Beweisgrundsatz im Sinne von „in dubio pro aegroto“ (aegrotus = der Kranke) oder „im Zweifel für den Versorgungsberechtig-

¹¹⁶ BSGE 19, 52; BSGE 32, 203, 209; BSGE 45, 285, 287; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 116; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 115.

¹¹⁷ BSG SozR Nr. 41 zu § 128 SGG; BSG SozR Nr. 20 zu § 542 RVO a.F.; BSGE 19, 52, 56; BSG SozR 3-1300 § 48 Nr. 67; Meyer-Ladewig, § 128 Rn. 3 m.w.N.; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 116 f.

¹¹⁸ BSGE 58, 76, 78.

¹¹⁹ BSGE 58, 80, 83; Udsching in: Krasney / Udsching, Kapitel III Rn. 156.

¹²⁰ Vgl. Krasney, VSSR 1993, 81, 113.

¹²¹ BSGE 6, 70, 72; BSGE 19, 53; BSGE 24, 27; BSGE 30, 123; BSGE 37, 117; BSGE 41, 300; BSGE 43, 110; Meyer-Ladewig, § 103 Rn. 19a; Kopp / Schenke § 108 Rn. 11 ff.; Udsching in: Krasney / Udsching, Kapitel III Rn. 27.

¹²² BSGE 19, 52, 53; BSGE 43, 110, 111; BSGE 58, 76, 78; BSGE 58, 80, 83; BSG SozR 3-2200 § 548 RVO Nr. 11; BSG v. 04.05.1999 - B 2 U 18/98 R; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 119.

ten“ oder Anspruchsteller kennt das sozialgerichtliche Verfahren nicht¹²³. Im Übrigen ist in den allermeisten sozialgerichtlichen Verfahren der „Angeklagte“ oder Beklagte der die umstrittene Leistung ablehnende Sozialleistungsträger.

c) Versicherter Personenkreis

Versichert gegen Arbeitsunfälle und gleichermaßen gegen BKen sind in der gesetzlichen Unfallversicherung zunächst die klassischen **Arbeitnehmer** (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII mit dem entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Begriff „Beschäftigte“).

Im Laufe der Jahre wurde der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung auf **weitere Personenkreise**, die zum Teil in unmittelbarer Beziehung zum Arbeitsleben stehen, wie Auszubildende, aber auch auf bestimmte ehrenamtliche Tätige, Kinder in Tageseinrichtungen usw. erstreckt, ohne dass eine klare Konzeption erkennbar ist (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 bis 17 SGB VII).

Wichtig ist außerdem die Einbeziehung von **Personen, die „wie ein Beschäftigter“ tätig werden** (§ 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII). Es muss eine ernstliche Tätigkeit, keine Gefälligkeitshandlung sein, die einem fremden „Unternehmen“, wofür auch ein Privathaushalt oder -person genügt, dienen soll und die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht. Die Tätigkeit muss ihrer Art nach von Personen verrichtet werden können, die in einem dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnenden Beschäftigungsverhältnis stehen, und unter Umständen, die einer Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis ähnlich sind. Sie darf jedoch nicht aufgrund mitgliedschaftlicher, gesellschaftsrechtlicher oder familiärer Bindungen ausgeübt werden¹²⁴.

Auch (kleine) **Unternehmer** sind zum Teil automatisch in die gesetzliche Unfall-

¹²³ BSGE 6, 70, 72; BSGE 30, 121, 123; BSGE 35, 216, 217.

versicherung miteinbezogen (z.B. Landwirte einschließlich mitarbeitende Ehegatten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 a) SGB VII) bzw. können aufgrund der Satzung des jeweiligen Unfallversicherungsträgers versicherungspflichtig werden (§ 3 SGB VII) oder sich freiwillig versichern (§ 6 SGB VII).

2. Die Grundlagen des BK-Rechts

Innerhalb des BK-Rechts ist streng zu unterscheiden zwischen:

- **Listen-BKen:** Nach § 9 Abs. 1 S. 1 SGB VII sind BKen die Krankheiten, welche die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates als solche bezeichnet und die ein Versicherter bei einer der in den §§ 2, 3 und 6 SGB VII genannten Tätigkeiten erleidet.

Anders als bei Arbeitsunfällen werden nur solche Krankheiten als BK entschädigt, die in der von der Bundesregierung erlassenen Verordnung, der sog. BK-Liste, aufgeführt sind. Maßgeblich ist die jeweils geltende BK-Liste, zur Zeit die der BKV vom 31.10.1997¹²⁵, geändert durch die Verordnung zur Änderung der BKV vom 05.09.2002¹²⁶.

- **Wie- oder Quasi-BKen aufgrund der Öffnungsklausel:** Nach § 9 Abs. 2 SGB VII haben die Unfallversicherungsträger (im Einzelfall) eine Krankheit, auch wenn sie nicht in der Rechtsverordnung bezeichnet ist oder die dort bestimmten Voraussetzungen nicht vorliegen, wie eine BK zu entschädigen, sofern nach neuen Erkenntnissen die übrigen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 SGB VII erfüllt sind.

Es handelt sich also immer noch um das sog. Mischsystem „**Listenprinzip mit Öffnungsklausel**“¹²⁷, das mit dem UVNG in § 551 Abs. 1, 2 RVO eingeführt und durch § 9 SGB VII übernommen wurde.

¹²⁴ Die Rechtsprechung ist sehr verästelt und Einzelfall bezogen: Vgl. grundlegend BSGE 5, 168 ff.; BSG SozR 2200 § 539 RVO Nr 119; BSG SozR-3 2200 § 539 RVO Nr. 25; aktuell zusammenfassend: BSG v. 27.06.2000 - B 2 U 44/00 B; Krasney, NZS 1999, 577 ff.

¹²⁵ BGBl. I S. 2623.

¹²⁶ BGBl. I S. 3541.

¹²⁷ BSGE 44, 90, 93; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 99.

Von den BKen grundlegend zu unterscheiden sind die **arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren** (vgl. § 1 Nr. 1, § 14 SGB VII), die kein Versicherungsfall der gesetzlichen Unfallversicherung sind (vgl. § 7 Abs. 1 SGB VII) und nur im Rahmen der Prävention zu berücksichtigen sind¹²⁸.

a) Die Voraussetzungen für die Schaffung einer Listen-BK

Die **Voraussetzungen für die Aufnahme** einer Erkrankung in die BK-Liste sind gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII:

1. Versicherte Tätigkeit,
2. durch die
3. bestimmte Personengruppen in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung Einwirkungen ausgesetzt sind,
4. die zur Verursachung
5. einer Krankheit führen
6. nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft.

Die Voraussetzungen ähneln dem Grunde denen eines Arbeitsunfalls: 1. Versicherte Tätigkeit, 3. Einwirkung statt Arbeitsunfall, 5. Krankheit statt Gesundheitsschaden sowie die jeweils verbindenden Zurechnungs- bzw. Ursachenzusammenhänge. Völlig anders ist die 6. Voraussetzung „nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft“, die die Bedeutung der Medizin für die Schaffung einer BK heraushebt.

Die Anerkennung von Krankheiten als BKen bzw. Schaffung einer neuen Listen-BK erfolgt durch Änderungen der nach wie vor als Anlage zur BKV ausgestalteten BK-Liste aufgrund von Stellungnahmen der Sektion Berufskrankheiten des Ärztlichen Sachverständigenbeirats beim Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, das seit der Regierungsbildung im Oktober 2002 das bisher zu-

¹²⁸ Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 113 f.

ständige Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung abgelöst hat. Die Entscheidung des Ordnungsgebers über die Aufnahme oder Nichtaufnahme einer Erkrankung unterliegt nur im begrenzten Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung dahingehend, ob das Ermessen pflichtgemäß dem Zweck der Ermächtigung entsprechend ausgeübt wurde, wobei ihm ein gewisser Beurteilungsspielraum - „normatives Ermessen“ - zuzubilligen ist, ob es arbeits-, sozialmedizinisch oder sozialpolitisch vertretbar oder angebracht ist, bestimmte Krankheiten in die BK-Liste aufzunehmen¹²⁹.

Die **Definition oder Bezeichnung** der einzelnen, derzeit insgesamt 68 **BK-Nummern** folgt keinem klaren Muster. Es gibt folgende Varianten:

- „Erkrankungen durch ...“: Entscheidend ist die Einwirkung, nicht aber die sich daraus ergebende Erkrankung(en). Es kann jede Erkrankung sein, die durch die Einwirkung hervorgerufen wird. Hierzu gehören: BK Nr. 1101 bis 1202, 1302 bis 1311, z.B. Erkrankungen durch Blei, ... durch Quecksilber, ... durch Benzol usw.; aber auch BK Nr. 2103, 2201, 2402 (... durch ionisierende Strahlen).
- Bestimmte Krankheitsbilder: Vorgeschieden ist die Erkrankung und nicht die Einwirkung. Z.B.: BK Nr. 2301 Lärmschwerhörigkeit; BK Nr. 2107 Abrißbrüche der Wirbelfortsätze, BK Nr. 4101 Quarzstaublungenerkrankung (Silikose); weitere sind BK Nr. 2106, 3102, 3104.
- Die Kombination: „Erkrankung der ... durch ...“ Dann ist nicht nur die Einwirkung, sondern auch die Erkrankung vorgeschrieben. Z.B. BK Nr. 1312: Erkrankungen der Zähne durch Säuren; vgl. zudem BK Nr. 1301, 2101, 2102, 2401. Teilweise erfolgt eine sehr genaue Definition der Anforderungen bzw. Alternativen: vgl. BK Nr. 4104 Lungen- oder Kehlkopfkrebs ... bei Nachweis der Einwirkung ... von mindestens 25 Faserjahren; teilweise erfolgt eine Beschränkung auf bestimmte Berufe, so z.B. in der praktisch unbedeutende BK Nr. 6101 Augenzittern der Bergleute.

¹²⁹ Vgl. zuletzt: BSGE 84, 30, 32 ff. zur BK Nr. 2108.

Diese Anforderungskombination von bestimmter Einwirkung und bestimmter Erkrankung wird teilweise noch ergänzt um den hier näher zu untersuchenden **Unterlassungszwang** bei den BK Nr. 1315, 2101, 2104, 2108, 2109, 2110, 4301, 4302, 5101, die ihrerseits in zwei Gruppen aufgeteilt werden können:

- BKen durch mechanische Belastungen bzw. Einwirkungen: BK Nr. 2101, 2104, 2108 bis 2110.
- BKen durch zumeist chemische oder allergisierende Einwirkungen: BK Nr. 1315, 4301, 4302, 5101.

b) Die Feststellung einer Listen-BK im Einzelfall

Ausgehend von § 9 Abs. 1 S. 1, 2 SGB VII sind ähnlich den Voraussetzungen zur Anerkennung eines Arbeitsunfalls und für die Schaffung einer BK bei der Prüfung einer BK im Einzelfall folgende **Tatbestandsmerkmale** zu untersuchen¹³⁰:

1. Versicherte Tätigkeit,
2. dieser zuzurechnende
3. Einwirkung von schädigenden Stoffen, Belastungen usw.
4. dadurch verursachte
5. Krankheit,
6. ggf. Zwang zum Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten.

Auch hier wieder das schon vertraute Schema: 1. Versicherte Tätigkeit, 3. Einwirkung statt Arbeitsunfall, 5. Krankheit statt Gesundheitsschaden sowie die jeweils verbindenden Zurechnungs- bzw. Ursachenzusammenhänge, für die auch die Theorie der wesentlichen Bedingung wie beim Arbeitsunfall gilt¹³¹. Zusätzlich ist die ggf. erforderliche 6. Voraussetzung „Zwang zum Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten“¹³².

aa) Die Einwirkung wird auch als berufliche oder arbeitstechnische Vorausset-

¹³⁰ Zu „Prüfschemen“ in der Verwaltungspraxis vgl. Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 7 f.

¹³¹ Vgl. nur: Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 47; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn.24.

¹³² Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 7 Rn. 9; Schmitt § 7 Rn. 4.

zung bezeichnet. Der Begriff der „Einwirkung“ ist weit auszulegen, in Betracht kommen Staub, Gase, Rauch, Dämpfe, Hitze, Kälte, mechanische Belastungen, Infektionen¹³³. An die Art oder das Ausmaß der Einwirkung können in der BK-Definition besondere Anforderungen gestellt werden, z.B. bei der BK Nr. 2109 „langjähriges Tragen schwerer Lasten auf der Schulter“. Die Feststellung der Einwirkung kann mit erheblichen Problemen tatsächlicher Art verbunden sein und erfolgt in der Regel aufgrund naturwissenschaftlichen oder technischen Sachverständes.

bb) Die Krankheit und vor allem der **Kausalzusammenhang** zwischen der Einwirkung und ihr sind typische medizinische Voraussetzungen. Auch hinsichtlich des Krankheitsbildes werden bei einzelnen BKen bestimmte Anforderungen gestellt, z.B. BK Nr. 2102 „Meniskusschäden ...“, also keine Gonarthrose. Das zentrale Problem der meisten BK-Feststellungen ist die Beurteilung des Kausalzusammenhangs zwischen Einwirkung und Erkrankung nach der Theorie der wesentlichen Bedingung, für dessen Bejahung die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer wesentliche Mitverursachung genügt.

Bei allen Unterschieden zwischen den vielfältigen Einwirkungen bei den einzelnen BKen sind folgende Gesichtspunkte zur Beurteilung des Kausalzusammenhangs i.d.R. entscheidend:

- Art und Ausmaß der versicherten Einwirkung,
- Beginn und zeitlicher Verlauf der Erkrankung, insbesondere im Vergleich zur versicherten Einwirkung,
- Krankheitsbild, insbesondere Korrelation zur versicherten Einwirkung,
- Berücksichtigung bzw. Ausschluss anderer Ursachen wie Schadensanlagen, konkurrierende Erkrankungen, außerberufliche Einwirkungen.

Die Zusammenhangsvermutung im neu geschaffenen § 9 Abs. 3 SGB VII hat in der Praxis noch keine positiven Anwendungen erfahren. Die Entscheidungen des BSG waren bisher in allen ihm vorliegenden Fällen negativ¹³⁴.

¹³³ Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 62; Schmitt § 9 Rn. 11.

¹³⁴ Vgl. BSG, SGB 1999, 39 ff. zur BK Nr. 2108; BSG v. 12.02.1998 - B 8 KN 3/96 U R.

cc) Der **Unterlassungszwang** wird von einigen Autoren auch als „zusätzliches versicherungsrechtliches Merkmal“ bezeichnet¹³⁵, ohne dass klar wird, worin sich dieses Tatbestandsmerkmal von den anderen „versicherungsrechtlich“ unterscheidet und welchen Sinn diese Begriffsbildung hat. Der möglicherweise praktische Hintergrund für diesen Begriff liegt ggf. darin, dass das 2. und 3. Tatbestandsmerkmal, die zuzurechnende Einwirkung, zumeist durch Techniker und das 4. und 5. Tatbestandsmerkmal, die verursachte Erkrankung, zumeist durch Mediziner festgestellt werden, während die Entscheidung über den Unterlassungszwang und früher die Tätigkeitsaufgabe rein rechtlich aufgrund des tatsächlichen Verhaltens der Versicherten erfolgt(e). Aber auch die genannten anderen Tatbestandsmerkmale sind „versicherungsrechtliche“ Tatbestandsmerkmale, die alle für die Anerkennung eine BK vorliegen müssen und über deren Anerkennung letztlich juristisch in Würdigung der Erkenntnisse der entsprechenden Fachwissenschaften zu entscheiden ist¹³⁶.

dd) Hinsichtlich der **Beweisanforderungen** müssen die versicherte Tätigkeit, die Einwirkung und die Erkrankung nach einhelliger Meinung¹³⁷ im sog. „Vollbeweis“ feststehen, während für den Zusammenhang zwischen Einwirkung und Erkrankung (hinreichende) Wahrscheinlichkeit genügt. Für den Zusammenhang zwischen der Tätigkeit und der Einwirkung genügt entgegen einer verbreiteten Auffassung¹³⁸ eine hinreichende Wahrscheinlichkeit nicht unbedingt. Vielmehr kommt es ähnlich wie beim Arbeitsunfall darauf an, was an diesem Zusammenhang unklar ist¹³⁹: Eine an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist erforderlich, wenn z.B. umstritten ist, ob es während der versicherten Tätigkeit überhaupt zu einer Einwirkung kam. Handelt es sich hingegen um eine mit den üblichen Unsicherheiten behaftete naturwissenschaftliche oder medizinische Kausalitätsfrage, z.B. hinsichtlich einer

¹³⁵ Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 34; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 13.

¹³⁶ Vgl. nur für Gerichte: § 128 Abs. 1 SGG: Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

¹³⁷ Vgl. jüngst: BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr. 2108 BKVO Nr 2 S. 4 m.w.N.; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 36; Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 12; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 27.

¹³⁸ Vgl. z.B. Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 12.

¹³⁹ Zu den Beweisanforderungen beim Arbeitsunfall siehe S. 45 f.; vgl. BSG SozR 3-3200 § 81 SVG Nr 6 ganz klar: Die sog. haftungsbegründende Kausalität gehört zum Schädigungstatbestand und verlangt daher den Vollbeweis; ähnlich aber nicht so klar: BSG SozR 3-1300 § 48 Nr 67.

Infektion, so genügt Wahrscheinlichkeit. Für reine rechtliche Zurechnungsfragen gibt es überhaupt keine Beweisanforderungen.

Für den Unterlassungszwang wird zum Teil der Vollbeweis gefordert¹⁴⁰, zum Teil wird keine Aussage gemacht¹⁴¹. Insofern besteht also später zu erörternder Klärungsbedarf.

c) „Wie-“ oder „Quasi-BKen“ nach § 9 Abs. 2 SGB VII

Die Unfallversicherungsträger haben im Einzelfalle eine Krankheit, auch wenn sie nicht in der Rechtsverordnung bezeichnet ist oder die dort bestimmten Voraussetzungen nicht vorliegen, wie eine BK zu entschädigen, sofern nach neuen Erkenntnissen die übrigen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 SGB VII erfüllt sind (§ 9 Abs. 2 SGB VII).

Bei dieser Vorschrift handelt es sich nach der Gesetzesbegründung¹⁴², die auf die ständige Rechtsprechung des 2. Senats des BSG¹⁴³ Bezug nimmt, um **keine allgemeine Härteklausele**, die zur Entschädigung führt, weil die Nichtentschädigung für Betroffene eine individuelle Härte bedeuten würde¹⁴⁴. Sinn dieser Regelung ist es vielmehr, als bloße Öffnungsklausel solche durch die versicherte Tätigkeit verursachten Krankheiten wie eine BK zu entschädigen, die nur deshalb nicht in die BK-Liste aufgenommen wurden, weil die entsprechenden Erkenntnissen bei der letzten Änderung der BK-Liste noch nicht vorhanden oder dem Ordnungsgeber nicht bekannt waren oder trotz Nachprüfung noch nicht ausreichen.

Es müssen **allgemein die Voraussetzungen für die Aufnahme einer Erkrankung in die BK-Liste vorliegen und individuell diejenigen zur Anerkennung**

¹⁴⁰ Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 36; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 12.

¹⁴¹ Vgl. BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr. 2108 BKVO Nr 2; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 27.

¹⁴² BT-Drs 13/2204, S. 77 f.

¹⁴³ BSGE 44, 90, 93; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 43.

¹⁴⁴ Dies ist auch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: BVerfG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr. 5, etwas anders noch: BVerfGE 58, 369, 373 ff.

dieser neuen BK. Insbesondere muss der Versicherte deshalb zu einer bestimmten Personengruppe gehören, die erheblich stärker gefährdet ist als die anderen Menschen, und außerdem müssen diese Voraussetzungen erst aufgrund neuer Erkenntnisse sich zumindest zur sog. BK-Reife verdichtet haben. Es reicht im Rahmen des § 9 Abs. 2 SGB VII nicht aus, dass der Versicherte an einer Krankheit leidet, die bei ihm persönlich im Einzelfall nachweislich auf seine versicherte Tätigkeit zurückzuführen ist. Würde dies nämlich ausreichen, so wäre es vollkommen unverständlich, in § 9 Abs. 1 SGB VII eine BKV vorzusehen, die einzelne Krankheiten aufführt, die gleichfalls nur dann als BKen entschädigt werden können, wenn sie im Einzelfall nachweislich (mit Wahrscheinlichkeit) auf die versicherte Tätigkeit zurückzuführen sind.

Dass der **Unterlassungszwang auch bei Wie-BKen** von Bedeutung sein kann, zeigt das Urteil des BSG vom 20.04.1978¹⁴⁵, in dem um die Entschädigung einer Farmer-Drescher-Lunge "wie eine Berufskrankheit" vor der Aufnahme dieser Krankheit in die BK-Liste im Rahmen der BK Nr. 4201 durch die Änderungsverordnung vom 22.03.1988¹⁴⁶ gestritten wurde. Das BSG sah es als mit dem damaligen § 551 Abs. 2 RVO vereinbar an, dass der Unfallversicherungsträger die Entschädigung ähnlich der vergleichbaren damaligen BK Nr. 41 Bronchialasthma von der Tätigkeitsaufgabe des Versicherten abhängig gemacht hatte, obwohl die spätere Listen-BK dies nicht forderte.

3. Besonderheiten des BK-Rechts

a) BK-Anerkennung dem Grunde nach

Bis zur Grundsatzentscheidung des 2. Senats des BSG vom 27.07.1989¹⁴⁷ war umstritten, inwieweit die Unfallversicherungsträger eine **BK** auch dann anzuerken-

¹⁴⁵ BSG v. 20.04.1978 - 2 RU 100/77.

¹⁴⁶ BGBl. I S. 400.

¹⁴⁷ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 35 = Breith. 1990, 278; bestätigt in: BSG, Breith. 1996, 117, 118.

nen hatten, wenn diese **dem Grunde nach vorlag**, aber zu keinerlei Entschädigungsleistungen, also insbesondere Heilbehandlungsmaßnahmen oder einer Verletztenrente, führte. In dem Fall des BSG war dies z.B. eine unstrittig beruflich verursachte Lärmschwerhörigkeit annähernd geringen Grades. Das BSG hat das Feststellungsbegehren des Versicherten gemäß § 55 Abs. 1 SGG als zulässig und begründet angesehen, da beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen einer der in der BK-Liste aufgeführten Tatbestände dieser als BK anzuerkennen sei, wenn die entsprechende Krankheit vorliege.

Da als Krankheit in Anlehnung an den medizinischen Krankheitsbegriff ein Gesundheitsschaden im Sinne eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand als ausreichend angesehen wird, der bei einem Körperzustand vorliegt, der von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm abweicht¹⁴⁸, steht dem die Entscheidung des 8. Senats des BSG vom 11.01.1989¹⁴⁹ nicht entgegen. Dieser verneinte den Tatbestand einer Quarzstaublungenerkrankung (BK Nr. 4101) bei beginnenden bis leichtgradigen silikotischen Lungenveränderungen ohne cardio-pulmonale Funktionsstörung, weil die Quarzstaubeinlagerungen in der Lunge noch nicht zu einer leistungsmindernden Beeinträchtigung von Atmung und Kreislauf geführt hatten. Wenn ein von der Norm abweichender Körperzustand weder der medizinischen Behandlung zugänglich ist noch die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit beeinträchtigt, handele es sich noch nicht um eine Krankheit, sondern um ein Erscheinungsbild, das für die Unfallversicherung irrelevant sei.

b) Befundanererkennung

Von der Anerkennung einer BK dem Grunde nach ist die Befundanererkennung nach dem neuen § 9 Abs. 4 SGB VII zu unterscheiden. Dieser fordert: Setzt die Anerkennung einer Krankheit als BK die Unterlassung aller Tätigkeiten voraus, die für

¹⁴⁸ BSG, Breith. 1974, 570, 573; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 19 f.; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 105.

¹⁴⁹ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 34 m.w.N.

die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können, haben die Unfallversicherungsträger vor Unterlassung einer noch verrichteten gefährdenden Tätigkeit darüber zu entscheiden, ob die übrigen Voraussetzungen für die Anerkennung einer BK erfüllt sind.

Diese durch das SGB VII erst geschaffene Regelung soll - so die Gesetzesbegründung¹⁵⁰ - den Unfallversicherungsträger zu einer verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen „einer BK dem Grunde nach“ verpflichten, wenn die Aufgabe aller schädigenden Tätigkeiten zusätzliche Voraussetzung für die Anerkennung einer BK ist. Denn andernfalls sei dem Versicherte eine verbindliche Entscheidung über die Aufgabe oder Fortsetzung der Tätigkeit in der Regel nicht zumutbar. Koch¹⁵¹ hat demgegenüber zurecht eingewandt, die Gesetzesbegründung entspreche nicht der Rechtslage, weil es sich nur um eine sogenannte „Befundanerkennung“ handle und nicht schon um eine Anerkennung der BK dem Grunde nach, denn für eine solche müssen alle BK-Voraussetzungen einschließlich des Unterlassungszwangs erfüllt sein.

In der Sache ist die Regelung zu begrüßen: Mit der Verpflichtung zur Anerkennung des bloßen Gesundheitsschadens als Folge der versicherten Tätigkeit („Befundanerkennung“) wird die Vorschrift dem Rechtsschutzbedürfnis der Versicherten gerecht, die vor die Entscheidung gestellt sind, wie sie ihre berufliche Tätigkeit künftig gestalten wollen. Es ist ihnen nicht zuzumuten, ihre berufliche Tätigkeit aufzugeben, ohne eine verbindliche Entscheidung des Unfallversicherungsträgers über die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen erhalten zu haben, einschließlich der Bestätigung, dass die Tätigkeitsunterlassung arbeitsmedizinisch zwingend geboten ist¹⁵².

¹⁵⁰ BT-Drs. 13/2204, S. 78.

¹⁵¹ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 308.

¹⁵² Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 309. Die Möglichkeit der jetzt zur Pflicht gewordenen Anerkennung bestand schon vorher und von ihr wurde seitens der Unfallversicherungsträger u.a. durch schriftliche Zusagen auch Gebrauch gemacht, insbesondere wenn die Versicherten dies wünschten: Vgl. als Beispiel: BSGE 53, 127, 128; Benz, SGB 1996, 526, 530; Ricke, BG 1990, 476 f.

c) Versicherungsfall und Leistungsfall

Das Vorliegen einer BK dem Grunde nach bei Erfüllung der Voraussetzungen einer BK-Nummer und ggf. ohne Entschädigungsansprüche des Versicherten wird als **Versicherungsfall** bezeichnet, während der rechtssystematisch davon zu trennende **Leistungsfall**, je nachdem um welche Leistung es geht, an weitere Voraussetzungen geknüpft ist¹⁵³. So setzt z.B. die Gewährung einer Verletztenrente nach § 56 SGB VII in der Regel eine MdE von 20 v.H. voraus. Der Leistungsfall seinerseits setzt aber immer das Vorliegen eines Versicherungsfalles voraus¹⁵⁴.

Dass der Begriff des Versicherungsfalles in der Rückwirkungsklausel des Art. 3 Abs. 2 BKVO 1988 den Leistungsfall gemäß § 551 Abs. 3 RVO meinte, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Übergangsvorschrift¹⁵⁵. Ab der Rückwirkungsklausel in der Zweiten Verordnung zur Änderung der BKVO vom 12.12.1992¹⁵⁶ hat der Verordnungsgeber der Entscheidung des BSG vom 27.07.1989 hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Versicherungs- und Leistungsfall Rechnung getragen¹⁵⁷.

d) Eintritt und Zeitpunkt des Versicherungsfalles

aa) Beim Arbeitsunfall wird der Zeitpunkt des Versicherungsfalles bestimmt durch den Unfall, als ein zeitlich begrenztes von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis, das zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führt (§ 8 Abs.1 S. 2 SGB VII). D.h. der Eintritt des Versicherungsfalles und der Zeitpunkt des Versicherungsfalles sind gleichzeitig und durch die zeitliche Begrenzung eines Arbeitsunfalls auf eine Schicht sind der Unfall als solcher und die genannten Zeitpunkte zu-

¹⁵³ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 35 = Breith. 1990, 278; Jung in: Wannagat § 9 Rn. 39 ff.; Kater in: Kater / Leube, § 7 Rn. 10; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 7 Rn. 5.

¹⁵⁴ Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 111.

¹⁵⁵ BSG, Breith. 1996, 117, 118 f.; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 23.

¹⁵⁶ BGBl. I S. 2343.

¹⁵⁷ BSG, Breith. 1996, 117, 119 f.; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 24.

meist gut fass- und überschaubar.

BKen entstehen hingegen in der Regel nicht plötzlich. Mit ihnen werden vielmehr solche Einwirkungen erfasst, die sich häufig in einer unbestimmten Vielzahl über einen längeren Zeitraum ereignen. Soweit der Zeitpunkt des Versicherungsfalls für die Regelung von Leistungen von Bedeutung ist, bedarf es daher einer Festlegung dieses Zeitpunktes als Zeitpunkt des Leistungsfalls¹⁵⁸. Dieser oft nur fiktive Zeitpunkt kann zwar nicht vor, darf aber nach dem Eintritt des Versicherungsfalls liegen und, je nach dem welche Leistungen betroffen sind, variieren¹⁵⁹.

Bei einer BK ist der **Eintritt des Versicherungsfalls** dann gegeben, wenn alle Tatbestandsmerkmale des § 9 Abs. 1 SGB VII i.V.m. der jeweiligen BK-Bezeichnung nach der Anlage der BKV erfüllt sind¹⁶⁰. Bei BKen mit Unterlassungszwang muss neben dem Gesundheitsschaden zum Eintritt des Versicherungsfalls auch der Unterlassungszwang erfüllt sein¹⁶¹.

Aufgrund der im Gegensatz zum Arbeitsunfall bei BKen quasi nicht vorhandenen zeitlichen Grenze kann sich das Erfüllen aller Tatbestandsmerkmal und damit der Eintritt des Versicherungsfalls über mehrere Jahre erstrecken: In der Entscheidung des BSG vom 22. August 2000¹⁶² z.B. war die arbeitstechnische Voraussetzung schon, aber auch nur bis 1983 erfüllt, die Erkrankung trat erst 1991 manifest auf und die Tätigkeitsaufgabe ebenfalls.

bb) Hinzukommt, dass der **Eintritt des Versicherungsfalls** auch **nach dem Ende der versicherten Tätigkeit** liegen kann, wenn erst längere Zeit nach der Auf-

¹⁵⁸ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 35 = Breith. 1990, 278; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 42.

¹⁵⁹ BSGE 73, 1, 3 = SozR 3-2200 § 571 RVO Nr. 2; BSG SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 4 = SGB 2000, 174 ff. mit zustimmender Anmerkung von Jung.

¹⁶⁰ So schon RVA v. 26.11.1941, AN 1942, 204 f. ausdrücklich zur BK Hauterkrankungen i.S. der Nr. 15 der Anlage zur 3. BKVO und der „Schwere“ der Silikose i.S. deren Nr. 17; BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 8; BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 24; BSG, Breith. 1996, 117, 118; BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 41.

¹⁶¹ BSGE 53, 127 f.; BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 24; BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11 S. 30; BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 41; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 5.

gabe der gefährdenden Tätigkeit die durch sie verursachte Erkrankung zum Ausbruch kommt, z.B. bei BK Nr. 4101 die Silikose, BK Nr. 4203 die Asbestose¹⁶³. Denn gerade bei Krebserkrankungen haben die Versicherten aufgrund deren erheblichen Latenzzeiten¹⁶⁴ zum Zeitpunkt des Ausbruchs der Krankheit häufig längst die versicherte Tätigkeit und oft auch das Erwerbsleben insgesamt beendet.

Die Wesensverschiedenheit zwischen Arbeitsunfall als zeitlich begrenztes Ereignis (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII) sowie BK als sich in der Regel allmählich über einen längeren Zeitraum und häufig erst nach dem Ende der schädigenden betrieblichen Einwirkung entwickelnde Erkrankung führt dazu, eine BK auch dann anzuerkennen, wenn der Erkrankte im Zeitpunkt des Krankheitsbeginns keine versicherte Person mehr ist, die rechtlich wesentliche Bedingung für die Erkrankung aber in der früher verrichteten versicherten Tätigkeit liegt¹⁶⁵. Andernfalls würde eine Beschränkung der Entschädigung auf Personen im Erwerbsleben eintreten, die nicht der Systematik sowie Sinn und Zweck des SGB VII entsprechen würde¹⁶⁶. Oder die Versicherten würden gedrängt, für kurze Zeit nochmals eine gefährdende, versicherte Tätigkeit aufzunehmen, um eine Entschädigung zu erlangen¹⁶⁷.

Die Versicherten, die sich während des Versicherungsverhältnisses i.S. der sog. haftungsbegründenden Kausalität durch schädigende Einwirkungen der versicherten Tätigkeit eine Krankheit zugezogen haben, können die sich daraus ergebenden Leistungsansprüche und Rechtsposition nicht dadurch verlieren, dass das

¹⁶² BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2.

¹⁶³ So schon 1914: Laß, § 547 RVO Anm. 3; heute: Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 52; Nehls in: Hauck SGB VII, K § 9 Rn. 19; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 6; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103, 864.

¹⁶⁴ Vgl. Butz, S. 34 f.

¹⁶⁵ BSE 73, 1, 3 = SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 2; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 39; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 70 f.; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 14.

¹⁶⁶ BSE 73, 1, 3 = SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 2; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 39, 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 71 m.w.N.; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.

Versicherungsverhältnis endet, bevor Leistungen zu erbringen sind¹⁶⁸. Daher ist es für den Versicherungsfall „BK“ unerheblich, ob die Erkrankten den Erkrankungsbeginn als eine in einer versicherten Tätigkeit stehende Person erleben, und der Versicherungsfall kann erst Jahre nach dem Ende der versicherten Tätigkeit eintreten.

cc) Über den grundsätzlichen Eintritt des Versicherungsfalls hinaus ist der **exakte Zeitpunkt des Versicherungsfalls** vor allem bedeutsam für:

- die Höhe der Leistungen, da diese nach dem Jahresarbeitsverdienstes in den letzten zwölf Monaten vor dem Monat, in dem der Versicherungsfall eingetreten ist, berechnet werden (§ 82 Abs.1 S. 1 SGB VII),
- den Beginn der Leistungen (vgl. z.B. § 72 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII) sowie die Zeitdauer der MdE als Rentenvoraussetzung, weil diese nach § 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII zumindest über 26 Wochen hinweg bestanden haben muss,
- die Bestimmung des zuständigen Unfallversicherungsträgers für die jeweilige BK¹⁶⁹,
- ggf. aber auch für einen Leistungsausschluss¹⁷⁰,
- ggf. für die Lastenabgrenzung/-zuweisung zwischen dem Unfallversicherungsträger und der Krankenversicherung hinsichtlich der Heilbehandlung usw.

Nach § 9 Abs. 5 SGB VII ist, soweit Vorschriften über Leistungen auf den Zeitpunkt des Versicherungsfalls abstellen, bei BKen auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder der Behandlungsbedürftigkeit oder, wenn dies für den Versicherten günstiger ist, auf den Beginn der rentenberechtigenden MdE abzustellen. Dieses Günstigkeitsprinzip¹⁷¹ wird für die Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes in § 84 SGB

¹⁶⁷ Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 864, zumal das BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11, die Anwendung der Rechtsfigur des missglückten Arbeitsversuchs in der gesetzlichen Unfallversicherung abgelehnt hat.

¹⁶⁸ BSGE 73, 1, 3 = SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 2; BSG SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 4.

¹⁶⁹ Näheres ist in der auf § 134 Abs.1 S. 1 2. Halbs. SGB VII beruhenden „Vereinbarung über die Zuständigkeit bei Berufskrankheiten“ v. 01.04.1994 i.d.F. v. 01.01.1997 (VbgBK) geregelt; mit verwaltungsinterner Arbeitsanleitung abgedruckt in: HVBG-Rundschreiben VB 045/2002.

¹⁷⁰ Vgl. BSG v. 14.11.1984 - 9b RU 26/83 zum Ausschluss von BKen aus einer freiwilligen Zusatzversicherung für Unternehmer.

¹⁷¹ Ständige Rechtsprechung des BSG: vgl. dazu ausführlich: BSGE 73, 1, 3 f. zur Vorläufervorschrift in § 551 Abs. 3 RVO: Bestmöglicher Risikoausgleich oder Schadensausgleich für den Er-

VII erweitert um die Möglichkeit, als Zeitpunkt des Versicherungsfalls den letzten Tag, an dem die Versicherten versicherte Tätigkeiten verrichtet haben, die ihrer Art nach geeignet waren, die BK zu verursachen, zugrunde zu legen, wenn dies für die Versicherten günstiger ist¹⁷².

e) Stichtagsregelung

Eine praktische Auswirkung des Eintritts des Versicherungsfalls ggf. erst im Laufe vieler Jahre betrifft die Stichtagsregelung bei der Einführung neuer BKen.

Nach der in der jeweiligen BKVO oder Änderungsverordnung zur BKVO enthaltenen Übergangsregelung¹⁷³ werden die neu eingeführten BKen nur bis zu einem bestimmten Stichtag rückwirkend anerkannt werden und bei denjenigen, bei denen die Voraussetzungen für die entsprechende BK schon vorher vorlagen, wird die BK nicht anerkannt. Z.B. kann bei einem Maurer der im März 1988 seine Tätigkeit wegen objektiv unerträglicher LWS-Beschwerden endgültig aufgegeben hat, die BK Nr. 2108 nicht anerkannt werden, weil diese BK erst durch die BKVO 1992¹⁷⁴ mit dem Stichtag 31.03.1988 (Art. 2 Abs. 2 BKVO 1992) eingeführt wurde. Anders bei demjenigen, der einen Monat länger „durchgehalten“ hat.

Die dagegen erhobenen Verfassungsbeschwerden wurden mittlerweile vom BVerfG gemäß seiner eigenen früheren Rechtsprechung und der des BSG zurückgewiesen, da dem Gesetz- bzw. Ordnungsgeber bei der Einführung neuer BKen hinsichtlich der Altfälle ein Gestaltungsspielraum einzuräumen sei¹⁷⁵.

Die konkreten Auswirkungen der Rechtslage zum Eintritt des Versicherungsfalls in Bezug auf die Stichtagsregelung zeigt die oben schon angesprochene Entschei-

krankten; BSG SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 4; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 55; Schmitt § 9 Rn. 40.

¹⁷² Vgl. als Anwendungsfall: BSG SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 4.

¹⁷³ Vgl. aktuell zusammenfassend: § 6 BKV v. 31.10.1997, in der Fassung der Änderungsverordnung v. 05.09.2002, BGBl. I S. 3541.

¹⁷⁴ BGBl. I S. 2343.

¹⁷⁵ BVerfG v. 09.10.2000 - 1 BvR 791/95.

derung des BSG vom 22. August 2000¹⁷⁶, in der die arbeitstechnische Voraussetzung der BK Nr. 2108 nur bis 1983 erfüllt war, aber die Erkrankung und die Tätigkeitsaufgabe erst 1991 auftraten. Der Versicherungsfall lag damit erst nach dem Stichtag 31.03.1988.

4. Die Leistungen nach Eintritt einer BK

Trotz des im SGB VII betonten Vorrangs der Prävention (vgl. die Reihenfolge in § 1 SGB VII: „Prävention, Rehabilitation, Entschädigung“ sowie §§ 14 ff. SGB VII) kann der Eintritt von Arbeitsunfällen und BKen nicht völlig verhindert werden. Durch die Anerkennung eines Arbeitsunfalls oder einer BK als Versicherungsfall i.S. des SGB VII haben die Versicherten Anspruch auf die anschließend vorgestellten, üblichen Leistungen bei Eintritt eines Versicherungsfalls in der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß §§ 26 ff. SGB VII sowie darüber hinaus nur bei BKen auf die danach behandelten besonderen Leistungen gemäß § 3 BKV.

a) Die Leistungen nach § 26 ff. SGB VII

Der Katalog der Leistungsansprüche nach einem Arbeitsunfall oder einer BK sieht vor:

- aa) Heilbehandlung, einschließlich Leistungen zur medizinische Rehabilitation (§§ 27 ff. SGB VII, §§ 26 ff. SGB IX),
- bb) Leistungen zur beruflichen Rehabilitation bzw. zur Teilhabe am Arbeitsleben (§ 35 SGB VII, §§ 33 ff. SGB IX),
- cc) Leistungen zur sozialen Rehabilitation bzw. zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft sowie ergänzende Leistungen (§§ 39 ff. SGB VII, §§ 53 ff. SGB IX),
- dd) Leistungen bei Pflegebedürftigkeit (§ 44 SGB VII),
- ee) Verletzten- bzw. Übergangsgeld (§§ 45 ff. SGB VII),
- ff) Renten, Beihilfen, Abfindungen an die Versicherten oder ihre Hinterbliebenen (§§ 56 ff. SGB VII).

¹⁷⁶ BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2.

Zwei im allgemeinen Schadensersatzrecht übliche Leistungen werden von der gesetzlichen Unfallversicherung nicht erbracht: Schmerzensgeld (wie z.B. früher nach § 847 BGB, heute § 253 Abs. 2 BGB) sowie der Ersatz von Sachschäden; hinsichtlich Letzterer von einzelnen Ausnahmen (vgl. § 8 Abs. 3, § 13 SGB VII) abgesehen.

aa) Die **Heilbehandlung** umfasst regelmäßig nach Art und Umfang zumindest die Leistungen, welche die gesetzliche Krankenversicherung gewährt: Erstversorgung, ärztliche und zahnärztliche Behandlung, einschließlich Zahnersatz, Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, häusliche Krankenpflege, stationäre Behandlung in Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen, Leistungen zur medizinischen Rehabilitation einschließlich Belastungserprobung und Arbeitstherapie (§ 27 Abs. 1 SGB VII). Es gibt aber z.B. keine Zuzahlung bei Medikamenten¹⁷⁷.

bb) Des Weiteren gewährt der Unfallversicherungsträger **Berufshilfe** oder Leistungen der beruflichen Rehabilitation bzw. zur Teilhabe am Arbeitsleben im Sinne des SGB IX, wie Umschulung, Leistungen zur Erhaltung oder Erlangung eines Arbeitsplatzes usw. Angesichts des umfangreichen Leistungskatalogs in § 33 SGB IX und des weitgehenden Ermessens der Unfallversicherungsträger sind hier nur einzelfallbezogene Entscheidungen möglich¹⁷⁸.

cc) Auch das Spektrum der Leistungen zur **sozialen Rehabilitation** bzw. zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft sowie ergänzende Leistungen (§§ 39 ff. SGB VII, §§ 53 ff. SGB IX) ist sehr vielfältig und sein Einsatz vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Zu nennen sind beispielhaft: Kraftfahrzeug-, Wohnungs-, Haushaltshilfe usw.

dd) Anders als in der gesetzlichen Krankenversicherung ist jedoch auch die **Pfle-**

¹⁷⁷ § 29 SGB VII über Arznei- und Verbandmittel enthält keine der Zuzahlungsregelung in § 31 Abs. 2 SGB V entsprechende Regelung.

¹⁷⁸ Vgl. zum alten Recht: BSGE 72, 77 zur zeitlichen Begrenzung beruflicher Rehabilitationsmaßnahmen; BSG SozR 3-2200 § 567 RVO Nr 3 zur Ablehnung einer Kostenerstattung für eine selbstbeschaffte Umschulungsmaßnahme.

ge bei Hilflosigkeit durch Arbeitsunfall oder BK eine eigene, nicht auf die Pflegeversicherung übertragene Leistung der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 44 SGB VII)¹⁷⁹.

ee) Das **Verletztengeld** dient dem Ersatz des möglicherweise infolge der Arbeitsunfähigkeit aufgrund des Arbeitsunfalls oder der BK ausfallenden Entgeltes und ist in seinen Voraussetzungen und in seiner Berechnung weitgehend dem Krankengeld angeglichen: D.h. es beginnt erst mit dem Ablauf der Entgeltfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz bzw. entsprechender tarifvertraglicher Regelungen (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII). Es ist aber nicht durch die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern durch den Höchstjahresarbeitsverdienst (§ 85 SGB VII) in der gesetzlichen Unfallversicherung begrenzt und kann deshalb höher sein als das Krankengeld, zumal es 80 % des (Brutto-)Regelentgelts, maximal das Nettoentgelt beträgt (§ 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VII), während das Krankengeld nur 70 % des Bruttoentgelts und maximal 90 % des Nettoentgelts beträgt (§ 47 Abs. 1 SGB V). Gezahlt wird das Verletztengeld in der Regel bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit, maximal jedoch für 78 Wochen (§ 46 Abs. 3 SGB VII)¹⁸⁰.

Das während entsprechender Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation gezahlte **Übergangsgeld** (§§ 49 f. SGB VII) entspricht dem Verletztengeld.

ff) Bei den Renten, Beihilfen, Abfindungen steht die **Verletztenrente** an die Versicherten gemäß § 56 SGB VII im Vordergrund:

Versicherte, deren Erwerbsfähigkeit infolge eines Versicherungsfall über die 26. Woche nach dem Versicherungsfall hinaus um wenigstens 20 v.H. gemindert ist, haben Anspruch auf eine Rente (§ 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII). Die Höhe der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) richtet sich nach dem Umfang, der sich aus der Beeinträchtigung des körperlichen und geistigen Leistungsvermögens ergebenden verminderten Arbeitsmöglichkeiten auf dem gesamten Gebiet des Erwerbsle-

¹⁷⁹ Zur Höhe des Pflegegeldes: BSG SozR 3-2200 § 558 RVO Nr 1, 2.

bens (§ 56 Abs. 2 S. 1 SGB VII)¹⁸¹.

(1) Die MdE-Bemessung hängt also von zwei Faktoren ab

- den verbliebenen Beeinträchtigungen des körperlichen und geistigen Leistungsvermögens und
- dem Umfang der dadurch verschlossenen Arbeitsmöglichkeiten¹⁸².

Entscheidend ist nicht der Gesundheitsschaden als solcher, sondern vielmehr der Funktionsverlust unter medizinischen, juristischen, sozialen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten¹⁸³.

Ausgangspunkt für die Bemessung der MdE ist die individuelle Erwerbsfähigkeit des jeweiligen betroffenen Versicherten. Die normale Erwerbsfähigkeit des Durchschnittes aller Versicherten ist nicht maßgebend. Die Erwerbsfähigkeit des betroffenen Versicherten wird vor dem Unfall immer mit 100 v.H. angesetzt, selbst wenn sie durch andere Unfälle oder Krankheiten bereits gemindert war¹⁸⁴.

Die Bewertung des Grades der MdE ist keine Ermessensentscheidung, weil der Unfallversicherungsträger die MdE nicht nach seinem Ermessen festzusetzen, sondern zu ermitteln hat¹⁸⁵. Da die Frage, welche MdE vorliegt, nicht ausschließlich medizinischer Natur ist, besteht keine Bindungen an ärztliche Gutachten, wenn diese auch für den Unfallversicherungsträger und die Gerichte von wesentlicher Bedeutung sind. Bei der Bewertung der MdE sind auch die in jahrzehntelanger Entwicklung von der Rechtsprechung, dem versicherungsrechtlichen und dem versicherungsmedizinischen Schrifttum herausgearbeiteten allgemeinen Erfahrungssätze zu beachten¹⁸⁶. Jedoch ist gleichzeitig zu betonen, dass diese für die

¹⁸⁰ Zu weiteren Einzelheiten siehe: §§ 45 ff. SGB VII.

¹⁸¹ Diese erstmals im Gesetz enthaltene Definition der MdE durch das SGB VII entspricht der bisherigen Rechtsprechung und Literatur; vgl. die Gesetzesbegründung zum SGB VII in: BT-Drs. 13/2204, S. 90, vgl. zur Rechtsprechung nur: BSGE 1, 174; BSGE 53, 17, 19 = SozR 2200 § 551 RVO Nr 21; zur Literatur: Erlenkämper/Fichte, 3.A., S. 44 f.; Schönberger / Mehrrens / Valentin, 5. A., S. 109.

¹⁸² Vgl. BSGE 1, 174, 178; BSGE 53, 17, 19 = SozR 2200 § 551 RVO Nr 21.

¹⁸³ BSGE 6, 267 f.; BSG SozR 2200 § 581 RVO Nr 6.

¹⁸⁴ Kater in: Kater / Leube, § 56 Rn. 29 ff.

¹⁸⁵ BSGE 31, 185, 186; Kater in: Kater / Leube, § 56 Rn. 47 f.

¹⁸⁶ BSG SozR 2200 § 581 RVO Nr 27; BSGE 63, 207; BSGE 82, 212, 214 ff. = SozR 3-2200 § 581 RVO Nr 5; Kater in: Kater / Leube, § 56 Rn. 49 ff., 61 f. In der Praxis erfolgt die Bemessung

Entscheidung im Einzelfall eben nur die allgemeinen Erfahrungssätze bilden können, um die Grundlage für eine gleiche, gerechte Bewertung der MdE in den zahlreichen Parallelfällen des täglichen Lebens zu sichern. Sie schließen die Prüfung nicht aus, ob im Einzelfall wegen der besonderen Verhältnisse beim Versicherten nicht eine andere Bewertung der MdE stattzufinden hat. Das BSG¹⁸⁷ hat außerdem festgestellt, dass diese allgemeinen Erfahrungssätze grundsätzlich in gewissen längeren zeitlichen Abständen einer allgemeinen oder aber aufgrund neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse aus konkretem Anlass einer Überprüfung bedürfen.

(2) Bei der Höhe der Verletztenrente zeigt sich, dass die **Schadensberechnung** in der gesetzlichen Unfallversicherung **abstrakt** ist. Es wird der unfallbedingte Grad der MdE festgestellt und danach aufgrund des ermittelten Jahresarbeitsverdienstes die Verletztenrente errechnet. Es ist nicht wesentlich, ob und inwieweit der Verletzte tatsächlich einen Vermögens- oder Erwerbsschaden erlitten hat. Maßgebend ist die Minderung der Erwerbsfähigkeit und nicht die Minderung des Erwerbseinkommens. Die abstrakte Schadensberechnung vermeidet nicht nur die mit der konkreten Schadensberechnung verbundenen Schwierigkeiten, wie z.B. Ermittlung des entgangenen Arbeitsentgeltes, Fragen der Schadensminderung und der voraussichtlichen Entwicklung des Erwerbseinkommens ohne Unfallfolgen. Sie wird vielmehr auch in besonderer Weise dem verletzten Rechtsgut gerecht, das in der gesetzlichen Unfallversicherung die Gesundheit des Menschen als höchstes Gut ist¹⁸⁸.

(3) Eine **Ausnahme** von diesen Grundregeln ist nur möglich **beim Vorliegen be-**

der MdE durchweg anhand von Tabellenwerken für die gesetzlichen Unfallversicherung: Die derzeit gängigsten sind: Mehrhoff / Muhr und Schönberger / Mehrrens / Valentin, aber auch in Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung ist als Anhang 12 eine Aufstellung enthalten. Die Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz sind i.d.R. nicht anzuwenden, da der Begriff der MdE in der gesetzlichen Unfallversicherung von dem des Grades der Behinderung im Schwerbehindertenrecht abweicht; vgl. BSG Urteil vom 17. März 1992 - 2 RU 30/91.

¹⁸⁷ BSG SozR 2200 § 581 RVO Nr 23; BSGE 82, 212, 214 ff. = SozR 3-2200 § 581 RVO Nr 5; vgl. aktuell zur Diskussion um die MdE-Sätze: Wiester, Über die Aufgabe der Unfallversicherungsträger, die Richtwerte zur Bemessung der MdE überprüfen zu lassen, NZS 2001, 630 ff.

¹⁸⁸ Gitter / Nunius in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 5 Rn. 163 ff.; Kater in: Kater / Leube, § 8 Rn. 42 ff.; vgl. auch Benz in: Wannagat § 56 Rn. 10 ff.

sonderer beruflicher Kenntnisse und Erfahrungen (§ 56 Abs. 2 S. 3 SGB VII). Danach werden bei der Bemessung der MdE Nachteile berücksichtigt, die die Versicherten dadurch erleiden, dass sie bestimmte von ihnen erworbene besondere berufliche Kenntnisse und Erfahrungen infolge des Versicherungsfalls nicht mehr oder nur noch in vermindertem Umfang nutzen können, soweit solche Nachteile nicht durch sonstige Fähigkeiten, deren Nutzung ihnen zugemutet werden kann, ausgeglichen werden.

Diese Vorschrift wird nach der Rechtsprechung des BSG ganz überwiegend dahin ausgelegt, dass eine angemessene, nicht etwa die ausschlaggebende Berücksichtigung eines Berufes bei der Beurteilung der MdE nach den Umständen des Einzelfalles zur Vermeidung unbilliger Härten gerechtfertigt sei¹⁸⁹. Eine allgemeine Berücksichtigung der besonderen beruflichen Betroffenheit - etwa entsprechend den Grundsätzen zum Bundesversorgungsgesetz - nimmt das BSG¹⁹⁰ ganz überwiegend nicht an. Selbst wenn der Verletzte infolge des Arbeitsunfalles seinen erlernten Beruf nicht mehr ausüben kann, hat dies nach der Rechtsprechung nicht zwangsläufig eine höhere Bewertung der MdE nach § 56 Abs. 2 Satz 3 SGB VII zur Folge¹⁹¹.

b) Die Leistungen gemäß § 3 BKV

Neben den „üblichen“ Leistungen nach Eintritt eines Versicherungsfalls in der gesetzlichen Unfallversicherung gibt es im BK-Recht weitere Leistungen gemäß § 3 BKV. § 3 Abs. 1 S. 1 BKV lautet: „Besteht für Versicherte die Gefahr, daß eine BK entsteht, wiederauflebt oder sich verschlimmert, haben die Unfallversicherungsträger dieser Gefahr mit allen geeigneten Mitteln entgegenzuwirken.“ Ist die Gefahr für den Versicherten nicht zu beseitigen, haben die Unfallversicherungsträger darauf hinzuwirken, dass die Versicherten die gefährdende Tätigkeit unterlassen (§ 3

¹⁸⁹ BSGE 23, 253, 255; BSGE 28, 227, 229; BSGE 39, 31, 32; BSGE 70, 47: Flugkapitän: bejaht; BSG SozR 3-2200 § 581 RVO Nr 7: Profi-Fußballer: verneint; BSG SozR 3-2200 § 581 RVO Nr 6 : Tänzer: verneint nach erfolgreicher Umschulung.

¹⁹⁰ BSGE 23, 253, 255.

Abs. 1 S. 2 BKV), und haben ihnen zum Ausgleich hierdurch verursachter Minderungen des Verdienstes oder sonstiger wirtschaftlicher Nachteile Übergangsleistungen zu zahlen (§ 3 Abs. 2 S. 1 BKV).

Durch diese Regelung wird der Präventionsauftrag als vorrangige Aufgabe der Unfallversicherungsträger in §§ 14 ff. SGB VII konkretisiert und ergänzt¹⁹²: Nicht Entschädigung, sondern Prävention ist die primäre Zielrichtung von § 3 BKV¹⁹³. Zunächst sind alle geeigneten Mittel zur Vorbeugung und Krankheitsverhütung einzusetzen, aber wenn dies nicht ausreicht, auch die Möglichkeiten der Rehabilitation bis zu finanziellen Anreizen für die Versicherten die Tätigkeit zu unterlassen¹⁹⁴.

aa) Der entscheidende **Schlüsselbegriff** für die Anwendung des § 3 BKV ist die **Gefahr**, dass eine BK entsteht, wiederauflebt oder sich verschlimmert. Das BSG¹⁹⁵ verlangt das Vorliegen einer konkreten individuellen Gefahr für die Versicherten. Die aufgrund einer gefährdenden Tätigkeit generell vorhandene Möglichkeit der Erkrankung sei noch keine Gefahr im Sinne dieser Vorschrift, denn sonst hätte entgegen der Regelungsabsicht des Gesetzgebers jeder, der eine gefährdende Tätigkeit wegen dieser generellen Gefahr aufgibt, einen Anspruch auf Gewährung einer Übergangsleistung. Diese konkret individuelle Gefahr liege vor, wenn das Risiko einer Schädigung für den Versicherten in seiner Person an seinem Arbeitsplatz über den Grad hinausgehe, der bei anderen Versicherten mit einer vergleichbaren Beschäftigung bestehe. Insoweit genüge bereits die "statistisch erhöhte Möglichkeit" des Entstehens oder der Verschlimmerung einer BK. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Schädigung bei einer Weiterbeschäftigung in absehbarer Zeit eintreten werde, sei nicht erforderlich.

Von Seiten der Unfallversicherungsträger ist dieser relativ weite Gefahrbegriff auf

¹⁹¹ BSGE a.a.O.; BSGE 28, 227, 229; BSGE 39, 31, 32; BSG SozR Nr. 9, 10 und 12 zu § 581 RVO; Kater in: Kater / Leube, § 56 Rn. 70 ff.

¹⁹² Vgl. Begründung des Ordnungsgeber zur jetzigen BKV in: BR-Drs. 642/97, S. 10; BSGE 19, 157, 158; BSG v. 25.10.1989 - 2 RU 57/88; Mehrrens / Perlebach, G § 3 Rn. 1; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 1.

¹⁹³ Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 14.

¹⁹⁴ Vgl. Benz, BG 1996, 496.

¹⁹⁵ BSG v. 22.03.1983 - 2 RU 22/81; BSG v. 25.10.1989 - 2 RU 57/88; BSG v. 05.08.1993 - 2 RU 46/92; BSG v. 16.03.1995 - 2 RU 18/94.

Kritik gestoßen¹⁹⁶, erforderlich sei eine konkrete Gefahr des jeweiligen Versicherten, zudem seien weder das „normale“ Risiko der belasteten Gruppe noch das erhöhte individuelle Risiko hinreichend genau bekannt, allenfalls gäbe es Hinweise für Risikoerhöhungen. Römer¹⁹⁷ hat daher einen Gefahrbegriff vorgeschlagen, bei dem die Gefahr als Produkt der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und der Größe des Schadens definiert wird. Bei einem kleinen absehbaren Schaden sei eine hohe Eintrittswahrscheinlichkeit erforderlich und bei einem großen eine niedrige ausreichend. Dies trage auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung.

Da das BSG nicht exakte statistische Zahlen für die Gefahrerhöhung verlangt, sondern dann, wenn sie vorliegen¹⁹⁸, eine bestehende statistische Gefahrerhöhung als ausreichend angesehen hat, geht der Grundansatz der Kritik schon am Ziel vorbei, zumal der Verordnungsgeber - im Gegensatz zu Römer - keine große oder wahrscheinliche Gefahr fordert, sondern nur eine Gefahr. Im Ergebnis ist daher eine erhöhte, konkret individuelle Gefahr des jeweiligen Versicherten an seinem Arbeitsplatz im obigen Sinne zu fordern, ohne dass eine statistische Risikoabschätzung notwendig wäre, wohl aber eine eingehende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, wozu auch das Ausmaß des drohenden Schadens gehört¹⁹⁹.

bb) Als geeignete **Maßnahmen oder Mittel**, um der Gefahr entgegenzuwirken, kommen in Betracht technische und organisatorische Maßnahmen, persönliche Schutzmaßnahmen, medizinische Heilbehandlungen, Aufklärung, Beratung, Unterweisungen²⁰⁰.

¹⁹⁶ Benz / Borsch-Galetke / Priebeler, BG 1991, 667 ff.; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 18; vgl. auch Stresemann / Koch, BG 1992, 719, 724: die den vielleicht besseren Begriff des „speziellen Risikos“ vorschlagen.

¹⁹⁷ Römer, BG 1994, 237, 238 ff.; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 21 ff.; ihm folgend: Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 116.

¹⁹⁸ Vgl.: BSG v. 25.10.1989 - 2 RU 57/88; keine statistischen Zahlen in BSG v. 05.08.1993 - 2 RU 46/92; BSG v. 16.03.1995 - 2 RU 18/94, das sich im Übrigen auf Römer a.a.O. zur Begründung bezieht.

¹⁹⁹ In diesem Sinne wohl auch: Mehrtens / Perlebach, G § 3 Rn. 2.5, 2.7.

²⁰⁰ Einzelheiten siehe S. 116.

Ist die Gefahr für die Versicherten mit diesen Maßnahmen nicht zu beseitigen, haben die Unfallversicherungsträger darauf hinzuwirken, dass die Versicherten die gefährdende **Tätigkeit unterlassen** (§ 3 Abs. 1 S. 2 BKV). „Hinwirken“ bedeutet, dass der Unfallversicherungsträger eine weitere Gefährdung verhindern soll, aber eine zwangsweise Durchsetzung der Tätigkeitsaufgabe nicht möglich ist²⁰¹.

cc) Haben die Versicherten die gefährdende Tätigkeit unterlassen, weil die Gefahr fortbesteht und nicht durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen ist, haben ihnen die Unfallversicherungsträger zum Ausgleich hierdurch verursachter Minderungen des Verdienstes oder sonstiger wirtschaftlicher Nachteile **Übergangsleistungen** zu zahlen (§ 3 Abs. 2 S. 1 BKV). Die Voraussetzungen dafür sowie die sie verbindenden mehrfachen Ursachenzusammenhänge sind²⁰²:

1. Versicherte Tätigkeit,
2. aufgrund deren Einwirkung
3. eine fortbestehende, erhöhte, konkret individuelle Gefahr des Entstehens, Wiederauflebens, Verschlimmerns einer BK, die objektiv nicht anders zu beseitigen ist;
4. wegen dieser Gefahr:
5. tatsächliches Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit(en),
6. wegen dieses Unterlassens:
7. konkreter Schaden.

Für die Ursachenzusammenhänge wurde in Literatur²⁰³ und Rechtsprechung²⁰⁴ bisher aufgrund einer objektiv, nachträglichen Betrachtungsweise und ohne Rücksicht auf eine Aufforderung des Unfallversicherungsträger eine objektive Notwendigkeit zur Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten als ausreichend angesehen. Das bedeutet: Auch wenn gleichzeitig andere betriebliche Gründe einer Fortsetzung der gefährdenden Tätigkeit entgegenstanden (z.B. Kündigung des Ar-

²⁰¹ BR-Drs. 642/97, S. 10; Mehrrens / Perlebach, G § 3 Rn. 4.1.

²⁰² Vgl. allgemein: BSGE 40, 146, 149 = SozR 5677 § 3 7. BKVO Nr 1; BSG SozR 3-5670 § 3 BKVO Nr 5; Benz BG 1996, 496 ff.; Mehrrens / Perlebach, G § 3 Rn. 5, 5.10; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 38 ff.

²⁰³ Benz, BG 1996, 496, 497; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Anh. 1 Rn. 63; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 40.

²⁰⁴ Vgl. BSGE 40, 146, 148 = SozR 5677 § 3 7. BKVO Nr 1.

beitsverhältnisses, Konkurs des Betriebes) oder die Aufgabe auch aus persönlichen Motiven (z.B. Wunsch nach beruflicher Veränderung) erfolgte, schloß dies - bei objektiver Notwendigkeit des Unterlassens der gefährdenden Tätigkeit im Zeitpunkt der Tätigkeitseinstellung - den Kausalzusammenhang nicht aus. Das BSG²⁰⁵ hat diese rein objektive Betrachtungsweise jüngst in einer Entscheidung, in der eine BK noch nicht entstanden war, eingeschränkt und subjektive Gründe der Versicherten für die Aufgabe der Tätigkeit aufgrund der Anreizfunktion der Übergangsleistung gefordert und auf die Unterschiede des §3 BKV zur BK-Anerkennung hingewiesen (andere Zielrichtung, andere Formulierung).

Der wirtschaftliche Schaden der Versicherten wird möglichst exakt durch einen Vergleich des effektiven Einkommens mit dem fiktiven Einkommen, ggf. erhöhten Fahrtkosten, Umzugskosten, besonderen Anschaffungen für eine neue Tätigkeit, aber auch unter Berücksichtigung möglicher Vorteile ermittelt²⁰⁶. Hinsichtlich Art, Dauer und Höhe steht die Übergangsleistung im Ermessen der Unfallversicherungsträger²⁰⁷, ist aber der Höhe nach auf den einmaligen Betrag der Vollrente begrenzt und kann als einmaliger Betrag oder als wiederkehrende Zahlung verteilt auf fünf Jahre gezahlt werden (§ 3 Abs. 2 S. 2 BKV).

Zusammenfassend kann zum Unterlassungszwang im System des BK-Rechts festgestellt werden:

- Die Voraussetzungen zur generellen Einführung einer BK und zur Anerkennung einer BK im Einzelfall sind denen für die Anerkennung eines Arbeitsunfalls in der Tatbestandsstruktur sehr ähnlich (versicherte Tätigkeit, dieser zuzurechnende Einwirkung, durch die ein Gesundheitsschaden verursacht wird). Die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang ist jedoch eine Besonderheit.
- Bei der Beurteilung der Zurechnungs- und Kausalzusammenhänge ist grund-

²⁰⁵ BSG SozR 3-5670 § 3 BKVO Nr 5.

²⁰⁶ Vgl. Benz, BG 1996, 496, 498 ff.; Mehrrens / Perlebach, G § 3 Rn. 5.3 ff.; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Anh. 1 Rn. 64 ff.

²⁰⁷ Mehrrens / Perlebach, G § 3 Rn. 5.2; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Anh. 1 Rn. 67 f.; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 63.

sätzlich von der Theorie der wesentlichen Bedingung auszugehen. Hinsichtlich der Beweisanforderungen (an Gewissheit grenzende bzw. hinreichende Wahrscheinlichkeit) gibt es Unterschiede, denen bezüglich des Unterlassungszwangs nachzugehen sein wird.

- Auch bei den quantitativ nicht relevanten BKen gemäß § 9 Abs. 2 SGB VII kann der Unterlassungszwang von Bedeutung sein.
- Ohne Vorliegen des Unterlassungszwangs, soweit er ein Tatbestandsmerkmal ist, tritt kein Versicherungsfall ein, greift aber auch die Stichtagsregelung nicht. Möglich ist jedoch eine Befundanerkennung gemäß § 9 Abs. 4 SGB VII. Der Versicherungsfall einer BK kann auch noch viele Jahre nach dem Ausscheiden aus der versicherten Tätigkeit eintreten.
- Müssen Versicherte für sie gefährdende Tätigkeiten wegen einer erhöhten, konkret individuellen Gefahr der Entstehung, des Wiederauflebens oder der Verschlimmerung einer BK unterlassen, haben sie Anspruch auf Übergangsleistungen gemäß § 3 Abs. 2 BKV.

III. Vergleichbare Regelungen in ähnlichen Systemen

1. Im Beamtenversorgungsrecht

Die Unfallfürsorge im Beamtenversorgungsgesetz (§§ 30 ff. BeamtVG) ist hinsichtlich der die Versorgung auslösenden Tatbestände dem Recht der gesetzlichen Unfallversicherung ähnlich:

Der **Dienstunfall** ist in § 31 Abs. 1 S. 1 BeamtVG definiert als ein auf äußerer Einwirkung beruhendes, plötzliches, örtlich und zeitlich bestimmtes, einen Körperschaden verursachendes Ereignis, das in Ausübung oder infolge des Dienstes eingetreten ist.

Für die vorliegende Untersuchung interessanter ist die den BKen entsprechende Regelung in § 31 Abs. 3 S. 1 BeamtVG über **Diensterkrankungen**: „Erkrankt ein Beamter, der nach der Art seiner dienstlichen Verrichtung der Gefahr der Erkrankung an bestimmten Krankheiten besonders ausgesetzt ist, an einer solchen Krankheit, so gilt dies als Dienstunfall, es sei denn, dass der Beamte sich die Krankheit außerhalb des Dienstes zugezogen hat.“

Welche Krankheiten als solche Krankheiten anzuerkennen sind, ist nach § 31 Abs. 3 S. 3 BeamtVG durch eine Rechtsverordnung zu regeln. Diese Rechtsverordnung vom 20.06.1977²⁰⁸ bestimmt als Krankheiten im Sinne des § 31 Abs. 3 BeamtVG die in der Anlage 1 der BKVO in ihrer jeweils geltenden Fassung „genannten Krankheiten mit den dort im einzelnen bezeichneten Maßgaben“. Durch diese sog. gleitende Verweisung auf die BKVO in ihrer jeweils geltenden Fassung werden die bekannten BKen der gesetzlichen Unfallversicherung, einschließlich ihrer besonderen Voraussetzungen wie „Unterlassungszwang“, auch zu Krankheiten im Sinne der beamtenrechtlichen Unfallfürsorge.

Eine im Wortlaut identische Regelung für Berufs- und Zeitsoldaten enthalten § 27 Abs. 4 SVG sowie die darauf beruhende Verordnung zu seiner Durchführung vom 31.10.1977²⁰⁹.

Die entscheidende Voraussetzung „der Gefahr der Erkrankung ... besonders ausgesetzt“ erfordert eine Prüfung, die auf die von dem jeweiligen Beamten konkret zu verrichtende dienstliche Tätigkeit, die tatsächlichen Verhältnisse und Begleitumstände abstellt und eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Erkrankung verglichen mit der übrigen Bevölkerung („besondere Dienstbezogenheit der Erkrankung“) verlangt²¹⁰.

Die in der Literatur²¹¹ nachgewiesenen Entscheidungen und Verfahren betreffen vor allem Infektionskrankheiten. In den Entscheidungen, die BKen mit Unterlassungszwang betrafen, kam es auf diesen nicht an²¹². Die anscheinend alleine einschlägige Entscheidung des VGH Baden-Württemberg²¹³, in der es hinsichtlich des Unterlassungszwangs im Wesentlichen um die Verlegung des Orts der Tätigkeit geht, wird in diesem Zusammenhang erörtert²¹⁴.

2. Im Sozialen Entschädigungsrecht

Grundlegend für das gesamte soziale Entschädigungsrecht ist nach wie vor das Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz - BVG), weil viele anderen Regelungen es zum Vorbild haben und vor allem hinsichtlich der Leistungen darauf verweisen.

²⁰⁸ BGBl. I S. 1004.

²⁰⁹ BGBl. I S. 1957.

²¹⁰ Brockhaus in: Schütz, § 31 BeamtVG Rn. 169; Crisoli/Schwarz, § 31 BeamtVG Rn. 16a, 17; Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, § 31 BeamtVG Rn. 35; Schnellenbach Rn. 639.

²¹¹ Vgl. Brockhaus in: Schütz, § 31 BeamtVG Rn. 165 ff.; Crisoli/Schwarz, § 31 BeamtVG Rn. 16 ff.; Schnellenbach Rn. 639 ff.

²¹² Vgl. OVG Saarland, ZBR 1990, 60: BK 5101 Hauterkrankung, aber besondere Dienstbezogenheit der Erkrankung verneint.

²¹³ VGH Baden-Württemberg v. 28.09.1993 - 4 S 2915/92.

²¹⁴ Siehe S. 123.

Nach § 1 Abs. 1 BVG hat Anspruch auf Versorgung, wer durch eine militärische oder militärähnliche Dienstverrichtung oder durch einen Unfall während der Ausübung des militärischen oder militärähnlichen Dienstes oder durch die diesem Dienst eigentümlichen Verhältnisse eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat.

Vergleichbare Regelungen enthalten für Soldaten nach Beendigung des Wehrdienstes § 81 Abs. 1 SVG und die Versorgungsregelungen für Zivildienstleistende in § 47 Abs. 2 Zivildienstgesetz, die als Versorgungsstatbestände gesundheitliche Schädigungen durch Dienstverrichtungen, einen Dienstunfall oder durch die dem Wehrdienst bzw. Zivildienst eigentümlichen Verhältnisse vorsehen.

Da normative Vorgaben dafür, wann eine Krankheit als **Wehrdienstbeschädigung** anzuerkennen ist, fehlen, sieht das BSG diese Voraussetzung zumindest dann als erfüllt an, wenn die Tatbestandsmerkmale für eine BK im Sinne der BKVO nach der gesetzlichen Unfallversicherung erfüllt sind²¹⁵. Das BK-Recht wird als „Vorbild“²¹⁶ oder „Modell“²¹⁷ für die Abgrenzung des versorgungsrechtlich geschützten Bereichs in der Soldaten- und Kriegsopferversorgung angesehen.

Die Übertragung der Regelungen für BKen auf Wehr- bzw. Zivildienstbeschädigungen von Wehr- und Zivildienstpflichtigen ist angesichts der oben schon genannten Regelung für Zeit- und Berufssoldaten in § 27 Abs. 4 SVG nur konsequent. Denn hinsichtlich der schutzwürdigen Situation gibt es keinen grundsätzlichen Unterschied, zumal nicht alle BKen eine längerfristige Einwirkung voraussetzen: So vor allem z.B. die BK Nr. 3101 Infektionskrankheiten, von denen im Sanitätsdienst eingesetzte Wehrpflichtige oder in Krankenhäusern usw. tätige Zivildienstleistende genauso betroffen sein können wie „normales“ Krankenhauspersonal²¹⁸.

Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschiedenen oder veröffentlichten

²¹⁵ BSG SozR 3-3200 § 81 SVG Nr. 6; BSGE 73, 190 = SozR 3-3200 § 81 SVG Nr. 9.

²¹⁶ BSG SozR 3-3200 § 81 SVG Nr 8 S. 40.

²¹⁷ BSG v. 11.10.1994 - 9 BV 55/94.

²¹⁸ Vgl. auch das die zuvor genannte Rechtsprechung einleitende Urteil des BSG v. 26.02.1992, SGb 1993, 238 mit nicht nur insofern kritischer Anmerkung von Schroth.

Fälle betreffen aber überwiegend psychische²¹⁹ oder systemische²²⁰ Erkrankungen. Wenn es sich um Erkrankungen handelte, die als BKen mit Unterlassungszwang hätten anerkannt werden können, kam es auf diese Frage nicht an²²¹.

3. Im privaten Unfallversicherungsrecht

Die private Unfallversicherung ist nicht gesetzlich geregelt, sondern maßgeblich sind die „Allgemeinen Unfallversicherungs-Bedingungen“ (abgekürzt: AUB), die zwar eine unverbindliche Empfehlung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. sind, aber als Musterbedingungen in der Praxis nahezu einhellig den Vertragsabschlüssen zugrunde gelegt werden²²².

Diese AUB sind in der Vergangenheit von der Versicherungswirtschaft wiederholt überarbeitet worden. Aktuell finden die AUB 99 (aus dem Jahre 1999) Verwendung; Vorläufer waren die AUB 61 (aus dem Jahre 1961) und die AUB 88 (aus dem Jahre 1988)²²³.

Der entscheidende **Begriff des Unfalls** wird ähnlich wie in der gesetzlichen Unfallversicherung definiert: „Ein Unfall liegt vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von außen auf ihren Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet.“²²⁴

Die AUB 99 und AUB 88 enthalten keine Aussagen zu **Berufskrankheiten**. In den AUB 61 waren sie noch als ausgeschlossen aufgeführt: „Dagegen fallen nicht unter den Versicherungsschutz: a) Berufs- oder Gewerbekrankheiten; ...“ (§ 2 Abs. 3 AUB 61).

²¹⁹ BSG, SozR 3-3200 § 81 SVG Nr 6.

²²⁰ BSG, SGB 1993, 238; BSGE 73, 190 = SozR 3-3200 § 81 SVG Nr 9.

²²¹ BSG SozR 3-3200 § 81 SVG Nr 8; BSG v. 11.10.1994 - 9 BV 55/94.

²²² Stockmeier / Huppenbauer, S. 151.

²²³ Vgl. Koenen, S. 3; Stockmeier / Huppenbauer, S. 1.

Hieraus nun zu folgern, ab der AUB 88 seien Berufs- oder Gewerbekrankheiten von der privaten Unfallversicherung mitumfasst, ist irrig. Die Streichung dieses Ausschlussstatbestandes beruhte vielmehr darauf, dass nur Unfälle versichert sind und Berufs- und Gewerbekrankheiten schon begrifflich nicht als Unfall angesehen wurden²²⁵. Die früher anscheinend für erforderlich gehaltene Klarstellung erschien überflüssig, weil der Unfallversicherer für Krankheiten nicht einzustehen hat²²⁶.

Darüber hinaus sind bestimmte Unfälle und Schäden vom Versicherungsschutz ausgeschlossen (vgl. Nr. 5 AUB 99, vorher: § 2 AUB 88, §§ 2, 3, 10 AUB 61), von denen hier insbesondere die Schäden an Bandscheiben zu nennen sind, die im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung als BKen Nr. 2108 bis 2110 mit Unterlassungszwang aufgeführt sind.

Zusammenfassend ist zu vergleichbaren Regelungen festzustellen:

- In der Versorgung der Beamten und der der Berufs- und Zeitsoldaten verweisen die Regelungen über Diensterkrankungen auf die BK-Liste der gesetzlichen Unfallversicherung und damit auch auf die BKen mit Unterlassungszwang.
- Im Sozialen Entschädigungsrecht können dienstlich erworbene Krankheiten aufgrund Wehr- oder Zivildienst eigentümlicher Verhältnisse in entsprechender Anwendung der BK-Liste der gesetzlichen Unfallversicherung versorgt werden.
- In der privaten Unfallversicherung gibt es keine dem BK-Recht vergleichbaren Regelungen und Versicherungsfälle.

²²⁴ So wörtlich AUB 99 Nr. 1.4 in rein sprachlicher Änderung (anstelle „der Versicherte“ „die versicherte Person“) des § 1 Abs. 3 AUB 88 und des § 2 Abs. 1 AUB 61.

²²⁵ Grimm § 2 Rn. 88 f.

²²⁶ Konen, S. 13.

IV. Die mit dem Unterlassungszwang verfolgten Ziele

1. Die Verordnungs- und Gesetzesmaterialien

Als die Vorläufer-Regelung des heutigen Unterlassungszwangs im Rahmen der **3. BKVO** vom 16.12.1936²²⁷ durch die Neudefinition der BK Nr. 15 Hauterkrankungen eingeführt wurde, lautete diese „Schwere oder wiederholt rückfällige berufliche Hauterkrankungen, die zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit zwingen“. Zur Begründung wurde in den **Materialien** ausgeführt²²⁸: Durch den Verzicht auf die Art der Einwirkung werde die als erforderlich angesehene Erweiterung des Versicherungsschutzes vorgenommen. Jedoch sollten nur die Erkrankungen entschädigt werden, die nach Verlauf und Dauer als chronische Hauterkrankungen bezeichnet würden, also eine gewisse **Schwere** hätten. Des Weiteren sollten „die außerordentlichen Schwierigkeiten“, die in der Klärung der Krankheitsursachen in jedem Einzelfall lagen, möglichst eingeschränkt werden. Insgesamt handelte es sich also um eine Ausdehnung des Versicherungsschutzes verbunden mit dem gleichzeitigen Bemühen die **Anzahl der Verfahren** insgesamt **einzuschränken**.

Neben diesen Absichten, ein Ausdruck für die Schwere und Dauerhaftigkeit der Erkrankung zu sein und als unnötig angesehene Verfahren zu vermeiden, führte die Formulierung außerdem zu einer Art **Berufsschutz**, weil abgesehen von den Fällen, in denen jede Erwerbstätigkeit aufgegeben wurde, ein „Beruf“ Voraussetzung für die Anerkennung war²²⁹. Ein erster Versuch des Ordnungsgebers den ungelerten Arbeitern insofern entgegenzukommen²³⁰, in dem in der Neuformulierung des Unterlassungszwangs in der 6. BKVO vom 28.04.1961 nur noch die „Aufgabe der beruflichen Beschäftigung“ verlangt wurde, führte nicht zu dem beabsichtigten Ergebnis, so dass in der durch die Änderungsverordnung zur 7. BKVO

²²⁷ RGBl. I S. 1117, 1119.

²²⁸ Vgl. die Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355, 358.

²²⁹ Siehe S. 22.

²³⁰ Vgl. Begründung des Verordnungs-Entwurfs in: BR-Drs. 115/61, S. 8; siehe S. 25.

vom 08.12.1976 eingeführten heutigen Formulierung nur noch das Unterlassen aller „Tätigkeiten“ gefordert wird, um die Entschädigung aller Erkrankten ohne Rücksicht auf ihren Beruf entsprechend dem Ausmaß ihrer Erkrankung sicherzustellen²³¹. Eine Art Berufsschutz war also nie und ist auch heute kein Ziel des Verordnungsgebers, das mit dem Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang erreicht werden soll.

Die Absicht, die Anzahl der Verfahren zu begrenzen und der „Gefahr einer nicht mehr zu beherrschenden Ausweitung“²³² entgegenzuwirken, wird jedoch auch in der Begründung zur **6. BKVO** bei der neu eingeführten und mit dem Erfordernis Unterlassungszwang versehenen BK Nr. 41 Bronchialasthma genannt. Bei der ebenfalls neuen BK Nr. 43 Sehnenscheiden soll durch das Tatbestandsmerkmal ebenfalls eine Einschränkung bewirkt werden, da die - wohl alternativ erwogenen - Begriffe „chronisch“ und „Überbeanspruchung“ in der ärztlichen Gutachterpraxis zu erheblichen Schwierigkeiten geführt hätten und die meisten derartigen Erkrankungen durch ärztliche Behandlung günstig verlaufen und ohne bleibenden Schaden abklingen würden²³³. In diesen Überlegungen klingen die noch ausführlich zu erörternden präventiven und vorbeugenden Auswirkungen des Unterlassens der jeweiligen Tätigkeit auf den Verlauf der Erkrankung schon an. Des Weiteren wurde bei der Änderung der Formulierung durch die 6. BKVO auch die tatsächliche Aufgabe der Tätigkeit für unverzichtbar gehalten²³⁴.

In der Begründung zur Aufnahme des Unterlassungszwangs in die Ermächtigungsgrundlage des **§ 9 SGB VII** wird dieser Gedanke weiterverfolgt und als **weiteres Ziel** ausdrücklich angeführt, dass schon aus **präventiven Gründen** auf die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit auch im Interesse des Gesundheitsschutzes der Versicherten nicht verzichtet werden könne²³⁵.

²³¹ Siehe S. 31; vgl. Begründung der Verordnung zur Änderung der Siebten Berufskrankheiten-Verordnung, BR-Drs. 563/76, S. 3 f.

²³² BR-Drs. 115/61, S. 7.

²³³ BR-Drs. 115/61, S. 7.

²³⁴ BR-Drs. 115/61, S. 8.

2. Rechtsprechung und Literatur

a) Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen

Das BSG hat in ständiger **Rechtsprechung** den Unterlassungszwang in seinen verschiedenen Formulierungen als zusätzliche BK-Voraussetzung zur Beschreibung des Schweregrades der Erkrankung bzw. Indiz für den Schweregrad der Erkrankung angesehen, um Bagatell-Erkrankungen, auch wenn sie kausal sind, von einer Entschädigung auszuschließen²³⁶.

Zusammenfassend hat das BSG in seinem Urteil vom 14.11.1984²³⁷ ausgeführt: „Berufskrankheiten sind nach der RVO nicht nur durch ihre Arbeitsbezogenheit aus dem Kreis der allgemeinen unversicherten Krankheiten im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung herausgehoben, sondern einige von ihnen auch dadurch, dass die BKVO zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen aufstellt, die in typisierender Betrachtung den für die Qualität als BK erforderlichen Schweregrad der Krankheit umschreiben und den Eintritt des Versicherungsfalles abweichend von dem Grundsatz des § 551 Abs. 3 RVO zeitlich erst nach dem Beginn der Krankheit im Sinne der Krankenversicherung regeln (..). Leichtere Erscheinungsformen der gleichen Krankheit im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung bleiben unter diesen Zusatzvoraussetzungen der BKVO in der gesetzlichen Unfallversicherung unversichert; sie sind selbst bei nachgewiesener Arbeitsbezogenheit keine Berufskrankheiten (..). Dazu gehören neben der schweren und wiederholt rückfälligen Hauterkrankung (Nr. 5101 Anlage 1 zur 7. BKVO n.F.) auch die durch allergisierende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankung nach Nr. 4301 Anlage 1 zur 7. BKVO n.F. Für beide setzt die BKVO zusätzlich voraus, dass die Krankheit ‘zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen hat, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können’.“

²³⁶ BT-Drs. 13/2333, S. 19.

²³⁷ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 10; BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 8; BSG v. 11.02.1981 - 2 RU 25/79; BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80; BSGE 56, 94, 97; BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 24.

Die **Literatur** hat sich dem im Wesentlichen zustimmend angeschlossen²³⁸.

b) Präventionszweck

Daneben hat das BSG schon sehr früh und in den letzten Jahren verstärkt den **Präventionszweck** des Unterlassungszwangs betont, der darauf abziele, eine Verschlimmerung der Erkrankung mit der Folge einer erhöhten Entschädigung zu verhindern²³⁹. Die Versicherten würden durch die Ausübung finanziellen Drucks zu ihrem eigenen Schutz gezwungen. Im Interesse der Solidargemeinschaft würde die Regelung bezwecken, ein Verbleiben der Versicherten bei den sie gefährdenden Tätigkeiten zu verhindern und dadurch eine Verschlimmerung der Krankheit mit der Folge erhöhter Entschädigungsleistungen zu verhüten.

Auch dem hat sich die **Literatur** im Wesentlichen zustimmend angeschlossen²⁴⁰.

Hervorzuheben ist die **Entwicklung in der Rechtsprechung des BSG**, die zunehmend auf den Präventionsgedanken abstellt: Während in den Urteilen bis zum 14.11.1984²⁴¹ neben der Festlegung des Schweregrades „auch“ der präventive Zweck betont wurde, führte das BSG-Urteil vom 27.11.1985²⁴² aus, dass an die Stelle des Berufsschutzgedankens, so wie er dem tätigkeitsbezogenen Merkmal

²³⁷ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 24.

²³⁸ Benz, SGB 1996, 526, 528; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 202; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 31; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.1; Pöhl, BG 2000, 475, 476; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 13; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 103.

²³⁹ BSGE 10, 286, 290 schon zur 3. und 5. BKVO; BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr. 10; BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 8; BSG v. 11.02.1981 - 2 RU 25/79; BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80; BSGE 56, 94, 97; BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 4301 BKVO Nr 2; BSG v. 19.12.1996 - 2 BU 253/96; BSGE 84, 30, 39 = SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 12; BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2.

²⁴⁰ Benz, SGB 1996, 526, 528; Koch in : Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 202; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 31; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.1; Pöhl, BG 2000, 475, 476; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 13; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 103.

²⁴¹ Vgl. BSG v. 26.01.1978, SozR 2200 § 551 RVO Nr. 10; BSG v. 20.04.1978, SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 8; BSG v. 11.02.1981 - 2 RU 25/79; BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80; BSG v. 08.12.1983, BSGE 56, 94, 97.

²⁴² BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 4301 BKVO Nr 2.

früher in starkem Maße angehaftet habe, immer mehr der Wille zur Gesundheitsvorsorge getreten sei. Eine Pflicht des Unfallversicherungsträgers zur Entschädigung bestehe nur, wenn die Gefahr einer Entstehung, Verschlimmerung oder des Wiederauflebens der BK nicht mehr drohe; dies bedeute für die Zukunft, das Vermeiden jeder Gefährdung. In dem jüngsten Urteil des BSG vom 22.08.2000²⁴³ wird unter Bezugnahme auf das zuvor genannte Urteil ohne Erwähnung des Gesichtspunktes „Schwere der Krankheit“ dargelegt, dass das Merkmal der Aufgabe der beruflichen Beschäftigung den Zweck habe, ein Verbleiben des Versicherten auf dem ihn gefährdenden Arbeitsplatz zu verhindern und dadurch eine Verschlimmerung der Krankheit mit der Folge einer erhöhten Entschädigungsleistung zu verhüten. Dies habe der Ordnungsgeber dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er auch das Unterlassen solcher Tätigkeiten verlange, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich sein können. Um diesem Präventionszweck zu genügen, müsse nicht nur eine wahrscheinlich zu erwartende Schädigung, sondern jede mögliche Gefährdung vermieden werden. Dementsprechend sei für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der in jenem Verfahren umstrittenen BK Nr. 2108 der Anlage 1 zur BKVO zu fordern, dass die darin genannten belastenden Tätigkeiten, nämlich das Heben und Tragen schwerer Lasten bzw. Tätigkeiten in extremer Rumpfbeugehaltung, in vollem Umfang aufgegeben sein müssen, auch wenn eine Schädigung hierdurch nicht wahrscheinlich sei.

c) Umstritten: Kausalitätsanzeichen

Umstritten ist die vom BSG in seinen Urteil vom 26.01.1978 und daran anschließend in dem vom 23.03.1999 wortgleich vertretene Auffassung, das Unterlassen der schädigenden Tätigkeiten als Voraussetzung eines Entschädigungsanspruchs habe „die Funktion eines **typisierten Kausalitätsanzeichens**, auf Grund dessen die nicht für entschädigungswürdig gehaltenen leichten Fälle dieser Krankheit, die häufig nicht ihre Ursache in der versicherten Tätigkeit finden, abgegrenzt werden

²⁴³ BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2 S. 8.

sollen“²⁴⁴.

Keller²⁴⁵ meinte schon 1995: Der Unterlassungszwang dient nicht der Abgrenzung zwischen berufsbedingten und nicht berufsbedingten Erkrankungen. Er sei vielmehr ein kausalitätsunabhängiges Tatbestandsmerkmal, das bewirke, dass in eindeutig auf die versicherte Tätigkeit zurückzuführenden Erkrankungsfällen der Versicherungsfall nicht eintrete.

Auch Ricke²⁴⁶ hat die Auffassung des BSG in einer Anmerkung zum Urteil vom 23.03.1999 über die Rechtmäßigkeit der Aufnahme der BK Nr. 2108 in die BKVO kritisiert, weil ein derartiges Kausalitätsanzeichen gerade bei einer Volkskrankheit nicht weiterhelfe, der Ursachenzusammenhang vorausgesetzt werde, so dass weder Bedarf noch Raum für ein geringwertiges Kausalitätsanzeichen sei, und es zu einer Vermischung von Kausalität und Schwere komme.

Pöhl²⁴⁷ hat die Kritik vertieft, da es für diese Interpretation keine Hinweise in den Materialien gebe und sie inhaltlich nicht richtig sei. Wenn die Unterlassung den definitiven Kausalitätsnachweis zur Voraussetzung habe, bleibe für das Verständnis der Unterlassung nur als Kausalitätsanzeichen schon gedanklich kein Raum mehr. Die Unterlassung sei Kausalitätsfolge und nichts weniger. Allerdings weist auch Pöhl²⁴⁸ als weitere Intention des Unterlassens der gefährdenden Tätigkeit auf die „Erleichterung der Aufklärung der Krankheitsursachen im Einzelfall“ hin.

Krasney²⁴⁹ hat dieser Kritik insoweit zugestimmt, als das Unterlassen der Tätigkeit deshalb kein typisiertes Kausalitätsanzeichen sei, weil das fehlende Unterlassen selbst bei schweren, wiederholt rückfälligen und unbestritten auf die versicherte Tätigkeit zurückzuführenden Hauterkrankungen die Feststellung und die Entschädigung dieser Krankheit als BK ausschließt. Nach der Entstehungsgeschichte

²⁴⁴ BSG v. 26.01.1978, SozR 2200 § 551 RVO Nr 10 S. 19.; BSG v. 23.03.1999, BSGE 84, 30, 39 = SGB 1999, 576, 581 mit auch insofern ablehnender Anm. von Ricke auf S. 583.

²⁴⁵ Keller, SozVers 1995, 264, 265.

²⁴⁶ Ricke, SGB 1999, 582, 583 f.

²⁴⁷ Pöhl, BG 2000, 475, 476.

²⁴⁸ A.a.O.

²⁴⁹ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 31.

könne nicht allein das Unterlassen, sondern allenfalls vorrangig die Schwere oder wiederholte Rückfälligkeit ein typisiertes Kausalitätsanzeichen sein. Das BSG nehme in diesem Zusammenhang unmittelbar Bezug auf die für „nicht entschädigungswürdig“ gehaltenen Fälle und habe in dem späteren Urteil vom 22.08.2000²⁵⁰ nicht mehr auf diesen Gedanken Bezug genommen, sondern vorrangig den Präventionsgedanken betont. Zudem könnten die kritisierten Ausführungen des BSG auch in dem von Pöhl eingeräumten Sinn einer Intention zur Erleichterung der Aufklärung der Krankheitsursachen bei Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten verstanden werden²⁵¹.

3. Würdigung der Ziele

a) Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und unnötigem Verwaltungsaufwand

In einer **Gesamtschau** wird man entsprechend dem Willen des Verordnungsgesetzgebers dem Unterlassungszwang **zunächst den Zweck** zuordnen müssen, ein **Indiz für die Schwere der Erkrankung** zu sein, um Bagatell-Erkrankungen auszuschließen und **unnötige Verwaltungsverfahren zu vermeiden**. Auf die damit einhergehende Konsequenz, dass eindeutig durch die versicherte Tätigkeit verursachte Erkrankungen nicht als BK anerkannt werden, obwohl sie den Grundtatbestand einer BK, abgesehen von dem Unterlassungszwang, erfüllen, muss in aller Deutlichkeit hingewiesen werden. Aber dies war vom Ordnungsgeber bewusst so gewollt²⁵².

Nachdem der Unterlassungszwang als mögliche BK-Voraussetzung in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII aufgenommen wurde, spricht auch vieles dafür, dass ein derartiges Erfordernis zumindest mit der Rechtsgrundlage in Übereinklang steht. Auf die Vereinbarkeit dieses Ausschlusses mit dem Verfassungsrecht soll später einge-

²⁵⁰ BSG SozR 3-5670 Nr 2108 BKVO Nr 2.

²⁵¹ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 31.

gangen werden, wenn der Unterlassungszwang in seinen Einzelheiten und damit die Voraussetzungen und Folgen dieses Ausschlusses geklärt sind.

Sozialpolitisch ist der Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen von der BK-Anerkennung ebenfalls vertretbar, wenn die Folgen einer Anerkennung bzw. Nicht-Anerkennung bedacht werden: Von den oben dargestellten Leistungen gemäß §§ 26 ff. SGB VII²⁵³ kommen bei Bagatell-Erkrankungen nur Heilbehandlung und für die Zeit einer Arbeitsunfähigkeit Verletzengeld in Betracht. Für alle anderen Leistungen sind bei Bagatell-Erkrankungen keine Ansatzpunkte zu erkennen, insbesondere schließt jede messbare MdE das Vorliegen einer Bagatell-Erkrankung aus. Wird eine berufsbedingte Erkrankung nicht als BK anerkannt, weil die gefährdende Tätigkeit nicht unterlassen wird, hat der Erkrankte mangels Versicherungsfall keinen Anspruch auf diese Leistungen nach den genannten Vorschriften²⁵⁴. Die ggf. notwendigen Leistungen sind von dem Unfallversicherungsträger jedoch gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 BKV zu erbringen. Denn dieser setzt gerade keine BK-Anerkennung voraussetzt und nach ihm haben die Unfallversicherungsträger schon der Gefahr, dass eine BK entsteht, mit allen geeigneten Mitteln entgegenzuwirken, wozu auch eine Heilbehandlung und die entsprechende Zahlung von Verletzengeld gehören können²⁵⁵. Im Übrigen haben die typischen in der gesetzlichen Unfallversicherung Versicherten in der Regel als Auffangtatbestand Anspruch gegen ihre gesetzliche Krankenversicherung auf Heilbehandlung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall²⁵⁶, so dass eine nicht zu behebende Notlage nicht entstehen kann, zumal es nur eine Bagatell-Erkrankung ist.

b) Präventionszweck

Die weitere Aufgabe des Unterlassungszwangs, der Präventionszweck, findet keine Stütze in den Materialien zur 3. BKVO, wird aber in denen zur 6. BKVO vom

²⁵² Vgl. die Begründung zur 3. BKVO in: AN 1936, 355, 358.

²⁵³ Siehe S. 63.

²⁵⁴ Vgl. BSGE 53, 17, 18 f.

²⁵⁵ Vgl. oben S. 68; BR-Drs. 115/61, S. 8.

²⁵⁶ Siehe S. 64 f.

28.04.1961 schon indirekt bei der damaligen BK Nr. 43 Sehnenscheiden angesprochen. Er wurde vor allem von der Rechtsprechung ausgehend von den verschiedenen Formulierungen und insbesondere dem Wortsinn²⁵⁷ des heutigen „... die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ entwickelt. Angesichts der historischen Entwicklung und der Begründung schon zur 6. BKVO, die mit dem Ersetzen der Präsensform „zwingen“ durch die Vergangenheitsform „gezwungen haben“ die tatsächliche Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten erreichen wollte, kann der verstärkten Betonung des Präventionszwecks nur zugestimmt werden, zumal die Sinnhaftigkeit des Präventionszwecks zum Schutze des Versicherten und der Solidargemeinschaft als solche außer Frage steht. Im Übrigen wurde der Präventionszweck bei der Einordnung der gesetzlichen Unfallversicherung in das SGB VII und der Aufnahme des Unterlassungszwangs als mögliche BK-Voraussetzung in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII hervorgehoben und seiner Einschränkung (erst ab einer MdE von 30 v.H.) von der gesetzgebenden Mehrheit eine klare Absage erteilt²⁵⁸.

Der entscheidende Punkt beim Präventionszweck ist jedoch die Absolutheit, ja Rigorosität, die ihm mit dem Erfordernis, jede mögliche Gefährdung zu vermeiden, beigelegt wird. Insofern sind Zweifel angebracht. Wo die Grenzen zur Bestimmung aller Tätigkeiten, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich sein können, liegen, wird im Folgenden noch näher zu klären sein, zumal gerade in der ersten Entscheidung des BSG²⁵⁹, in der der Präventionszweck angesprochen wird, anschließend vom Unterlassungszwang aufgrund der besonderen Umstände des Falles eine Ausnahme gemacht wurde. Auch Koch scheint von dieser Rigorosität Abstriche zu machen, wenn er formuliert: Der Präventionsgedanke bestimmt auch die Grenze des hinnehmbaren Risikos: Jede arbeitsmedizinisch relevante Gefährdung soll zukünftig ausgeschlossen werden²⁶⁰. Mit dem Unterlassungszwang soll erreicht werden, dass auch in Zukunft die

²⁵⁷ Vgl. zu dieser Auslegungsmethode nur: Larenz, S. 320 ff., aber auch Koch / Rüßmann, S. 166 ff.

²⁵⁸ Vgl. oben S. 33 f.

²⁵⁹ BSGE 10, 286, 290, 291.

²⁶⁰ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 202; Unterstreichung vom Verfasser.

Gefahr des Wiederauflebens oder der Verschlimmerung möglichst vermieden wird²⁶¹. Also nicht jede, sondern nur die arbeitsmedizinisch relevante Gefährdung und nur soweit dies möglich ist, soll vermieden werden!²⁶²

c) Kausalitätsanzeichen

Hinsichtlich des umstrittenen Gesichtspunktes „typisiertes Kausalitätsanzeichen“ ist auf Folgendes hinzuweisen: Wie sich schon aus dem Begriff „Anzeichen“ ergibt, wird der Unterlassungszwang insofern nur als Indiz angesehen. Er ist kein zwingender Beweis für den Ursachenzusammenhang zwischen versicherter Tätigkeiten und Erkrankung.

Dass dieser Ursachenzusammenhang grundsätzlich, losgelöst von der Frage des Unterlassens, für die Anerkennung einer BK mit und ohne Unterlassungszwang feststehen muss, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Andererseits zeigt die praktische Erfahrung, dass bei einzelnen BKen, was auch Pöhl²⁶³ einräumt, aus dem Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten und der weiteren Entwicklung der Erkrankung unter bestimmten Umständen Folgerungen für die gutachterliche medizinische Beurteilung des Ursachenzusammenhangs gewonnen werden können. Dies gilt insbesondere für die BKen Nr. 4301/4302 Atemwegserkrankungen²⁶⁴ und BK Nr. 5101 Hauterkrankungen²⁶⁵: Denn bei ihnen ist oftmals nach dem Ende oder einer längeren Unterbrechung (z.B. durch Urlaub) der Einwirkung eine deutliche Verbesserung bis zum Abheilen der Krankheit festzustellen. Dass dies z.B. bei der BK Nr. 2108 LWS-Erkrankungen, weil es sich hierbei um eine Verschleißkrankheit handelt, die sich über einen langen Zeitraum entwickelt hat, sich oft nach

²⁶¹ Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44 unter Hinweis auf die obige Rechtsprechung; Unterstreichung vom Verfasser.

²⁶² Vgl. auch die Kritik von Schimanski, SozVers 1995, 124 ff.

²⁶³ Pöhl, BG 2000, 475, 476.

²⁶⁴ Vgl. Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4301 unter III., BArbBl. 1979, Heft 7/8, S. 73 f.; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 1030, 1036.

²⁶⁵ Vgl. Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 5101 unter III., BArbBl. 1996, Heft 6, S. 22, 23; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. S. 857, 858: Wesentliche Kriterien bei Beurteilung des Ursachenzusammenhangs: „... Erkrankungsverlauf vor, während und nach Beendigung der gefährdenden Tätigkeiten ..“.

dem Ende der Einwirkung nicht nachhaltig bessert und für die es viele außerberufliche Ursachen geben kann²⁶⁶, ggf. nicht so ist, schließt die Funktion des Unterlassungszwangs als Kausalitätsanzeichen bei anderen BKen nicht zwingend aus.

Die oben dargestellte Kritik an der Bezeichnung des Unterlassungszwangs auch als typisiertes Kausalitätsanzeichen scheint die Bedeutung dieser Aussage überzubewerten und die Relativität der Funktion eines Kausalitätsanzeichens nicht zu erkennen. Im Übrigen ist die Kritik in ihren Kernaussagen teilweise eher verwirrend. Dass der Unterlassungszwang selbst gerade kein „kausalitätsunabhängiges Tatbestandsmerkmal“²⁶⁷ ist, folgt schon aus seiner Definition, die von Tätigkeiten spricht, die „ursächlich waren oder sein können“. Auch die Aussage von Pöhl „Die Unterlassung ist Kausalitätsfolge und nichts weniger.“²⁶⁸ vermag nicht zu überzeugen. Dass gerade nicht in allen Fällen einer berufsbedingten Erkrankung die entsprechende Tätigkeit unterlassen wird, sie also nicht immer eine Folge ist, ist der Hintergrund für dieses Tatbestandsmerkmal.

Zusammenfassend ist zu den mit dem Unterlassungszwang verfolgten Zielen festzustellen:

- Der Unterlassungszwang hatte zunächst die Funktion, die Schwere der Erkrankung deutlich zumachen, Bagatell-Erkrankungen auszuschließen und unnötige Verwaltungsverfahren zu vermeiden.
- Der im Laufe der Jahre hinzugekommene, vor allem von der Rechtsprechung entwickelte, von der Literatur gebilligte und vom Gesetzgeber mittlerweile übernommene Präventionszweck des Unterlassungszwangs ist als solcher nicht umstritten. Unklar ist jedoch seine konkrete Ausgestaltung und die genaue Bestimmung der Tätigkeiten, die in Zukunft zu unterlassen sind.
- Das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten kann auch ein Kausalitätsanzei-

²⁶⁶ Vgl. nur: Mehrtens / Perlebach, M 2108 Rn. 5 ff.; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 535 ff.

²⁶⁷ Keller, SozVers 1995, 264, 265.

²⁶⁸ Pöhl, BG 2000, 475, 476.

chen für den Ursachenzusammenhang zwischen der Einwirkung und der Erkrankung sein, ohne dass dies in allen Fällen und bei allen BKen mit diesem Tatbestandsmerkmal so sein muss.

V. Die gefährdenden Tätigkeiten

Die Unterlassung aller Tätigkeiten, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können, - so die heutige Formulierung in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII und in den entsprechenden BK-Bezeichnungen der BKVO bzw. BKV seit der BKVO 1976 - setzt vor einer Definition des Unterlassens eine Bestimmung der Tätigkeiten voraus, die zu unterlassen sind.

1. Die „Tätigkeit“

Mit dem **Begriff „Tätigkeit“**, der nach Wahrig²⁶⁹ als „Sichbetätigen .. Arbeit, Beruf, Gesamtheit der beruflichen Verrichtungen“ zu verstehen ist, kam in der BKVO 1976 eine Entwicklung zum Abschluss, die ausgehend von den engeren Formulierungen „Wechsel des Berufs“ oder „Aufgabe jeder Erwerbstätigkeit“ ab der 3. BKVO und „Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit“ ab der 6. BKVO den Versicherungsschutz immer mehr erweitert hatte, um auch Versicherten ohne besondere berufliche Kenntnisse, deren Erwerbsfähigkeit durch die Krankheit in entsprechendem Ausmaß eingeschränkt ist, die Entschädigungsleistungen zukommen zu lassen²⁷⁰.

a) Dementsprechend ist der Begriff „Tätigkeit“ **weit auszulegen**²⁷¹ und umfasst alle Tätigkeiten ohne Rücksicht darauf, ob eine Vorbildung, Ausbildung oder besondere Erfahrungen zu ihrer Ausübung notwendig sind. Es muss keine qualifizierte Tätigkeit sein, auch ungelernete Arbeiten genügen²⁷². Die früheren²⁷³ Schwierig-

²⁶⁹ Vgl. Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Stichwort „Tätigkeit“.

²⁷⁰ Siehe S. 25 zur 6. BKVO und S. 31 zur BKVO 1976; BSGE 53, 17, 18.

²⁷¹ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44.

²⁷² Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 72; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.1; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 15; Schmitt § 9 Rn. 17.

²⁷³ Siehe S. 22 zur 5. BKVO; BSGE 10, 278, 280 f.; BSGE 18, 98, 100.

keiten, ob die versicherte und ausgeübte Tätigkeit ein „Beruf“ ist, werden damit vermieden²⁷⁴.

Die Frage nach der erforderlichen **Bedeutung** der zu unterlassenden Tätigkeit oder Tätigkeiten im Verhältnis zu allen an dem jeweiligen Arbeitsplatz verrichteten Tätigkeiten ist entsprechend zu beantworten: Denn wenn alle Tätigkeiten ohne Rücksicht auf ihren qualitativen Wert zu berücksichtigen sind, dann ist konsequenterweise auch der qualitative Wert der zu unterlassenden Tätigkeit(en) im Verhältnis zu den übrigen zu dem Arbeitsplatz gehörenden Tätigkeiten und der Gesamtheit aller Verrichtungen am Arbeitsplatz ohne Bedeutung²⁷⁵. D.h.: Die zu unterlassende Tätigkeit muss der bisherigen Berufsausübung nicht das „bestimmende Gepräge“²⁷⁶ gegeben haben. Es genügen ein kleiner Ausschnitt aus dem Tätigkeitsfeld des Versicherten oder einzelne Arbeitsvorgänge oder eine bestimmte Verrichtung²⁷⁷.

b) Die zunächst vertretene gegenteilige Auffassung²⁷⁸, die damit begründet worden war, dass bei dieser Auslegung nicht immer eine ausgleichswürdige erhebliche Einschränkung der Arbeitsmöglichkeiten gegeben sei, ist nach den überzeugenden Ausführungen des BSG in dem Urteil vom 15.12.1981²⁷⁹ weitgehend verstummt²⁸⁰. Denn das BSG hat zurecht darauf hingewiesen, dass das Ausmaß der Einschränkung der Arbeitsmöglichkeiten systematisch nicht bei der Feststellung, ob eine BK vorliegt, zu berücksichtigen ist, sondern bei der Schätzung der Höhe der MdE. Andernfalls wäre die Einschränkung der Arbeitsmöglichkeiten

²⁷⁴ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.1; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 862.

²⁷⁵ BSGE 53, 17, 18; BSG v. 20.10.83 - 2 RU 70/82; Benz, SGB 1996, 526, 528; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 72; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.1; Mehrrens, SozVers 1978, 151, 152; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 15; Schmitt § 9 Rn. 17; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 862; Stork, SdL 1977, 519, 521.

²⁷⁶ BSGE 53, 17, 18; BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82; Benz, SGB 1996, 526, 528; Keller, SozVers 1995, 265, 267; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 9 SGB VII Rn. 6; Nehls in: Hauck, SGB VII, § 9 Rn. 34; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 10; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 15; Schmitt § 9 Rn. 17; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103.

²⁷⁷ Keller, SozVers 1995, 265, 267.

²⁷⁸ Pittroff, BG 1979, 37, 39.

²⁷⁹ BSGE 53, 17, 18 f.

²⁸⁰ Vgl. Elster, Berufskrankheitenliste - Nr. 5101 Anm. 9, S. 170 f.

doppelt zu beachten und könnte z.B. bei nur unbedeutenden Einschränkungen der Erwerbsmöglichkeiten trotz schwerwiegender Erkrankung mangels Anerkennung einer BK auch den Anspruch auf Heilbehandlung - ohne entsprechende gesetzliche Grundlage - ausschließen.

Nur im „Podzun“ wird an einer Stelle²⁸¹ im Gegensatz zur gesamten übrigen aktuellen Literatur vertreten, dass nicht in jedem Fall das Tatbestandsmerkmal Tätigkeit erfüllt sei, wenn nur einzelne Verrichtungen im Rahmen einer Beschäftigung mit einer Gefährdung verbunden seien. Vielmehr sei auf das bisherige konkrete Tätigkeitsfeld des Versicherten abzustellen: Bei einem nur auf Baustellen eingesetzten Hilfsarbeiter sei der Umgang mit Zement ein wesentlicher Teil der Verrichtung; anders dagegen bei einem nicht nur auf Baustellen, sondern auch im Lager, bei der Maschinenwartung, im Fuhrpark eingesetzten Hilfsarbeiter - dessen nur gelegentlicher Umgang mit Zement auf Baustellen könne bei der Betrachtung des gesamten konkreten Arbeitsfeldes in den Hintergrund treten. Schon dieses Beispiel zeigt die Schwierigkeiten und Abgrenzungsprobleme dieser Auffassung. Denn auch der zweite Hilfsarbeiter kann die bisher von ihm ausgeübte gemischte Tätigkeit nicht mehr ausüben.

Im Übrigen stände eine entsprechende Differenzierung im Gegensatz zu dem schon zitierten eindeutigen Willen des Ordnungsgebers. Ob der Versicherte durch die Krankheit und das Unterlassen eine Minderung der Erwerbsfähigkeit erlitten hat, ist eine Frage der MdE und darf nicht zur Voraussetzung der BK-Anerkennung gemacht werden²⁸².

c) Eine weitere Konsequenz der Ausdehnung des Versicherungsschutzes unter Verzicht auf die Qualität der ausgeübten Tätigkeit und ihrer Bedeutung für die Gesamttätigkeit ist, dass auch **kurze oder nur vorübergehend ausgeübte Tätigkeiten** miterfasst werden²⁸³. Damit kann auch eine Person, die wie ein Beschäf-

²⁸¹ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 8.

²⁸² Freischmidt, BArbBl. 1977, Heft 2, S. 52, 53.

²⁸³ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 103.

tigter gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII tätig wird²⁸⁴, beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen an einer BK mit Unterlassungszwang erkranken²⁸⁵. Denkbar ist insbesondere eine BK Nr. 4301/4302 Atemwegserkrankung oder Nr. 5101 Hauterkrankung nach einer ggf. kurzen, aber um so intensiveren Einwirkung entsprechender Stoffe²⁸⁶.

2. Das „Gefährdende“ an den Tätigkeiten

Dieser weite, praktisch alle Aktivitäten umfassende Begriff der „Tätigkeit“ wird durch den Relativsatz **„die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“** näher bestimmt und eingegrenzt. Anstelle dieses Relativsatzes wird zur näheren Beschreibung der Tätigkeiten in abgekürzter Form in Rechtsprechung²⁸⁷ und Literatur²⁸⁸ ebenso wie in § 9 Abs. 4 SGB VII häufig das Adjektiv **„gefährdend“** verwandt, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung verbunden ist, sondern nur eine sprachlich kürzere Fassung, von der auch im Folgenden, soweit möglich, Gebrauch gemacht werden soll.

Entscheidend ist, dass mit der Aufzählung der Varianten „Entstehung, Verschlimmerung und Wiederaufleben“ im Ergebnis alle Fallgestaltungen abgedeckt werden sollen, in denen berufliche Einwirkungen die Entwicklung einer Erkrankung zu einer und als BK beeinflussen können. Des Weiteren werden diese gefährdenden Tätigkeiten danach differenziert, ob sie ursächlich „waren“ oder „sein können“.

²⁸⁴ Siehe S. 47.

²⁸⁵ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32; Mehrrens, BG 1977, 472, 473.

²⁸⁶ Zum Verhältnis Arbeitsunfall und BK siehe S. 40; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 19 m.w.N.

²⁸⁷ Vgl. zuletzt: BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2.

²⁸⁸ Vgl. Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 202; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 30 ff.; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Überschrift vor Rn. 34; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 9 SGB VII Rn. 6; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 13; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103.

a) Klärung der Grundbegriffe

Als **Krankheit** wird in der gesetzlichen Unfallversicherung in Anlehnung an den medizinischen Krankheitsbegriff ein Gesundheitsschaden im Sinne eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes als ausreichend angesehen, der bei einem Körperzustand vorliegt, der von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm abweicht²⁸⁹. Irgendwelche Leistungsansprüche müssen damit nicht verbunden sein²⁹⁰.

Die **Entstehung einer Krankheit** liegt vor, wenn ein derartiger regelwidriger Körper- oder Gesundheitszustand erstmals hervorgetreten und als manifester Gesundheitsschaden deutlich geworden ist²⁹¹. Davon zu unterscheiden ist die Krankheitsanlage als zwar regelwidriger, aber klinisch und funktionell noch nicht in Erscheinung getretener („stummer“) Zustand²⁹².

Die **Verschlimmerung einer Krankheit** setzt zweierlei voraus,

- dass schon vor Eintritt der Verschlimmerung ein manifester, regelwidriger Körper- oder Geisteszustand vorhanden gewesen ist²⁹³ und, damit sie überhaupt als eigenständiger Zustand handhabbar ist,
- dass die Verschlimmerung als solche faßbar und bestimmbar, d.h. von dem vorbestehenden Grundleiden abgrenzbar ist²⁹⁴.

Das **Wiederaufleben einer Krankheit** erfordert, dass diese schon einmal als manifester Gesundheitsschaden hervorgetreten ist, dann abheilte und nun wieder

²⁸⁹ BSG, Breith. 1974, 570, 573; BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 35; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 41; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 19 f.; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 105.

²⁹⁰ Siehe S. 55.

²⁹¹ Keller in: Hauck, SGB VII, K § 8 Rn. 292; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 8 SGB VII Rn. 9.11; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 86.

²⁹² BSG SozR 3100 § 1 BVG Nr 3 S. 9 f.; Keller in: Hauck, SGB VII, K § 8 Rn. 292; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 8 SGB VII Rn. 9.11; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 86.

²⁹³ Keller in: Hauck, SGB VII, K § 8 Rn. 292 f.; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 8 Rn. 382 ff.; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 8 SGB VII Rn. 9.11; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 87.

²⁹⁴ BSGE 7, 53, 56; BSGE 11, 161, 163 f.; BSG SozR 3-3100 § 10 BVG Nr 6.

auftritt („neuer Krankheitsschub“, „Rückfall“)²⁹⁵.

Hinsichtlich der weiteren Differenzierung „**ursächlich waren**“ oder „ursächlich sein können“ betrifft die erste Variante die Fälle, in denen die bisherige Tätigkeit die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Erkrankung verursacht hat. Für die Verursachung sind auch hier die üblichen Voraussetzungen an den Kausalzusammenhang in der gesetzlichen Unfallversicherung nach der Theorie der wesentlichen Bedingung zu fordern²⁹⁶, einschließlich des Beweismaßstabs der Wahrscheinlichkeit. Abgesehen von möglichen praktischen Problemen im Einzelfall wirft diese Alternative keine besonderen Schwierigkeiten auf.

Die Auslegung der zweiten Variante „**ursächlich sein können**“ führte von Anfang an zu Diskussionen:

- Sind damit nur zukünftige, hypothetische Tätigkeiten gemeint oder
- auch schon heute ausgeübte, bei denen die Verursachung aber nicht mit der in der gesetzlichen Unfallversicherung geforderten Wahrscheinlichkeit feststeht, sondern nur möglich ist?²⁹⁷

Ebenfalls thematisiert wurde die Frage nach dem **Verhältnis der beiden Alternativen** „ursächlich waren oder sein können“ **zueinander** und einer Umdeutung des verbindenden „Oder“ in ein „Und“²⁹⁸. Da das „Oder“ in einem Relativsatz steht, der die zu unterlassenden Tätigkeiten näher bestimmt, sind beide in dem Relativsatz aufgeführte Varianten auf die Tätigkeiten zu beziehen und sowohl die Tätigkeiten, die ursächlich waren, als auch diejenige, die ursächlich sein können, zu unterlassen. Würde aus dem „Oder“ in dem Relativsatz ein „Und“ wären nur die Tätigkeiten zu unterlassen, die beide Voraussetzungen erfüllen, und dies ist weder sinnvoll noch gewollt.

²⁹⁵ Mehrtens, BG 1977, 472, 473; vgl. allgemein: Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 48 Rn. 6 zur Wiedererkrankung.

²⁹⁶ Im Ergebnis ebenso: Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 14.

²⁹⁷ Vgl. Mehrtens, BG 1977, 472, 473.

²⁹⁸ Mehrtens, BG 1977, 472, 473.

b) Gefährdende Tätigkeiten, die ursächlich sein können

aa) Literatur und Rechtsprechung

Freischmidt²⁹⁹ hat schon in seinem Einführungsaufsatz zur BKVO 1976 darauf hingewiesen, dass der Versicherte nicht nur die bisher ausgeübten Tätigkeiten unterlassen müsse, die die Krankheit verursacht hatten, sondern auch alle anderen, die den Regeln der medizinischen Wissenschaft zufolge aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer Verschlimmerung oder zu einem Wiederaufleben der Krankheit führen würden. Die Worte „sein können“ bezögen sich auf zukünftige, hypothetische Tätigkeiten, an den Kausalzusammenhang seien keine geringeren Anforderungen zu stellen als bei den Tätigkeiten, die die Krankheit verursachten.

Daran anschließend meinte **Mehrtens**³⁰⁰, der Versicherungsfall trete ein, wenn der Erkrankte seine bisher gefährdende Tätigkeit aufgegeben habe und er auch künftig Tätigkeiten unterlasse, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ursächlich sein könnten. Zur Begründung verwies er auf die allgemeine Kausalitätslehre und den Zweck der Vorschrift auch in Zukunft die Versicherten von den jeweiligen gefährdenden Stoffen fernzuhalten. Dies sei nach dem alten Recht nur mittels entsprechender Auflagen in den Rentenbescheiden möglich gewesen.

Auch **Pittroff**³⁰¹ fragte, ob schon die Möglichkeit genüge, dass eine gefährdende Tätigkeit die BK hervorgerufen habe, und verneinte dies unter Hinweis auf die in der gesetzlichen Unfallversicherung grundsätzlich erforderliche Wahrscheinlichkeit für den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs. Zwar müsse geprüft werden, ob die nach Aufgabe der ursprünglich gefährdenden Tätigkeit im Zeitpunkt der Feststellung der BK ausgeübten Tätigkeiten gefährdend seien, der Bogen dürfe jedoch nicht überspannt werden: Es bräuchten keine umfangreichen Testungen vorgenommen werden, um zu klären, welche Tätigkeiten künftig zu unterlassen seien.

²⁹⁹ Freischmidt, BArbBl. 1977, Heft 2, S. 52, 53.

³⁰⁰ Mehrtens, BG 1977, 472, 473; dsl., SozVers 1978, 151, 153.

³⁰¹ Pittroff, BG 1979, 37, 39.

Nachdem das **BSG** in einer ersten unveröffentlichten Entscheidung vom **20.10.1983**³⁰² ausgeführt hatte, mit dem tätigkeitsbezogenen einschränkenden Tatbestandsmerkmal solle ferner erreicht werden, dass auch in Zukunft die Gefahr eines Wiederauflebens oder einer Verschlimmerung der BK möglichst vermieden wird, hat es dies in einer Folgeentscheidung vom 27.11.1985 weiter verschärft: Eine Pflicht des Unfallversicherungsträgers zur Entschädigung bestehe nur, wenn die Gefahr der Entstehung, der Verschlimmerung oder des Wiederauflebens der BK nicht mehr droht; dies bedeute für die Zukunft, das Vermeiden jeder Gefährdung³⁰³.

Nach **Keller**³⁰⁴ darf dieser an sich berechtigte Grundsatz der Vermeidung jeder Gefährdung nicht überspitzt angewandt werden. Rein theoretisch denkbare, praktisch aber weitgehend zu vernachlässigende Gefahren dürften nicht dazu führen, dass dem Versicherten ein bestimmter Beruf untersagt werde. Außerdem müsse das Erkrankungsrisiko höher sein als im „Zivilleben“, um von einer relevanten Gefährdung sprechen zu können. Die längere Ausübung einer neuen Arbeit ohne Krankheitsverschlimmerung bzw. -rückfall vor der Entscheidung des Unfallversicherungsträger bzw. des Gerichts müsse als gewichtiges Indiz für die Ungefährlichkeit der Tätigkeit gewertet werden.

Schimanski³⁰⁵ ist der Forderung nach Vermeidung jeder Gefährdung auch bei einer beruflichen Rehabilitation entgegengetreten. Ausgangspunkt war eine Entscheidung des BSG³⁰⁶, in der die Umschulung einer hautkranken Hauswirtschafterin zur staatlich geprüften Erzieherin abgelehnt worden war, da auch bei dieser Tätigkeit die Berührung mit Stoffen nicht ausgeschlossen werden könne, die die berufliche entstandene Allergie verursacht hatten. Schimanski meinte unter Hinweis auf die zahlreichen Arbeitsplätze, bei denen die Möglichkeit bestände, an einem beruflich verursachten Hautleiden zu erkranken, dass damit hautkranke

³⁰² BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82.

³⁰³ BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 4301 BKVO Nr 2.

³⁰⁴ Keller, SozVers 1995, 264, 266.

³⁰⁵ SozVers 1995, 124.

³⁰⁶ BSG SozR 3-2200 § 556 RVO Nr 2.

Versicherte von jeder beruflichen Rehabilitation ausgeschlossen seien und als erwerbsunfähig gelten müssten³⁰⁷. Angesichts der auch sonst in der gesetzlichen Unfallversicherung geltenden Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang könnte eine Gefährdung an einem neuen Arbeitsplatz nur dann rechtlich relevant sein, wenn mehr für als gegen die Gefährdung spreche. Bei einem hautkranken Bauleiter, der aufgrund seines Verhaltens und seiner Stellung nicht mehr mit den gefährdenden Stoffen in Berührung komme, sei entgegen des Urteils des BSG vom 27.11.1985³⁰⁸ die BK Nr. 5101 anzuerkennen. Es genüge, wenn die möglicherweise vorhandene Gefährdung so weit zurückgedrängt werde, dass sie nach sozialrechtlichen Grundsätzen keine Bedeutung mehr besitze³⁰⁹. Unklar bleibe in dem Umschulungsfall auch, wieso ein zukünftige Gefährdung rechtlich relevant sein solle, wenn die in der jetzigen Umschulungstätigkeit unterstellte Gefährdung zu keiner medizinisch relevanten Hautkrankheit geführt habe³¹⁰. Einen hundertprozentigen Risikoausschluss gebe es nicht und es sei nicht nachvollziehbar, warum bei der beruflichen Rehabilitation andere Beweisregeln gelten sollten. Da eine mögliche Gefährdung durch eine Noxe nicht reiche, um eine Krankheit als BK anzuerkennen, könne dies für die berufliche Rehabilitation nur bedeuten, dass der Versicherte nur die Tätigkeiten unterlassen müsse, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit für ihn hautschädigend seien³¹¹. Abschließend meinte Schimanski³¹², die Gefährdung am Arbeitsplatz müsse stärker sein als eine Gefährdung im Zivilleben, und bezog sich zur Begründung auf die Anerkennungsvoraussetzungen des damaligen § 551 Abs. 2 RVO, heute § 9 Abs. 2 SGB VII, die eine besondere Einwirkung in erheblich höherem Grade als bei der übrigen Bevölkerung forderten, und auf die BK Nr. 3101 Infektionskrankheiten, die ebenfalls eine höhere Gefährdung als in der Normalbevölkerung verlange.

³⁰⁷ Schimanski, SozVers 1995, 124, 125, 129 f.

³⁰⁸ BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 4302 BKVO Nr 2 = Breith. 1986, 486: In dem Urteil ging es aber nicht um einen hautkranken Bauleiter, sondern um einen an einer Atemwegserkrankung gemäß den BK Nr. 4301/4302 erkrankten Bauleiter, der nicht jeden inhalativen Kontakt mit den schädlichen Stoffen auf Baustellen ausschließen konnte.

³⁰⁹ Schimanski, SozVers 1995, 124, 126.

³¹⁰ Schimanski, SozVers 1995, 124, 127.

³¹¹ Schimanski, SozVers 1995, 124, 128.

³¹² Schimanski, SozVers 1995, 124, 128

Nach **Ricke**³¹³ wird auch bei der Variante des „Ursächlich-sein-können“ die notwendige Wahrscheinlichkeit des rechtlich wesentlichen Ursachenzusammenhangs nicht durch die bloße Möglichkeit einer Verursachung ersetzt, sie stelle vielmehr auf künftig mögliche Entwicklungen bei weiterer Ausübung der gefährdenden Tätigkeit ab. Wenn z.B. die Erkrankung beruflich unabhängig bereits vorhanden sei, die Fortsetzung der beruflichen Tätigkeit aber wahrscheinlich zu ihrer Verschlimmerung führen würde. Auch **Krasney**³¹⁴ fordert, dass zukünftige Tätigkeiten, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben „wahrscheinlich“ sein können, zu unterlassen sind.

Mehrtens / Perlebach³¹⁵ hingegen verlangen unter Verweis auf den Präventionszweck, es müsse nicht nur eine wahrscheinlich zu erwartende, sondern jede mögliche Gefährdung vermieden werden. Von der neu aufgenommenen Tätigkeit dürften keinerlei Gefahren für die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Erkrankung ausgehen³¹⁶.

Koch³¹⁷ hat die frühere Formulierung des BSG³¹⁸ übernommen, dass auch in Zukunft die Gefahr eines Wiederauflebens oder der Verschlimmerung der BK möglichst vermieden wird.

Das **BSG**, das in letzter Zeit sehr stark den Präventionszweck bei der Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit hervorgehoben hat³¹⁹, hat seine Auffassung in einem **Urteil vom 22.08.2000**³²⁰ noch einmal dargelegt und begründet: „Zwar mag die vom Kläger in dem Zeitraum von 1983 bis Februar 1993 verrichtete Arbeit wegen der bei im wesentlichen Beibehaltung der Art der Arbeitsvorgänge - verringerten Belastung nicht mehr den Anforderungen für das Vorliegen der arbeitstechnischen Voraussetzungen entsprochen haben. Eine Tätigkeitsaufgabe ist indes nicht be-

³¹³ Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 14.

³¹⁴ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32.

³¹⁵ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.

³¹⁶ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3.

³¹⁷ Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44, dsl. in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203.

³¹⁸ BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82.

³¹⁹ Vgl. S. 82.

reits dann gegeben, wenn diejenige Tätigkeit nicht mehr ausgeübt wird, welche die BK herbeigeführt oder verschlimmert hat. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 27. November 1985 (- 2 RU 12/84 - SozR 5670 Anlage 1 Nr 4302 Nr 2) klargestellt, daß das Merkmal der Aufgabe der beruflichen Beschäftigung den Zweck hat, ein Verbleiben des Versicherten auf dem ihn gefährdenden Arbeitsplatz zu verhindern und dadurch eine Verschlimmerung der Krankheit mit der Folge einer erhöhten Entschädigungsleistung zu verhüten. Dies hat der Verordnungsgeber dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er auch das Unterlassen solcher Tätigkeiten verlangt, die für die Entstehung, Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich sein können. Um diesem Präventionszweck zu genügen, muß nicht nur eine wahrscheinlich zu erwartende Schädigung, sondern jede mögliche Gefährdung vermieden werden.“

bb) Eigene Lösung

Eine genaue Analyse der auszulegenden Passage „ursächlich sein können“ und der vertretenen Positionen zeigt folgenden Befund:

(1) Rein sprachlich ist „können“ die Verbform Indikativ (auf Deutsch: „Wirklichkeitsform“), die verwandt wird, um etwas in sachlicher Feststellung als tatsächlich und wirklich, als gegeben darzustellen oder ohne Bedenken anzuerkennen. Die entsprechenden Aussagen können, müssen aber nicht mit der Realität übereinstimmen³²¹. Auch wenn das Wort „können“ selbst eine Möglichkeit ausdrückt, steht es nicht in der sog. „Möglichkeitsform“, dem Konjunktiv, der Grundform „kann“, denn dieser lautet „könnten“³²². Dass aus dem Hinzutreten der Grundform „sein“ des entsprechenden Hilfsverbs nichts Anderes folgt, versteht sich von selbst³²³. „Können“ beinhaltet also sprachlich keine Möglichkeit, sondern eine Feststellung: Es geht nicht um Tätigkeiten, die, wenn sie ausgeübt werden, ursächlich sein „könnten“, sondern die es dann sind.

³²⁰ BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2 S. 8.

³²¹ Vgl. Duden, Bd. 4, Rn. 249 ff.

³²² A.a.O. Rn. 216.

(2) Die nach den obigen Literatur- und Urteilszitateen zueinander scheinbar **im Gegensatz stehenden Begriffe** „Möglichkeit“ und „Wahrscheinlichkeit“ bzw. „mögliche“ und „wahrscheinliche“ Gefährdung werden in unterschiedlichem Zusammenhang bzw. auf unterschiedlichen Ebenen gebraucht:

Freischmidt, Mehrrens, Schimanski, Ricke und Krasney (unklar: Pittroff) argumentieren von der Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhangs bei der Kausalitätsbeurteilung her. Also von einem Beweismaßstab, den Anforderungen in welchem Maße die zur Entscheidung berufene Person von dem Ursachenzusammenhang überzeugt sein muss (Gewißheit - Wahrscheinlichkeit - Möglichkeit), um zu einer Entscheidung zu gelangen. Aber unabhängig von der Frage des konkreten Beweismaßstabes lautet das Ergebnis immer, entweder der Ursachenzusammenhang ist bewiesen oder er ist es nicht³²⁴.

Die Überlegungen und Anforderungen des BSG („Jede mögliche Gefährdung ist zu vermeiden.“) und wohl auch von Mehrrens / Perlebach und Koch bewegen sich auf einer anderen Ebene. Das Adjektiv „möglich“ bezieht sich nicht auf den Beweismaßstab, sondern auf die Ebene der Regelungen, also dessen, was zu beweisen ist. Es könnte auch durch die Wendungen „ggf. auftretende“ oder „eventuelle“ Gefährdung ersetzt werden.

Der Unterschied zwischen beiden Ebenen wird ebenfalls deutlich, wenn das klassische, juristische, gutachtliche Subsumtionsmodell mit den zentralen Schritten

- Aufstellen des Untersuchungsprogramms mit Definition / Begriffsbildung,
- Prüfung des Sachverhaltes anhand des Untersuchungsprogramms: Feststellung der Tatsachen und Vergleich mit den Definitionen und Begriffen, zugrunde gelegt wird³²⁵.

Das BSG bewegt sich mit seinen Ausführungen im ersten Schritt. Es bestimmt näher, was unter „alle(r) Tätigkeiten, die ..ursächlich .. sein können“ zu verstehen

³²³ Vgl. im Ergebnis ebenso: Elster, Berufskrankheitenliste - Nr. 5101 Anm. 10a.

³²⁴ Die Variante der Beweislosigkeit soll und kann hier vernachlässigt werden.

ist, in dem es nicht nur wahrscheinlich zu erwartende Schädigungen, sondern jede mögliche bzw. eventuelle Gefährdung miteinbezieht.

Die Argumentation der Literatur von Freischmidt bis Krasney betrifft den zweiten Schritt, die Feststellung des Sachverhaltes: Aufgrund welcher Beweisanforderungen die zuvor festgestellte nähere Auslegung der Voraussetzungen bewiesen ist oder nicht. Und hierfür sehen sie entsprechend dem für den Ursachenzusammenhang allgemein erforderlichen Beweismaßstab³²⁶ zutreffenderweise die hinreichende „Wahrscheinlichkeit“ als ausreichend, aber auch erforderlich an.

Dem BSG muss jedoch auf seiner Ebene ebenfalls zugestimmt werden. Wenn der Ordnungsgeber das Unterlassen aller Tätigkeiten fordert, die .. ursächlich .. sein können, dann kann dies zunächst nicht anders verstanden werden, als dass damit jede gefährdende Tätigkeit gemeint ist, das zusätzliche Adjektiv „möglich“ ist entbehrlich oder deutet an, dass es Ausnahmen oder Einschränkungen gibt bzw. geben kann.

(3) Ein weiterer Grund für die aufgezeigten Unklarheiten liegt darin, dass die Formulierung „Unterlassung aller Tätigkeiten, die .. ursächlich .. sein können“ **einerseits eine Voraussetzung für die Anerkennung von BKen** und damit für die Gewährung von Entschädigungsleistungen ist und **andererseits einen präventiven Zweck** verfolgt.

Die Voraussetzungen für Entschädigungsleistungen einerseits sowie die für Präventionsmaßnahmen bzw. -leistungen andererseits sind jedoch in ihrer Grundstruktur verschieden³²⁷:

- Entscheidende Voraussetzung für die Anerkennung und Entschädigung einer BK ist unter anderem eine durch versicherte, berufliche Einwirkungen mit Wahrscheinlichkeit wesentlich verursachte Erkrankung (vgl. § 9 Abs. 1 SGB VII).

³²⁵ Vgl. Bydlinsky S. 395 ff.; Larenz, S. 272 ff.; Sattelmacher / Sirp / Schuschke, S. 154; Schmalz, S. 2 ff., 17 f.

³²⁶ Siehe S. 45, 53.

³²⁷ Watermann in: Lauterbach, SGB VII, Vor § 9 Rn. 23 f.; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 41.

- Für den Bereich der Prävention wird zum Teil eine erhöhte, konkret individuelle Gefahr gefordert, zum Teil genügt die ernsthafte Möglichkeit einer Gefährdung ohne bestimmte Anforderungen an deren Ausmaß oder Eintrittswahrscheinlichkeit, soweit sie sich auf einen begründeten Verdacht stützt, um geeignete Präventionsmaßnahmen auszulösen³²⁸.

Der in der Prävention häufig gebrauchte Begriff der „Gefährdung“ wird auch in dem präventiv ausgerichteten Arbeitsschutzgesetz verwandt, dessen § 4 Nr. 1 vom Arbeitgeber fordert, die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für Leben und Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird. Während eine „Gefahr“ als Sachlage verstanden wird, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit zum Eintritt eines Schadens führt, wird unter „Gefährdung“ die Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an deren Ausmaß oder Eintrittswahrscheinlichkeit angesehen³²⁹. D.h. die Voraussetzungen für eine Gefährdung sind niedriger als für eine Gefahr.

Bei einer Gefährdung liegt die Einwirkung zwar unterhalb der Grenze, die für eine wesentliche Verursachung vorausgesetzt wird, aber oberhalb der, die als ungefährlich angesehen wird. D.h. auch: Es muss die Möglichkeit einer (naturwissenschaftlichen) Verursachung vorliegen, sie muss aber nicht wesentlich i.S. des Sozialrechts sein. Dies beinhaltet folgende Konsequenzen: Die Voraussetzungen für Entschädigungsleistungen sind höher als die für Maßnahmen der Prävention. Der Kreis der Tätigkeiten, bei denen präventive Maßnahmen angezeigt sind und die damit aus präventiver Sicht ausgeschlossen sind, ist größer als der Kreis derjenigen, bei denen die Voraussetzungen für eine BK erfüllt sind und eine Schädigung zu erwarten ist.

Bei der Prüfung „aller Tätigkeiten, die .. ursächlich .. sein können“ kommt hinzu,

³²⁸ Vgl. S. 68 f. zu § 3 BKV, der geeignete Maßnahmen individueller Prävention vorsieht, sowie § 202 SGB VII, der die Anzeigepflicht des Arztes bei begründetem Verdacht vorschreibt.

dass dies zukünftige Entwicklungen und zukünftige Ursachenzusammenhänge betrifft und nicht wie sonst die Beurteilung eines meist abgeschlossenen Ursachenzusammenhangs in der Vergangenheit. Angesichts der in der Praxis schon äußerst schwierigen rückblickenden Kausalitätsbeurteilung in vielen „normalen“ BK-Fällen ist bei einer Entscheidung über zukünftige Entwicklungen nicht wesentlicher Ursachen mit einer deutlichen Steigerung der praktischen Probleme zu rechnen.

Als **Zwischenergebnis** ist festzustellen: Eine gefährdende Tätigkeiten, die ursächlich sein kann, liegt immer vor bei Einwirkungen, bei denen eine Verursachung der Krankheit im Sinne der Entstehung, der Verschlimmerung oder des Wiederauflebens nach der Theorie der wesentlichen Bedingung (im Beweismaßstab der Wahrscheinlichkeit) feststeht oder zukünftig zu erwarten ist. Einer näheren Bestimmung bedürfen die Einwirkungen, bei denen diese Verursachung nicht feststeht oder nicht zu erwarten ist, aber eine Gefährdung nicht ausgeschlossen, sondern möglich ist („eventuelle“ Gefährdung).

(4) Eine nähere Betrachtung dieser eventuellen Gefährdung zeigt:

- Die Unklarheiten können beginnen bei der Unsicherheit, ob es überhaupt zu der Einwirkung kommt. Ob diese nur möglich oder (wie?) wahrscheinlich ist.
- Die Art und das Ausmaß der Einwirkung können schwer fassbar sein.
- Auch hinsichtlich der Erkrankung und vor allem hinsichtlich der Kausalität zwischen Einwirkung und Erkrankung können zahlreiche Fragen bestehen.

Des Weiteren kommen zu diesen generellen Unsicherheiten die Schwierigkeiten bei der Einschätzung einer zukünftigen Entwicklung hinzu.

Das zu lösende Problem kulminiert in der Frage: Führt eine mögliche zukünftige Einwirkung unklaren Ausmaßes, die möglicherweise eine Erkrankung naturwissenschaftlich, aber nicht wesentlich i.S. der Theorie der wesentlichen Bedingung verursacht, zu einer gefährdenden Tätigkeit, die ursächlich sein kann, im Sinne des Gesetzes, die daher zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang zu unterlassen ist ?

³²⁹ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung für das Arbeitsschutzgesetz, BT-Drs. 13/3540, S. 16; dem folgend: Heilmann / Aufhauser, § 4 Rn. 2; Merdian, BG 1997, 290, 291.

Darüber hinaus ist bei der Beurteilung der gefährdenden Tätigkeiten zu beachten, dass die Anforderungen an die aufzugebende Tätigkeit zugunsten der Versicherten immer weiter verringert wurden. Weder auf deren qualitativen noch deren quantitative Bedeutung für die Gesamttätigkeit kommt es aufgrund des stärker in den Vordergrund getretenen Präventionszwecks an. Dann kann aber, quasi als Kehrseite der Medaille, bei der Beurteilung der Frage, welche Tätigkeit(en) die Versicherten noch ausüben oder wiederaufnehmen dürfen, dieser weitreichende Präventionszweck nicht außer Acht gelassen werden³³⁰. Es ist - entgegen Schimanski - nicht konsequent, bei Versicherten trotz einer für die Gesamttätigkeit unbedeutenden gefährdenden Tätigkeit eine BK anzuerkennen und sie dann aufgrund dieser BK im Rahmen einer beruflichen Rehabilitationsmaßnahme langwierig und kostenaufwändig in eine andere Gesamttätigkeit umzuschulen, zu der, wenn auch ebenfalls nur unbedeutend, wiederum eine gefährdende Tätigkeit gehört. Denn dann könnte der ganze Kreislauf von vorne beginnen - ein weder aus Kostengründen noch aus ethischer Verantwortung gegenüber den Versicherten zumutbarer Werdegang.

Aufgrund der Begrenztheit menschlicher Erkenntnis und der aufgezeigten zahlreichen Unsicherheiten kann es einen hundertprozentigen Risikoausschluss nicht geben, so dass eine Abgrenzung gefunden werden muss, die einerseits jede eventuelle Gefährdung ausschließt, andererseits keine unlösbaren Anforderungen stellt. Da es letztlich um Kausalitätsfragen geht, bietet es sich an, auf die schon vom Reichsversicherungsamt zur Beurteilung der Wesentlichkeit einer Ursache verwandte Formel zurückzugreifen: Entscheidend ist die Auffassung des praktischen Lebens³³¹. Konkret bedeutet dies, dass rein theoretisch denkbare, praktisch zu vernachlässigende Gefährdungen nicht zu berücksichtigen sind. Als Begriff bietet sich eine **konkret-individuelle Gefährdung** an.

Als Maßstab zur Ausfüllung dieser konkret-individuellen Gefährdung ist eine zusammenfassende, wertende Betrachtung der entscheidenden Elemente der Ge-

³³⁰ Ähnlich schon: BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 4301 BKVO Nr 2.

³³¹ RVA, AN 1912, 930 f.

fährdung bei dem konkreten, individuellen Versicherten notwendig:

- die Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit einer gefährdenden Einwirkung bei der jeweiligen Tätigkeit,
- das Ausmaß der Einwirkung,
- die Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit einer naturwissenschaftlichen Verursachung der Erkrankung durch die Einwirkung,
- die Schwere der Erkrankung.

Grundlage für diese zusammenfassende Beurteilung müssen sowohl arbeits-technische wie auch arbeitsmedizinische Erkenntnisse sein, um nicht nur den medizinischen Vorgängen, sondern auch der technische Ebene der Einwirkung Rechnung zu tragen. Dies bedeutet aber nicht die Notwendigkeit oder gar Verpflichtung der Versicherten zu umfangreichen Testungen der verschiedensten Art, weil sie sich nur Untersuchungsmaßnahmen unterziehen müssen, soweit diese für die Entscheidung erforderlich sind und die Grenzen der Mitwirkung gewahrt werden (vgl. §§ 62, 65 SGB I)³³². Selbstverständlich zu berücksichtigen ist bei der Beurteilung die tatsächliche Entwicklung des Geschehens, also insbesondere die Erkrankung der Versicherten und inwieweit eine ggf. aufgenommene Tätigkeit sich objektiv als gefährdend erweist. Wenig hilfreich ist auch ein Vergleich mit den Risiken des „Zivillebens“³³³, weil diese Risiken nicht allgemein bekannt oder bestimmbar sind und auch nicht unbedingt niedriger als im Berufsleben sein müssen.

Dem mit dem Unterlassungszwang verfolgten Präventionszweck³³⁴ würde mit einer zusammenfassenden Betrachtung in einem praktisch realisierbaren Maße Rechnung getragen und zumindest jede zukünftige Gefährdung möglichst vermieden.

Von der konkret-individuellen Gefahr i.S. des § 3 BKV unterscheidet sich diese konkret-individuelle Gefährdung beim Unterlassungszwang dadurch, dass vergli-

³³² Ebenso: Pittroff, BG 1979, 37, 39; vgl. Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 865.

³³³ Keller, SozVers 1995, 264, 266; Schimanski, SozVers 1995, 124, 128.

³³⁴ Siehe S. 86.

chen mit anderen Versicherten keine Risikoerhöhung erforderlich ist³³⁵, sondern es nur auf die Gefährdung des jeweiligen Versicherten ankommt. Umgekehrt kann aber aufgrund der Risikoerhöhung aus dem Vorliegen einer konkret-individuellen Gefahr i.S. des § 3 BKV auf das Vorliegen einer konkret-individuellen Gefährdung geschlossen werden, so dass der Versicherungsfall nicht eintritt, solange der Versicherte Tätigkeiten verrichtet, bei denen eine konkrete Erkrankungsgefahr i.S. des § 3 BKV besteht³³⁶.

Denn der gleiche Maßstab wie für zukünftige Tätigkeiten und Einwirkungen gilt für bisher schon ausgeübte Tätigkeiten, wenn es zu entscheiden gilt, ob diese sich zu ebenfalls gefährdenden Tätigkeiten entwickeln. Eine andere Sichtweise würde dem Präventionszweck zuwiderlaufen und es gibt keine überzeugenden Gründe dafür, zwischen dem Unterlassen schon ausgeübter, gefährdender Tätigkeiten sowie zukünftig ausgeübter, gefährdender Tätigkeiten und dem Unterlassen schon ausgeübter, zukünftig aber erst gefährdend werdender Tätigkeiten zu unterscheiden.

Zusammenfassend ist die Variante „Unterlassen aller Tätigkeiten, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich .. sein können“ so zu verstehen, dass der Versicherte in Zukunft jede konkret-individuelle Gefährdung vermeiden muss. Für die Feststellung, ob eine zukünftige Tätigkeit eine konkret-individuelle Gefährdung darstellt, ist der auch sonst in der gesetzlichen Unfallversicherung für die Feststellung des Kausalzusammenhangs anzuwendende Beweismaßstab der Wahrscheinlichkeit zugrunde zu legen.

³³⁵ Siehe S. 69.

³³⁶ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 865.

3. Gefährdende Tätigkeiten im unversicherten Bereich

a) Grundlagen

Ob zu den gefährdenden Tätigkeiten, die zur Erfüllung der BK-Voraussetzungen zu unterlassen sind, auch Tätigkeiten im unversicherten, privaten Bereich gehören, war zumindest in der Anfangszeit umstritten. Elster³³⁷ hat dies ohne weitere Begründung, wohl aufgrund medizinisch umfassender präventiver Überlegung, vertreten.

Die aktuelle Literatur³³⁸ vertritt hingegen einhellig die Auffassung, dass das Vermeiden gefährdender Tätigkeiten oder Stoffe im unversicherten, privaten Bereich nicht erforderlich sei: Unterlassen aller Tätigkeiten bedeute Unterlassen aller versicherten Tätigkeiten.

Dies folge schon aus dem Wortlaut des Unterlassungszwangs, der die Unterlassung aller Tätigkeiten fordert, die ursächlich waren oder sein können. „Ursächlich“ in diesem Sinne könnten nur versicherte Tätigkeiten sein. Alle anderen (privaten) gefährdenden Tätigkeiten sprächen bei der Kausalitätsbeurteilung eher gegen den versicherten ursächlichen Zusammenhang und seien als konkurrierende Ursachen zu berücksichtigen, die die rechtlich wesentliche, versicherte, berufliche Ursache als Ursache im Rechtssinne verdrängen könnten.

Ob es wirklich aufgrund der unterschiedlichen Herangehensweise von Entschädigung und Prävention inkonsequent wäre, dieselbe (private, gefährdende) Tätigkeit bei einem Tatbestandsmerkmal als rechtlich irrelevant oder höchstens als Kriterium gegen die Anerkennung der BK zu berücksichtigen und bei einem anderen Tatbestandsmerkmal ihr Unterlassen als Voraussetzung für die Anerkennung der

³³⁷ Elster, Berufskrankheitenliste - Nr. 5101 Anm. 10.

³³⁸ Benz, SGB 1996, 526, 528; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 72; Keller, SozVers 1995, 264, 268; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Mehrtens

BK zu fordern³³⁹, mag dahinstehen. Auf jeden Fall würden den Versicherten bei Ausdehnung des Unterlassungszwangs auf den privaten Bereich unübersehbare und unüberprüfbare Verhaltenspflichten außerhalb des Schutzbereichs der gesetzlichen Unfallversicherung auferlegt, deren praktische Umsetzung z.B. in ihrem Haushalt ihnen ggf. überhaupt nicht möglich ist, von möglichen Streitigkeiten um entsprechende (private) Schutzmaßnahmen, z.B. Handschuhe bei Hauterkrankungen, ganz abgesehen³⁴⁰.

b) Tätigkeiten als mitversicherte Angehörige oder Wie-Beschäftigte

Zu den versicherten Tätigkeiten zählen aber auch gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 SGB VII (früher: § 539 Abs. 1 Nr. 5 RVO) versicherte Tätigkeiten als mitarbeitende Ehefrau in einem landwirtschaftlichen Betrieb³⁴¹. Der vom Unfallversicherungsträger wegen des unstreitigen Bronchialasthmas (damals BK Nr. 41 der 7. BKVO) gegen Tierhaare und Kuhschuppen unter Hinweis auf die Mitwirkungspflichten der Versicherten gemäß § 624 RVO a.F. geforderte Wegzug von Hof und Familie wurde vom BSG³⁴² verneint. Zur Begründung hat das BSG jedoch nicht auf eine Differenzierung zwischen versicherten und privaten Gefährdungen abgestellt, sondern unter Hinweis auf die Zumutbarkeits-Rechtsprechung, die Besonderheiten des Einzelfalls und die innige Verflechtung von beruflichem und privatem Bereich eine Pflicht zum Wegzug aufgrund des Gesundheitszustandes der Versicherten insgesamt als nicht zumutbar angesehen.

Eine zur 6. BKVO ergangene Entscheidung des BSG vom 27.04.1972³⁴³, der Wittmann in einer Anmerkung zugestimmt hat und die Podzun³⁴⁴ kommentarlos

/ Perlebach, E § 9 Rn. 27.4; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 15; Schmitt § 9 Rn. 17; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 104, 866.

³³⁹ So: Keller, SozVers 1995, 264, 268; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.4; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 866.

³⁴⁰ Vgl. Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32.

³⁴¹ BSGE 41, 211, 212; Keller, SozVers 1995, 264, 268.

³⁴² BSG a.a.O.

³⁴³ BSG SozR Nr. 2 zu Anl. 46 der 6. BKVO = SGB 1973, 268, 270 mit zustimmender Anmerkung von Wittmann (Maurer-Krafffahrer-Fall).

³⁴⁴ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10.

auch heute noch wiedergibt, ist zumindest mit der heutigen Rechtslage nicht mehr vereinbar: Ein Maurer hatte seine versicherte Tätigkeiten wegen einer als BK anerkannten Hautkrankheit aufgegeben und arbeitete nun als Kraftfahrer. Das gelegentliche Tätigwerden als Maurer in der Freizeit bei Bekannten ändere nichts an der tatsächlichen Aufgabe der beruflichen Beschäftigung als Maurer und sei rechtlich unerheblich, weil eine gelegentliche Beschäftigung keine Dauerbeschäftigung sei, wie sie der Begriff „berufliche Beschäftigung“ im Sinne der BK Nr. 46 zur 6. BKVO fordere - so damals das BSG.

Dass dies mit der heutigen Rechtslage nicht mehr zu vereinbaren ist, folgt schon daraus, dass heute aufgrund des geänderten Wortlauts das Unterlassen aller gefährdenden, versicherten Tätigkeiten und nicht der beruflichen Beschäftigung notwendig ist. Und zu den versicherten Tätigkeiten zählen auch nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII (früher: 539 Abs. 2 RVO) versicherte Hilfstätigkeit für Bekannte³⁴⁵.

c) Unversicherte, gewerbliche Tätigkeiten

Dieser Fall weist aber schon auf die absehbaren Abgrenzungsprobleme hin, die in nächster Zeit wohl verstärkt auftreten werden: Bei einem hautkranken Maurer oder Maler mit einer anerkannten BK Nr. 5101 wäre eine gelegentliche Tätigkeit für Bekannte wie ein Versicherter gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII versichert und damit für die BK-Anerkennung schädlich, nicht aber die dauerhafte, gewerbsmäßige als unversicherter (Allein-)Unternehmer, wenn es alleine auf die Frage des Versicherungsschutzes ankäme.

Dass es solche unversicherten Kleinstunternehmer in Zukunft öfter geben wird, folgt aus zwei Entwicklungen: Zum einen aus dem Rückgang der satzungsmäßigen Unternehmerpflichtversicherung gemäß § 3 BKV, von dem im Baugewerbe nur

³⁴⁵ Keller, SozVers 1995, 264, 268; vgl. auch BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2: Eine Verringerung der gefährdenden Tätigkeiten genügt nicht, sondern die Aufgabe jeder Gefährdung ist erforderlich.

noch eine von acht Bau-Berufsgenossenschaften Gebrauch macht³⁴⁶, zum anderen aus der verstärkten Förderung derartiger Kleinunternehmer, jüngst bekannt geworden unter dem Schlagwort „Ich-AG“ im Rahmen des Hartz-Konzepts³⁴⁷, umgesetzt durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002³⁴⁸.

Der oben angeführte entscheidende Grund für ein Außerachtlassen privater gefährdender Tätigkeiten, die unübersehbaren und unüberprüfbaren Verhaltenspflichten, wird bei einer solchen unversicherten, aber gewerblichen gefährdenden Tätigkeit stark relativiert. Hinzukommt, dass das Zurückstehen des mit dem Unterlassungszwang verfolgten präventiven Zwecks bei rein privaten gefährdenden Tätigkeiten nicht derart in Frage gestellt wird wie bei unversicherten, gewerblichen, gefährdenden Tätigkeiten, die eine andere Qualität darstellen. Dem steht auch der Wortlaut des Unterlassungszwangs nicht entgegen, da eine derartige gewerbliche, gefährdende Tätigkeit auch ursächlich sein kann, wenn sie denn eine versicherte Tätigkeit ist. Bei einer gewerblichen Tätigkeit ist dies grundsätzlich gemäß § 3 SGB VII möglich, nicht aber bei einer rein privaten Tätigkeit im eigenen Haushalt.

Von daher sind gefährdende Tätigkeiten im unversicherten Bereich für die Anerkennung einer BK mit Unterlassungszwang unschädlich, soweit sie im eigenen, privaten Haushalt stattfinden, nicht aber, wenn es sich um gewerbliche Tätigkeiten handelt.

Die weiteren Folgen aufgrund der (Wieder-)Aufnahme von gefährdenden Tätigkeiten sind im Abschnitt IX. Zukünftige Entwicklungen zu erörtern³⁴⁹.

³⁴⁶ Vgl. Mehrstens, Gesetzliche Unfallversicherung, Anhang 9 (zu § 3 SGB VII).

³⁴⁷ Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, S. 163; auf S. 165 wird nur die Versicherungspflicht in der Renten-, Kranken-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung aufgeführt.

³⁴⁸ BGBl. I S. 4621; siehe Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes: Einfügung eines neuen § 421I Existenzgründungszuschuss ins SGB III.

³⁴⁹ Siehe S. 147 ff.

Zusammenfassend ist zum Begriff der gefährdenden Tätigkeiten festzustellen:

Der Begriff „Tätigkeit“ umfasst alle Tätigkeiten ohne Rücksicht darauf, ob eine Vorbildung, Ausbildung oder besondere Erfahrung zu ihrer Ausübung notwendig ist. Auf die Bedeutung der zu unterlassenden Tätigkeiten im Verhältnis zu den übrigen am Arbeitsplatz verrichteten Tätigkeiten kommt es nicht an.

Das Ursächlich-sein-können betrifft die zukünftige Entwicklung und will verhindern, dass die Erkrankten, nachdem sie die bisher gefährdenden Tätigkeiten aufgegeben haben, neue gefährdende Tätigkeiten aufnehmen oder Tätigkeiten beibehalten, die sich zu ebenfalls gefährdenden Tätigkeiten entwickeln, weil auch dies dem Präventionszweck zuwiderlaufen würde. Zur Beurteilung einer Tätigkeit als gefährdend ist mittels einer umfassenden Betrachtung der möglichen Einwirkung, der möglichen Erkrankung und des möglichen Ursachenzusammenhangs zu prüfen, ob eine konkret-individuelle Gefährdung vorliegt, wobei für die Feststellung des Kausalzusammenhangs der Beweismaßstab der Wahrscheinlichkeit anzuwenden ist.

Es wird nicht nur eine Beendigung des gefährdenden Zustandes verlangt, sondern auch als sog. Dauerverhalten die Fortdauer des neuen nicht gefährdenden Zustandes. (Hinsichtlich der weiteren, zukünftigen Entwicklungen wird auf den Abschnitt IX. Zukünftige Entwicklungen verwiesen.)

Gefährdende Tätigkeiten im unversicherten, privaten Bereich sind nicht zu berücksichtigen, wohl aber unversicherte gewerbliche Tätigkeiten.

VI. Das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten

Das BSG³⁵⁰ hat noch jüngst unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung zusammenfassend ausgeführt: „Dieses besondere versicherungsrechtliche Tatbestandsmerkmal des Zwangs zur Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten setzt in der Regel voraus, daß die Tätigkeit, die zu der Erkrankung geführt hat, aus arbeitsmedizinischen Gründen nicht mehr ausgeübt werden soll und der Versicherte die schädigende Tätigkeit und solche Tätigkeiten, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich sein können, tatsächlich objektiv aufgegeben hat, wobei es auf das Motiv des Versicherten nicht ankommt“.

Die sich hieraus ergebenden **allgemeinen Voraussetzungen** für das Unterlassen sind:

- der objektive Zwang zum Unterlassen der ausgeübten, schädigenden Tätigkeit(en),
- die tatsächliche, objektive Aufgabe der schädigenden und gefährdenden Tätigkeiten(en),
- ohne dass es auf das Motiv, die subjektiven Vorstellungen des Versicherten ankommt.

Offenbleibt in der Formulierung des BSG, ob - wenn auch unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Versicherten - zwischen dem Zwang zum Unterlassen und der Tätigkeitsaufgabe ein Ursachenzusammenhang nach der Theorie der wesentlichen Bedingung bestehen muss³⁵¹, also die Tätigkeitsaufgabe durch die Krankheit, deren Anerkennung als BK im Raum steht, wesentlich zumindest mitverursacht wurde, oder ob es genügt, wenn beide Voraussetzung nebeneinander erfüllt sind und z.B. bei einer Hauterkrankung, die objektiv zum Unterlassen der Tätigkeit gezwungen hat, eine Tätigkeitsaufgabe wegen eines Herzinfarkts aus-

³⁵⁰ BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2 BKVO S. 7 f.

reicht.

Des Weiteren ist zu klären, ob es genügt, wenn der Versicherte die Tätigkeit aufgegeben hat, oder ob darüber hinaus eine prognostische Einschätzung für die Zukunft notwendig ist, welche Anforderungen an die Endgültigkeit des Unterlassens und die zukünftige Entwicklung zu stellen sind.

Da das BSG diese Voraussetzungen durch den Zusatz „in der Regel“ eingeschränkt hat, sind im Anschluss an diese Regel-Voraussetzungen mögliche Ausnahmen von der Regel bei Problemfällen in der Praxis zu erörtern.

1. Objektiver Zwang zum Unterlassen und Vermeidungsmöglichkeiten

Dass der Zwang zum Unterlassen der schädigenden Tätigkeit objektiv vorgelegen haben muss, ist die **einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur**³⁵². Zur praktischen Umsetzung wird zutreffenderweise darauf hingewiesen, dass die notwendigen medizinischen und technischen Feststellungen durch eine nachträgliche objektive Betrachtungsweise zu erfolgen haben³⁵³.

Diese objektive Aufgabennotwendigkeit setzt nicht eine faktische Unmöglichkeit der weiteren Ausübung der Tätigkeit, etwa wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit voraus. Ausreichend ist vielmehr, dass eine Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit wegen der schon eingetretenen Gesundheitsstörung oder wegen der Gefahr einer Verschlimmerung oder des Wiederauflebens der Krankheit aus medizinischer

³⁵¹ So Pöhl, BG 2000, 475, 477 linke Spalte zweiter Absatz ohne weitere Begründung, der aber im ersten Absatz die Bedeutung anderweitige Motive oder abweichender subjektiver Vorstellungen des Versicherten für die tatbestandliche Unterlassung verneint.

³⁵² BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2; BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11; BSGE 40, 66, 71; BSGE 10, 286, 290; Benz, SGB 1996, 526, 528; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 75; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 33; Pöhl, BG 2000, 475, 476 f.; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 103, 862.

³⁵³ BSG SozR Nr. 4 zu 5. BKVO Anl. 19 = Breith. 1963, 777, 778; BSGE 50, 187, 189; BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11; BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2; Keller, SozVers 1995, 264, 266; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 202; Mehrstens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 10; Pöhl, BG 2000, 475, 476 f.; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 863.

Sicht nicht verantwortet werden kann³⁵⁴. Podzun³⁵⁵ meint sogar, der Unterlassungszwang sei begründet, wenn die Leistungsfähigkeit wesentlich hinter den sonst üblichen Leistungen zurückbleibe.

Andererseits ist ein Zwang zum Unterlassen so lange nicht gegeben, wie andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, durch die sichergestellt werden kann, dass der betreffende Versicherte die Tätigkeit weiter ausüben kann³⁵⁶.

Als solche Möglichkeiten sind insbesondere **Maßnahmen gemäß § 3 BKV**, z.B. ausreichende, sichere Schutzmaßnahmen, **vorrangig** zu prüfen³⁵⁷, da die Unfallversicherungsträger der Gefahr, dass eine BK entsteht, wiederauflebt oder sich verschlimmert mit allen geeigneten Mitteln entgegenzuwirken haben (§ 3 Abs. 1 S. 1 BKV)³⁵⁸. Dasselbe Ergebnis folgt aus dem allgemeinen Grundsatz „Rehabilitation vor Rente“³⁵⁹. Denn ohne Unterlassungszwang, weil der Versicherte aufgrund entsprechender Schutzmaßnahmen seine Tätigkeit weiter ausüben kann, scheidet sowohl die Anerkennung der BK und eine auf ihr beruhende mögliche Verletztenrente gemäß § 56 SGB VII als auch die Gewährung von Übergangsleistungen nach § 3 Abs. 2 BKV aus.

Als geeignete Maßnahmen gemäß § 3 Abs. 1 BKV kommen in Betracht:

- Technische und organisatorische Maßnahmen:

Sie sollen verhindern, dass der Versicherte weiterhin den schädigenden Einwirkungen ausgesetzt ist, z.B. technische Vorrichtungen zum Absaugen von Dämpfen, Schutzvorrichtungen, Hebehilfen, um das Anheben schwerer Lasten

³⁵⁴ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 9; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16.

³⁵⁵ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 9.

³⁵⁶ Benz, SGB 1996, 526, 528; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 75; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 32; Nehls in: Hauck, SGB VII, K SGB VII, § 9 Rn. 34; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Pöhl, BG 2000, 475, 477. Nach der BK-Liste der DDR, GBl. I Nr. 12 S. 139, war dies dort bei den BKen Nr. 80 Hautkrankheiten, Nr. 81/82 Atemwegserkrankungen genau anders: Vgl. deren Zusatz: „Aufgabe der schädigenden Tätigkeit oder des Umgangs mit dem schädigenden Schadfaktor bzw. Stoff“ (Unterstreichung vom Verfasser).

³⁵⁷ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 31; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn.

34

³⁵⁸ Siehe S. 68.

³⁵⁹ Vgl. § 1 SGB VII, § 9 SGB VI, § 3 SGB IX.

zu vermeiden, Ersetzen des gefährdenden Arbeitsstoffs durch andere Stoffe³⁶⁰.

Organisatorische Maßnahmen zielen darauf ab, durch Veränderung der Arbeitsabläufe oder Arbeitsweise die Gefahr zu beseitigen, z.B. kann das Heben schwerer Lasten auf mehrere Personen verteilt werden, um die Überlastung einzelner Versicherter zu vermeiden³⁶¹.

- Persönliche Schutzmaßnahmen:

Am Körper zu tragende Hilfsmittel, die einen Kontakt mit der schädigenden Einwirkung verhindern oder auf ein ungefährliches Maß reduzieren³⁶²; z.B. Tragen von Schutzkleidung, Schutzhandschuhen, Verwendung von Atemschutzmasken, Gehörschutz, Hautpflegemittel³⁶³.

- Medizinische Maßnahmen:

Sie zielen darauf ab, durch vorbeugende, ambulante oder stationäre Heilbehandlung den Gesundheitszustand der Versicherten zu stabilisieren; z.B. gezieltes Rückentraining gegen die Gefahren durch Heben und Tragen schwerer Lasten³⁶⁴.

- Aufklärung, Beratung, Unterweisung:

Um über entsprechende Verhaltensänderungen eine Verringerung oder Beseitigung der Gefahr zu erreichen; z.B. über hautschonende Arbeitsweisen oder die Notwendigkeit von Gehörschutz³⁶⁵.

Die einzelnen Voraussetzungen, unter denen eine Verpflichtung der Unfallversicherungsträger zur Gewährung der entsprechenden Maßnahmen besteht, sind in § 3 BKV geregelt³⁶⁶. Im Übrigen sind die Unternehmen aufgrund von Arbeitsschutz- oder Unfallverhütungsvorschriften (vgl. § 3 Arbeitsschutzgesetz³⁶⁷, §§ 15 ff., insbe-

³⁶⁰ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2, G § 3 Rn. 3.3; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 30.

³⁶¹ Benz, BG 1995, 367, 368; Mehrtens / Perlebach, G § 3 Rn. 3.3; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 30.

³⁶² Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 31

³⁶³ Benz, BG 1995, 367, 369; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2, G § 3 Rn. 3.4; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 31; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 863.

³⁶⁴ Benz, BG 1995, 367, 369; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2, G § 3 Rn. 3.6; Römer in: Hauck, SGB VII, K Anhang zu § 9 - § 3 BKV Rn. 32; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 863.

³⁶⁵ Mehrtens / Perlebach, G § 3 Rn. 3.5; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 863.

³⁶⁶ Siehe S. 68 f.

³⁶⁷ V. 07.08.1996, BGBl. I S. 1246.

sondere § 21 Abs. 1 SGB VII) sowie der allgemeinen Fürsorgepflicht (vgl. § 618 BGB, § 62 HGB) und die Versicherten selbst (vgl. § 21 Abs. 3 SGB VII) gefordert.³⁶⁸

2. Tatsächliches Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten

Als Konsequenz des Präventionsgedankens muss nicht nur ein Zwang zum Unterlassen bestehen, sondern die gefährdende Tätigkeit muss tatsächlich unterlassen worden sein³⁶⁹.

Das **Unterbinden der Einwirkung** allein durch den Einsatz persönlicher und technischer Schutzausrüstung oder das Ersetzen des gefährdenden durch einen nicht schädigenden Arbeitsstoff **genügt nicht**. In einem solchen Fall endet zwar die Einwirkung, aber die gefährdende Tätigkeit wird nicht unterlassen. Eine andere Auslegung würde den möglichen Wortsinn des Begriffs „Unterlassen einer Tätigkeit“ sprengen. Zumal auch in § 3 BKV der Einsatz geeigneter Mittel zur Gefahrenabwehr gerade kein Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit darstellt, sondern die Alternative, um das Unterlassen zu vermeiden³⁷⁰. Im Übrigen haben in diesem Fall die schädigenden Einwirkungen gerade nicht entsprechend dem zuvor Gesagten zum Unterlassen gezwungen³⁷¹.

Auch eine **Verminderung der Gefährdung reicht nicht aus**³⁷². Es liegt daher

³⁶⁸ Zum Verhältnis Unfallversicherungsträger / Arbeitgeber vgl. Benz, BG 1995, 367, 368 f.; zur Verfolgung von Verstößen als Ordnungswidrigkeiten vgl. § 209 SGB VII.

³⁶⁹ BSGE 10, 286, 290; BSGE 40, 66, 71; BSGE 50, 187, 188 f. = SozR 2200 § 589 RVO Nr 4; BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82; BSGE 56, 94, 97; BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11; BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2; Keller, SozVers 1995, 265, 266; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 34; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 202; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 104.

³⁷⁰ BSG SozR Nr. 2 zu Anl. 46 der 6. BKVO = SGB 1973, 268, 270; Keller, SozVers 1995, 265, 267; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 45; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 206; Mehrrens, SozVers 1978, 151, 152; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 9; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Stork, SdL 1977, 519, 521; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 104, 862.

³⁷¹ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Nr. 5101.

³⁷² Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 34; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 9.

kein Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit vor, wenn der Erkrankte bei seiner neuen oder den verbliebenen Tätigkeiten mit den sein Leiden verursachenden Stoffen ebenfalls in Berührung kommt³⁷³: Ein Schreinermeister mit Holzstauballergie, der zu Bürotätigkeit in der Arbeitsvorbereitung wechselt, aber sich noch zu 5 bis 10% seiner Arbeitszeit in der Fertigung aufhalten muss, wo er gegenüber Holzstaub exponiert ist, ist auch weiterhin gefährdend tätig. Bei einem Bauleiter mit obstruktiver Atemwegserkrankung aufgrund inhalativen Kontakts mit ihm schädlichen Kunststoffen steht der Anerkennung der BK mangels Unterlassens entgegen, dass bei seiner neuen, mehr geistig überwachenden Tätigkeit unter anderem eine Tätigkeit verrichtet und nicht unterlassen wird, die seiner Arbeit zwar nicht das bestimmende Gepräge gibt, aber dennoch eine Gefahr für die Verschlimmerung oder Wiedererkrankung bedeutet³⁷⁴.

Da seit der BKVO 1976 nur die gefährdenden Tätigkeiten unterlassen werden müssen, ist keine Aufgabe des Berufs insgesamt erforderlich. Vielmehr können innerhalb des ausgeübten Berufs alle Tätigkeiten weiter ausgeübt werden, die nicht gefährdend sind. Ist nur ein Teil der Tätigkeiten gefährdend, so genügt das Unterlassen dieser Tätigkeiten³⁷⁵.

Von daher sind auch für das Vorliegen einer BK nicht gewisse Auswirkungen auf den sozialen Status des Versicherten zu fordern sind³⁷⁶. Hierfür gibt es keine nachvollziehbare Begründung und die mit einer BK-Anerkennung einhergehenden Leistungen, vor allem die Heilbehandlung und die schon angesprochene abstrakt zu bemessende Verletztenrente sprechen dagegen. Im Übrigen ist schon lange anerkannt, dass beim Bestehen eines objektiven Aufgabezwangs und nach Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit keine neue Beschäftigung aufgenommen wer-

³⁷³ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10.

³⁷⁴ BSG SozR 5670 Anl 1 Nr 4301 BKVO Nr 2; vgl. zudem BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3; Nehls in: Podzun, Kz. 243 S. 3.

³⁷⁵ Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung in das SGB, BT-Drs. 13/2333, S. 19; Freischmidt, BArbBl. 1977, Heft 2, S. 52, 53; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 8; Stork, SdL 1977, 519, 521; siehe zum Umfang der gefährdenden Tätigkeiten: S. 91.

³⁷⁶ Mehrtens, SozVers 1978, 151, 152.

den braucht³⁷⁷.

a) Sondergruppe Selbständige

Für das Unterlassen als Selbständige genügt die tatsächliche Einstellung der gewerblichen Tätigkeit; die vorherige Gewerbeabmeldung oder Löschung in der Handwerksrolle ist nicht erforderlich³⁷⁸. Daher unterlässt ein Unternehmer die gefährdende Tätigkeit, wenn er für diese Hilfskräfte einsetzt und selbst nur andere Tätigkeiten verrichtet³⁷⁹. So unterlässt z.B. ein Bäckermeister, der bisher allein und vorwiegend in der Backstube tätig war und der diese Tätigkeit nun wegen einer obstruktiven Atemwegserkrankung meidet, alle gefährdenden Tätigkeiten³⁸⁰. Der Auffassung von Podzun, die Aufgabe der handwerklichen Tätigkeit könne anders zu beurteilen sein, wenn ein Bäckermeister bisher schon den Großteil seiner Arbeitszeit auf den unternehmerischen Teil seines Betriebs verwendet hatte und nur gelegentlich in der Backstube tätig war³⁸¹, und die auf die Entscheidung des BSG vom 30.06.1970³⁸² zur 6. BKVO zurückgeht, ist nicht zuzustimmen. Sie stimmt mit der heutigen Rechtslage nicht mehr überein. Denn auf den quantitativen oder qualitativen Umfang der unterlassenen gefährdenden Tätigkeiten an der Gesamt-Tätigkeit kommt es nicht mehr an³⁸³.

Diese geänderte Rechtslage hat vor allem auch Konsequenzen für landwirtschaftliche Unternehmer, so dass die Neufassung des Unterlassungszwangs durch die BKVO 1976 seitens der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften begrüßt wurde, weil sich nun für den **landwirtschaftlichen Unternehmer** nicht mehr das Problem der dauernden Aufgabe der gesamten Berufstätigkeit stellt³⁸⁴. Hinsicht-

³⁷⁷ BSGE 10, 286, 290; BSG, SGB 1960, 212, 213; BSGE 18, 98, 100; BSGE 40, 66, 71; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 9.

³⁷⁸ BSGE 50, 187, 189.

³⁷⁹ Vgl. BSGE 53, 127, 128; BSGE 78, 261; Stork, SdL 1977, 519, 521.

³⁸⁰ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 8.

³⁸¹ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 8.

³⁸² BSGE 31, 215, in der zur Rechtslage aufgrund der 6. BKVO zutreffenderweise die Aufgabe der beruflichen Beschäftigung verneint wurde, weil nur der handwerkliche, nicht aber der kaufmännische Teil aufgegeben worden war.

³⁸³ Siehe S. 91.

³⁸⁴ Stork, SdL 1977, 519, 522.

lich der verschiedenen in Frage kommenden BKen ist jedoch zu differenzieren³⁸⁵:

- Bei den berufsbedingten Atemwegs- und Hauterkrankungen lassen sich medizinisch die für die Beschäftigten in der Landwirtschaft und im Gartenbau infrage kommenden krankheitsverursachenden Stoffe ziemlich exakt bestimmen. Deshalb ist im Regelfall auch abgrenzbar, welche Tätigkeiten zu unterlassen sind, um die Voraussetzungen für die Anerkennung einer der Krankheiten als BK zu erfüllen.
- Schwierigkeiten ergeben sich hingegen bei den BKen Nr. 2101, 2104, 2108 bis 2110, die auf langdauernde mechanische Beanspruchungen zurückzuführen sind. Hier wird es oft schwierig sein, genau abzugrenzen, welche der einzelnen beruflichen Tätigkeiten die jeweilige Erkrankung verursacht haben oder gefährdend sind, zumal trotz der weitgehenden Mechanisierung viele mit der Hand zu erledigende Tätigkeiten nicht auf Dauer unterlassen werden können.

Im Ergebnis gibt es daher bei selbständigen Gewerbetreibenden keine Sonderregelungen³⁸⁶.

b) Problemfälle in der Praxis

aa) Die Probleme bei der praktischen Anwendung der obigen allgemeinen Regeln zeigt der folgende vom BSG am 26.03.1986³⁸⁷ entschiedene und in der Literatur kontrovers diskutierte **Fall eines Lagerarbeiters**: Der Kläger hatte sich bei seiner versicherten Tätigkeit als Lagerarbeiter durch allergisierende Stoffe eine Atemwegserkrankung i.S. der BK Nr. 4301 zugezogen, die eine MdE von 30 v.H. bedingte. Aufgrund eines Neubaus seitens des Unternehmens und Verlagerung der entsprechenden Stoffe in diesen kam der Kläger mit den allergisierenden Stoffen nicht mehr in Berührung; im Übrigen änderte sich an seiner Arbeit als Lagerarbeiter und seinem Lohn nichts. Das BSG hat das Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten bejaht, obwohl eine BK mit Unterlassungszwang nicht vorliege, wenn dem

³⁸⁵ Vgl. Stork, SdL 1977, 519, 522 f.

³⁸⁶ Vgl. Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 8.

³⁸⁷ Az. 2 RU 3/85 (unveröffentlicht).

Unterlassen durch geeignete Schutzmaßnahmen begegnet werden könne. Dies betreffe nur diejenige Fälle, bei denen zur Zeit des Wirksamwerdens von Schutzmaßnahmen die BK noch keine die Erwerbsfähigkeit des Versicherten mindernde Folgen habe.

Dass diese Begründung wenig überzeugt³⁸⁸, hat Krasney eingeräumt, er meint jedoch, es wäre vielleicht besser gewesen, in dem Urteil des BSG vom 26.03.1986 den Einsatz des Klägers in dem Neubau seines Arbeitgebers als eine Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit anzusehen, weil er unstrittig auf dem neuen Arbeitsplatz den bisherigen allergisierenden Stoffen nicht mehr ausgesetzt war³⁸⁹.

Krasney wäre zuzustimmen, wenn der Kläger jenes Klageverfahrens wirklich seinen alten Arbeitsplatz aufgegeben und einen neuen in einem anderen Gebäude, wenn auch mit wesentlich denselben Arbeiten und in demselben Unternehmen, aber ohne Gefährdung durch die allergisierenden Stoffe angetreten hätte. Denn dann hätte der Kläger eindeutig seine bisherige gefährdende Tätigkeit aufgegeben. So war es aber nach dem Tatbestand des Urteils nicht³⁹⁰: Der Kläger war an seinem Arbeitsplatz geblieben, und die Verpackung der ihn gefährdenden Produkte war in den Neubau verlagert worden. D.h. er hat die gefährdende Tätigkeit zwar nicht mehr ausgeübt, aber - um es einfach auszudrücken - nicht er war gegangen, sondern die Stoffe. Dies ist jedoch ein typischer Fall für eine organisatorische Maßnahme nach § 3 BKV: „Ersetzen oder Austauschen des gefährdenden Arbeitsstoffes“³⁹¹. Und in einem solche Fall fehlt es am objektiven Zwang zum Unterlassen aufgrund der Vermeidungsmöglichkeit.

Letzteres verkennen auch Mehrrens / Perlebach³⁹², die die Entscheidung des BSG wohl für zutreffend halten und zur Begründung darauf verweisen, dass der Zwang zum Unterlassen zu bejahen sei - was völlig unstrittig ist, aber eben nicht ausreicht, da ihm durch das Ersetzen des Arbeitsstoffes entgegen gewirkt wird. Die

³⁸⁸ So: Pöhl, BG 2000, 475, 477; wohl auch Keller, SozVers 1995, 265, 267.

³⁸⁹ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35; im Ergebnis ebenso: Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.

³⁹⁰ BSG v. 26.03.1986 - 2 RU 3/85 (unveröffentlicht) S. 4 unten.

³⁹¹ Siehe S. 115.

schon angesprochene Entscheidung des VGH Baden-Württemberg³⁹³, nach der es für den Unterlassungszwang nicht genügt, wenn lediglich, um der Gesundheitsgefährdung zu begegnen, der Ort der Tätigkeiten verlegt wird, darf in diesem Zusammenhang nicht überbewertet werden und muss vor allem vor dem Hintergrund ihrer speziellen Fallgestaltung gewürdigt werden: Es ging um einen beamteten Lehrer, der obstruktive Atemwegsbeschwerden auf angebliche Holzschutzmittelverseuchungen in bestimmten Klassenräumen der Schule, in der er tätig war, zurückführte, aber nach wie vor an derselben Schule, wenn auch überwiegend in einem anderen Gebäude unterrichtete. Neben anderen Gründen wurde aufgrund einer mangelnden Tätigkeitsverlegung die Klage abgewiesen, so dass aus dieser Entscheidung keine generellen Überlegungen abgeleitet werden können.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Wenn ein Arbeiter seine gefährdende Tätigkeit an der Maschine X aufgeben muss und aufgibt und künftig an der Maschine Y ohne Gefährdung arbeitet, so hat er, auch wenn er an der neuen Maschine die gleichen Handgriffe verrichtet wie an der alten, seine gefährdende Tätigkeit aufgegeben³⁹⁴. Dieses Ergebnis mag angesichts der praktisch fast nicht vorhandenen Unterschiede in der Arbeitssituation der Versicherten in beiden Fallgestaltungen (immer Beibehaltung des Arbeitsplatzes entweder im alten oder im neuen Gebäude, keine Lohnänderung) materiell ungerecht erscheinen, zumal die Verletztenrente nach einer MdE von 30 v.H. wie im Ausgangsfall, die der eine erhält und der andere nicht, in den meisten Fällen bei ca. 400 bis 600 Euro im Monat liegen dürfte. Dies ist aber eine Konsequenz der abstrakten Schadensbemessung bei der Verletztenrente³⁹⁵ und fordert zumindest eine Nachdenken über Ausnahmen von den „Regel-Voraussetzungen“, die weiter unten erörtert werden³⁹⁶.

bb) Ebenfalls schwer mit der Voraussetzung „tatsächliche Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit“ zu vereinbaren, ist die Auffassung von Krasney, das tatsächliche Unterlassen liege auch dann vor, wenn eine andere vom Versicherten aufgenom-

³⁹² Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.

³⁹³ VGH Baden-Württemberg v. 28.09.1993 - 4 S 2915/92.

³⁹⁴ Mehrtens, SozVers 1978, 151.

³⁹⁵ Siehe S. 67.

³⁹⁶ Siehe S. 164 ff.

mene Tätigkeit von einer an sich ausreichend sachkundigen Stelle im Einzelfall zu Unrecht als nicht schädigend bezeichnet worden sei (**Fall des hautkranken Fliesenlegers in der Metallindustrie**)³⁹⁷. Die genaue Analyse des BSG-Urteils³⁹⁸ zeigt, dass der Versicherte aufgrund objektiven Zwangs zunächst die gefährdende Tätigkeit aufgeben hatte und die anschließend aufgrund einer Stellungnahme des Staatlichen Gewerbearztes, eines Gutachtens einer Universitäts-Hautklinik sowie einer Mitteilung des zuständigen Unfallversicherungsträger als nicht gefährdend eingeschätzte Tätigkeit aufgeben musste, weil sie rückwirkend betrachtet doch gefährdend war. Im Ergebnis ist daher ein wirklicher Grund für eine Ausnahme von der Voraussetzung „tatsächliche Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit“ weder dem Urteil zu entnehmen noch darüber hinaus zu erkennen: Denn die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit ist zunächst erfolgt, der Tatbestand der BK war damit erfüllt und alles weitere ist im Rahmen der zukünftigen Entwicklung unter dem Gesichtspunkt Wiederaufnahme einer gefährdenden Tätigkeit zu erörtern³⁹⁹.

cc) Sicherlich problematisch und mit der heutigen Rechtslage nicht mehr zu vereinbaren ist die Entscheidung des BSG vom 27.04.1972 (**Fall des Freizeit-Maurers**)⁴⁰⁰: Es komme nur darauf an, dass der Versicherten seine Dauerbeschäftigung als Maurer aufgegeben habe. Das gelegentliche Tätigwerden möglicherweise wie ein Versicherter durch Maurerarbeiten in der Freizeit bei Bekannten ändere daher nichts an der tatsächlichen Aufgabe der beruflichen Beschäftigung als Maurer. Denn diese Tätigkeiten für Bekannte waren entweder versicherte Tätigkeiten i.S. des § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII oder nicht rein private unversicherte, sondern gewerbliche Tätigkeiten, so dass ein dauerhaftes Unterlassen zumindest in Frage gestellt ist⁴⁰¹.

Nur erinnert sei daran, dass der Umfang der unterlassenen Tätigkeiten an der Gesamt-Tätigkeit für die Anerkennung dem Grunde nach keine Rolle spielt⁴⁰² und

³⁹⁷ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 34 unter Hinweis auf BSGE 40, 66, 71.

³⁹⁸ BSG a.a.O. unterer Abs.

³⁹⁹ Siehe unten S. 147 ff., insbesondere S. 149 ff.

⁴⁰⁰ BSG SozR Nr. 2 zu Anl. 46 der 6. BKVO = SGB 1973, 268, 270 mit zustimmender Anm. von Wittmann.

⁴⁰¹ Siehe S. 111 bzw. im Abschnitt IX. Zukünftige Entwicklungen, S. 160 f.

⁴⁰² Siehe S. 91 f.

dass unversicherte, private, nicht aber gewerbliche gefährdende Tätigkeiten nicht zu berücksichtigen sind⁴⁰³ und somit auch nicht unterlassen werden müssen.

3. Ohne Rücksicht auf den Grund des Unterlassens

Dass es bei objektivem Zwang zum Unterlassen und tatsächlicher Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten nicht auf die Motive, subjektiven Beweggründe und Vorstellungen des Versicherten für seine Tätigkeitsaufgabe ankommt, ist heute die weitgehend **einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur**⁴⁰⁴.

a) Die Auffassung des 8. Senats des BSG

Die hiervon abweichende Auffassung des damals, aber mittlerweile nicht mehr für die allgemeine gesetzliche Unfallversicherung zuständigen 8. Senat des BSG muss als überholt angesehen werden⁴⁰⁵. Dieser hatte in einer Entscheidung vom 23.06.1977⁴⁰⁶, die zu den BKen Nr. 41 und 46 der 7. BKVO ergangen war, ein durch die Krankheit erzwungenes Unterlassen verneint, wenn eine Krankheit i.S. der Anlage der BKVO den Versicherten zwar zur Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit zwingt, dieser jedoch aus persönlichen familiären Gründen ablehne, sich umschulen zu lassen oder eine ihm zumutbare und tatsächlich sich bietende gleichwertige Tätigkeit aufzunehmen. In seinem Urteil vom 26.06.1980⁴⁰⁷ forderte der 8. Senat, dass der Zwang zum Unterlassen und die Tätigkeitsaufgabe zumin-

⁴⁰³ Vgl. oben S. 109 ff.

⁴⁰⁴ Grundlegend: BSGE 56, 94, 96 ff.; BSG SozR 5676 Anl Nr 46 6. BKVO Nr 4; BSG SozR 3-8440 Nr. 70 Nr 1 (zur BK-Liste der DDR); BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11; BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2; früher schon: BSG SozR Nr. 4 zu 5. BKVO Anl. 19 = Breith. 1963, 777, 778; Benz, SGB 1996, 525, 528; Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 76; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 34; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 9, Kz. 251 S. 8; Pöhl, BG 2000, 475, 477; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103, 863; a.A. wohl Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16.

⁴⁰⁵ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35.

⁴⁰⁶ BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 41 7. BKVO Nr 2.

⁴⁰⁷ BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 11, S. 20, 21

dest wesentlich durch die berufsbedingte Erkrankung, in jenem Fall eine Hauterkrankung, mitverursacht sein müsste und es nicht ausreichen würde, wenn der Versicherte (ein selbständiger Maurermeister) seine Tätigkeit nicht wesentlich bedingt durch die Hauterkrankung, sondern aufgrund von wirtschaftlichen Schwierigkeiten oder seinem Alter aufgeben. In seinem Urteil vom 04.06.1981⁴⁰⁸ hat der 8. Senat diese Auffassung wiederholt und die Anerkennung einer BK, damals der BK Nr. 41 Bronchialasthma nach der 6. und 7. BKVO, verneint, weil nicht diese Erkrankung, sondern eine Herzkrankheit und die Vollendung des 65. Lebensjahres für die Tätigkeitsaufgabe ursächlich gewesen seien.

b) Die Gründe gegen einen Zusammenhang zwischen objektivem Zwang und objektivem Unterlassen

Die entscheidende, überzeugende Begründung in dem **grundlegenden Urteil** des 2. Senats des BSG vom 08.12.1983⁴⁰⁹, in dem dieser sich kritisch mit der Rechtsprechung des 8. Senats⁴¹⁰ auseinandersetzte, war, dass die damalige Formulierung des Unterlassungszwangs „... gezwungen hat“⁴¹¹ kein subjektives Element enthalte und der Ordnungsgeber die tatsächliche Tätigkeitsaufgabe aus Präventionsgründen habe sicherstellen wollen, ohne dass die Erkrankung in allen Fällen auch der Beweggrund für die Tätigkeitsaufgabe gewesen sein müsse. Ein Abstellen auf den Beweggrund würde außerdem zu unbilligen und Zufallsergebnissen führen⁴¹²: Es sei unbillig, wenn bei einem Versicherten, der an einer berufsbedingten Krankheit leide, aber vor Abschluss des oft langwierigen Feststellungsverfahrens seinen Arbeitsplatz aus anderen Gründen verliere, die Anerkennung der BK verneint werde. Oder wenn dieser Versicherte aus bestimmten Gründen noch eine gewisse Zeit weiterarbeite oder zunächst Urlaub nehme und in dieser Zeit z.B. wegen eines Herzinfarkts die Tätigkeit auch aufgeben müsste.

⁴⁰⁸ BSGE 52, 35, 36 f.

⁴⁰⁹ BSGE 56, 94, 96 f. = SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 12.

⁴¹⁰ Vgl. die zuvor genannten Urteile, aber gegen ein subjektives Element: BSG v. 20.08.1980 - 8a RU 72/79, BSGE 50, 187, 188 f.

⁴¹¹ Vgl. BK Nr. 41, 43, 46 der 6. BKVO.

⁴¹² BSGE 56, 94, 98 f.; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 103, 863.

Zudem ist zu den Entscheidungen des 8. Senats darauf hinzuweisen, dass es auf die Aufnahme einer neuen, gleichartigen Tätigkeit nicht ankommt, denn die abstrakte Schadensberechnung ist nicht eingeschränkt: Bleiben nach Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit als Folge der BK Gesundheitsstörungen im rentenberechtigenden Grad, so ist Entschädigung zu gewähren, gleichgültig ob eine gleichwertige Tätigkeit aufgenommen wird oder nicht. Um auf das weitere Verhalten des Versicherten Einfluss zu nehmen, kommen vor allem Maßnahmen gemäß §§ 64, 66 SGB I oder § 48 SGB X in Betracht⁴¹³.

Von daher ist auch die Auffassung von Ricke⁴¹⁴, der Verzicht auf einen Ursachenzusammenhang verstoße gegen den allgemeinen Grundsatz, dass Entschädigung nur für Schäden möglich ist, deren rechtlich wesentliche Ursache in einem unfallversicherungsrechtlich relevanten Sachverhalt liege, nicht zutreffend. Denn der allgemeine Ursachenzusammenhang zwischen versicherter Einwirkung und Erkrankung für die Anerkennung der BK wird von dem Ursachenzusammenhang beim Unterlassen nicht berührt und im Übrigen kennt die gesetzliche Unfallversicherung keinen derartigen „allgemeinen Grundsatz“, wie schon die abstrakte Schadensbemessung bei der Verletztenrente zeigt⁴¹⁵.

Nichts anderes folgt aus der Übergangsleistung gemäß § 3 Abs. 2 BKV, bei der ein Ursachenzusammenhang von der versicherten Tätigkeit über die Erkrankung und das tatsächliche Unterlassen bis zum Minderverdienst erforderlich ist⁴¹⁶. Der Grund für die unterschiedlichen Voraussetzungen liegt in den unterschiedlichen Zielrichtungen und Folgen der Regelungen: Bei den Übergangsleistungen geht es um den konkret zu berechnenden Ausgleich durch die Unterlassung verursachter Minderungen des Verdienstes oder sonstiger wirtschaftlicher Nachteile (vgl. den Wortlaut des § 3 Abs. 2 S. 1 BKV). Der Unterlassungszwang als BK-Voraussetzung hat vor allem die Funktion, Bagatell-Erkrankungen auszuschließen

⁴¹³ Im Übrigen siehe S. 147 ff., 161 insbesondere zu §§ 64, 66 SGB I.

⁴¹⁴ Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16.

⁴¹⁵ Zur abstrakten Schadensbemessung siehe S. 67.

⁴¹⁶ BSG SozR 3-5670 § 3 BKVO Nr 5, das auch auf die Unterschiede zwischen den Leistungen gemäß § 3 BKV und der Anerkennung von BKen hinweist; LSG Hessen, BG 1972, 191, 192.

und präventiv zu wirken, die als Folge der BK-Anerkennung ggf. zu zahlende Verletztenrente ist aufgrund der abstrakten Schadensbemessung unabhängig von einem konkreten Einkommensverlust.

Für dieses Ergebnis spricht auch die Neuregelung der Günstigkeitsvorschrift für die Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes bei BKen: Für die Bestimmung des für den Versicherten ggf. günstigeren Versicherungsfalls nach dem früheren § 572 RVO war es umstritten, ob ein Zusammenhang zwischen der BK und der Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit bestehen musste⁴¹⁷. Durch den S. 2 der entsprechenden Regelung in § 84 SGB VII ist die Frage in dem Sinne geklärt, dass es nicht auf die Gründe ankommt, aus denen die schädigende Tätigkeit aufgegeben worden ist.

Für eine derartige Orientierung an rein objektiven Umständen unter Verzicht auf jegliches subjektive Element sprechen zudem die bekannten praktischen Probleme bei der Feststellung subjektiver Voraussetzungen. Dennoch darf nicht verkannt werden, dass die objektiven Umstände häufig auf entsprechenden subjektiven Umständen und Entscheidungen der Versicherten beruhen, z.B. dem Entschluss eine bestimmte Tätigkeit aufzugeben⁴¹⁸. Denn die Versicherten werden meistens bei der effektiven Aufgabe ihrer Tätigkeiten, wenn sie frisch arbeitsunfähig erkrankt sind, zunächst die Vorstellung haben, die gleiche Tätigkeiten nach Abheilung der Krankheit wiederaufnehmen zu können⁴¹⁹. Und von dieser Vorstellung müssen sie irgendwann Abstand nehmen und sich entschließen oder erkennen, die früher ausgeübte gefährdende Tätigkeiten nicht mehr auszuüben. Aber auch die genaue Analyse dieses Denk-, Erkenntnis- und Entscheidungsprozesses führt nicht zu mehr Klarheit, weil es selten einen exakten Zeitpunkt geben wird, an dem endgültig die Entscheidung fiel.

⁴¹⁷ Vgl. Kozian/Pöhl, Kompaß 1995, 16 ff. m.w.N.

⁴¹⁸ Daher für eine „subjektive Lösung“: Spinnarke, BG 1972, 103.

⁴¹⁹ Vgl. BSG SozR Nr. 4 zu 5. BKVO Anl. 19 = Breith. 1963, 777, 778; BSG SozR Nr. 4 zu § 551 RVO.

c) Aufstellung der unbeachtlichen Gründe

Bei genauer Durchsicht der obigen BSG-Urteile und der Fallgestaltungen in der Literatur zeigt sich jedoch, dass nicht nur die Motive und subjektiven Gründe des Versicherten für das Unterlassen unerheblich sind, sondern alle anderen Gründe ebenso, wenn nur der Versicherte objektiv aufgrund der Erkrankung gezwungen war, seine Tätigkeit aufzugeben, und dies auch tatsächlich getan hat⁴²⁰. Denn auch in der heutigen Formulierung des Unterlassungszwangs ist keine Forderung des Verordnungsgeber zu finden, die Erkrankung müsse der Beweggrund der Versicherten für die Aufgabe der beruflichen Beschäftigung gewesen sein.

Als unbeachtlich werden angesehen:

- willensunabhängige Umstände⁴²¹ wie:
 - Kündigung des Arbeitgebers⁴²²,
 - Konkurs⁴²³,
 - Produktionseinstellung⁴²⁴,
 - Eintritt der Erwerbsunfähigkeit i.S. der gesetzlichen Rentenversicherung⁴²⁵,
 - Erreichen der Altersgrenze⁴²⁶,
 - schwere andere Krankheit⁴²⁷,
 - Tod⁴²⁸,

⁴²⁰ So klar auch: LSG Hessen, BG 1972, 191, 192; Benz SGB 1996, 526, 528; Keller, SozVers 1995, 265, 267.

⁴²¹ Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.

⁴²² BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11 S. 30; LSG Hessen, BG 1972, 191, 192; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103, 863.

⁴²³ BSGE 56, 94, 99; LSG Hessen, BG 1972, 191, 192; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103, 836.

⁴²⁴ Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 863.

⁴²⁵ BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11 S. 30.

⁴²⁶ BSGE 56, 94, 99; LSG Hessen, BG 1972, 191, 192; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 103, 863.

⁴²⁷ BSGE 56, 94, 99; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16.

- willensabhängige Umstände wie:
 - Berufswechsel vor Feststellung der Krankheit⁴²⁹,
 - Hinausschieben der Tätigkeitsaufgabe für eine Übergangszeit aus wichtigem Grund⁴³⁰.

Stirbt der Versicherte an den Folgen einer BK mit Unterlassungszwang, bevor er die Tätigkeit aufgegeben hat, ist die BK anzuerkennen und die Hinterbliebenen erhalten Entschädigungsleistungen, weil darin ein erzwungenes tatsächliches Unterlassen liegt⁴³¹. Mehrtens⁴³² hat zutreffenderweise darauf hingewiesen, dass der Tod nun einmal die intensivste Form des Zwangs zum Unterlassen aller Tätigkeiten sei.

Insbesondere bei Kündigung des Arbeitgebers, dessen Konkurs oder Produktionseinstellung ist dies nicht zwangsläufig mit einer Aufgabe der schädigenden Tätigkeit verbunden, weil der Erkrankte nach Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses einer gleichermaßen gefährdenden Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber nachgehen kann⁴³³.

Die einleitende Frage⁴³⁴, ob - wenn auch unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Versicherten - zwischen dem Zwang zum Unterlassen und dem objektiven Unterlassen ein Ursachenzusammenhang nach der Theorie der wesentlichen Bedingung bestehen muss, also das Unterlassen durch die Krankheit, deren Anerkennung als BK im Raum steht, zumindest wesentlich mitverursacht wurde, oder ob es genügt, wenn beide Voraussetzung nebeneinander erfüllt sind und z.B. bei einer Hauterkrankung, die objektiv zum Unterlassen der Tätigkeit gezwungen hat,

⁴²⁸ BSGE 50, 187, 189; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 203; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 103, 863.

⁴²⁹ BSGE 56, 94, 99; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 863.

⁴³⁰ Vgl. BSGE 56, 94, 99; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 863.

⁴³¹ BSGE 50, 187, 189; Keller, SozVers 1995, 265, 267; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 34; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Pöhl, BG 2000, 475, 477; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16.

⁴³² Mehrtens, SozVers 1978, 151, 152.

⁴³³ Vgl. zur Kündigung: BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11 S. 30.

⁴³⁴ Siehe S. 114.

eine Tätigkeitsaufgabe wegen eines Herzinfarkts ausreicht, ist dahingehend zu beantworten, dass ein derartiger Ursachenzusammenhang nicht erforderlich ist.

d) Klarstellungen

Kommt es damit für ein Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit nur auf den objektiven Zwang zum Unterlassen sowie die tatsächliche Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit an, so sei nur **zur Klarstellung** auf Folgendes hingewiesen:

- Eine Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit ohne objektiven Zwang, aber aufgrund der subjektiven Vorstellungen des Versicherten erfüllt nicht die Voraussetzungen des Unterlassungszwangs und begründet damit keine Entschädigungspflicht⁴³⁵.
- Die Versicherten müssen nicht vom Unfallversicherungsträger zur Aufgabe angehalten oder aufgefordert worden sein, da ja der Zwang zur Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit von der Gefahr ausgeht und objektiv festzustellen ist. Sie können die gefährdende Tätigkeit auch ganz allein aus eigenem Entschluss aufgeben⁴³⁶.
- Ist der Versicherungsfall einmal eingetreten, lassen **spätere Ereignisse**, wie auch sonst in der gesetzlichen Unfallversicherung, den Entschädigungsanspruch unberührt, wenn der Versicherte nach Aufgabe der Tätigkeit z.B. Altersrentner wird oder an einem anderen Leiden erkrankt, das ihn auch zur Aufgabe der Tätigkeit gezwungen hätte⁴³⁷. Mögliche Ausnahmen im Rahmen der weiteren Entwicklung sind selbstverständlich in dem entsprechenden Abschnitt noch zu erörtern⁴³⁸.

⁴³⁵ BSGE 56, 94, 98; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 9.

⁴³⁶ Benz, BG 1988, 596; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 33.

⁴³⁷ BSG SozR 5677 § 3 7. BKVO Nr 1 = Breith. 1976, 293, 294 (Herzerkrankung nach Tätigkeitsaufgabe); BSG SozR 2200 § 622 RVO Nr 15; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 45; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 210; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Anm. 27.2.

⁴³⁸ Siehe unten S. 147 ff.

4. Der Zeitpunkt des Unterlassens

Der Zeitpunkt des Unterlassens kann aus verschiedenen Gründen und in unterschiedlichen Zusammenhängen von Bedeutung sein:

- Für den Zeitpunkt des Versicherungsfalls mit den entsprechenden Konsequenzen für die davon abhängigen Geldleistungen an die Versicherten hinsichtlich Beginn und insbesondere Höhe aufgrund der damit einhergehenden Festlegung des Jahresarbeitsverdienstes⁴³⁹.
- Die Zuständigkeit der Unfallversicherungsträger hängt von der zuletzt ausgeübten gefährdenden Tätigkeit ab⁴⁴⁰.

Als **Grundsatz** ist an Folgendem festzuhalten:

Der Versicherungsfall tritt nach ständiger Rechtsprechung und übereinstimmender Auffassung in der Literatur⁴⁴¹ erst ein, wenn alle Tatbestandsmerkmale der jeweiligen BK erfüllt sind, also auch etwaige zusätzliche Tatbestandsmerkmale wie das Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten.

Und hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals müssen alle Einzelelemente ebenfalls erfüllt sein, also vor allem der objektive Zwang und das tatsächliche Unterlassen. Diese Einzelelemente müssen zwar nicht in demselben **Zeitpunkt** eintreten, aber zumindest irgendwann zusammen zeitgleich bestehen, weil sonst nie das Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang erfüllt ist, sondern immer eines seiner Elemente fehlt⁴⁴².

a) Die Feststellung des Zeitpunktes

Dass der objektive Unterlassungszwang als weitgehend medizinisch-technische Frage durch eine nachträgliche Betrachtungsweise festzustellen ist, wurde schon

⁴³⁹ Siehe S. 61.

⁴⁴⁰ Siehe S. 61; vgl. zudem: Spinnarke, BG 1972, 103, 104.

⁴⁴¹ Siehe S. 59 f.

⁴⁴² Benz, SGB 1996, 526, 528.

ausgeführt⁴⁴³. Für das Unterlassen ist die Beurteilung schwieriger, weil dies nicht völlig losgelöst von den subjektiven Vorstellungen der Versicherten erfolgt. Dass diese aber nicht unbedingt weiterhelfen oder für mehr Klarheit sorgen, wurde schon bei der Verneinung eines Ursachenzusammenhangs zwischen Zwang und Unterlassen dargelegt⁴⁴⁴.

Von daher ist es sinnvoll, den Zeitpunkt der Tätigkeitsaufgabe ebenfalls **objektiv zu bestimmen**. D.h. nicht danach, wann der Versicherte sich innerlich entschließt, die Tätigkeit aufzugeben, sondern danach, ab wann der gefährdenden Tätigkeit objektiv und real nicht mehr nachgegangen wurde⁴⁴⁵. Wird somit nur auf den tatsächlichen Ablauf der Ereignisse abgestellt, treten deren arbeitsrechtliche Auswirkungen und vor allem der ggf. von anderen Umständen abhängige Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurück. Zumal einer genauen zeitlichen Fixierung oftmals entgegensteht, dass sich die Verhandlungen zwischen dem Erkrankten und dem Arbeitgeber über das Ausscheiden aus der gefährdenden Tätigkeit über längere Zeit hinziehen können⁴⁴⁶.

Maßgebender Zeitpunkt der Tätigkeitsaufgabe bei einem Arbeitsunfähigen wird damit regelmäßig bei der auch insofern gebotenen objektiv-rückwirkenden Betrachtungsweise der erste Tag der letzten Arbeitsunfähigkeit sein, in der die gefährdende Tätigkeit aufgegeben worden ist⁴⁴⁷ - also ein nach objektiven Kriterien bestimmbarer Zeitpunkt. Denn die Festlegung des Zeitpunktes des Versicherungsfalls erfordert die Angabe eines bestimmten Tages.

Im Übrigen ist zu beachten, dass es nach dem in § 9 Abs. 5 und § 84 SGB VII manifestierten Günstigkeitsprinzip⁴⁴⁸ für BKen grundsätzlich nur fiktive Zeitpunkte für

⁴⁴³ Siehe S. 115.

⁴⁴⁴ Siehe S. 128.

⁴⁴⁵ BSGE 40, 66, 68 f.; BSGE 50, 187, 188 f.; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 18.

⁴⁴⁶ BSG SozR Nr 4 zu § 551 RVO.

⁴⁴⁷ BSG SozR Nr 4 zu § 551 RVO; BSG SozR 3-2200 § 551 RVO Nr 11; BSG SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 34; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 205; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 9; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 18.

⁴⁴⁸ Vgl. hierzu ausführlich: BSGE 73, 1, 2 f. = SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 2 zu den Vorläuferregelungen in § 551 Abs. 3 S. 2, § 572 RVO.

den Eintritt des schädigenden Ereignisses gibt, die zugunsten des Erkrankten auch noch variieren können, je nachdem ob sie der Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes oder sonstiger Leistungen dienen⁴⁴⁹.

b) Unterlassen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses

Da das Unterlassen nicht nur die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit(en), sondern auch die Nichtaufnahme von gefährdenden Tätigkeiten, die ursächlich sein können, voraussetzt, kann das Unterlassen zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Betroffene nicht mehr in einem versicherten Beschäftigungsverhältnis steht.

Nach Auffassung des LSG Nordrhein-Westfalen⁴⁵⁰ soll dann keine BK eintreten. Auch Benz⁴⁵¹ meint, nach dem System des Versicherungsfalls müsse die Versicherteneigenschaft zum Zeitpunkt der tatsächlichen Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten vorliegen. In Fortführung des Adeno-Karzinom-Urteils des BSG vom 30.06.1993⁴⁵² solle aber lediglich für den Zeitpunkt der medizinisch festgestellten Notwendigkeit des Zwangs zur Tätigkeitsaufgabe die Versicherteneigenschaft als notwendig angesehen werden. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten hänge zu sehr von Zufälligkeiten ab. Dass nur die wesentliche Ursache für die Krankheit in der versicherten Zeit war, genüge nicht.

Dieser Auffassung kann mit der Rechtsprechung des BSG und der überwiegenden Meinung in der Literatur zum Eintritt des Versicherungsfalls⁴⁵³ nicht gefolgt werden: Unterlässt der Versicherte die gefährdende Tätigkeit erst nachdem er aus dem Erwerbsleben ausgeschieden oder eine in der gesetzlichen Unfallversicherung nicht versicherte Tätigkeit aufgenommen hat, so tritt dennoch vom Tage der

⁴⁴⁹ Vgl. BSG SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 4; BSG SozR 2200 § 571 RVO Nr 7.

⁴⁵⁰ LSG Nordrhein-Westfalen v. 30.09.1988 - L 1 U 6/87, HV-INFO 1989, 946; die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde aus formalen Gründen zurückgewiesen: BSG v. 17.02.1989 - 2 BU 200/88, HV-INFO 1989, 955.

⁴⁵¹ Benz, SGB 1996, 526, 530.

⁴⁵² BSGE 73, 1 ff.

⁴⁵³ Siehe S. 59 f.

Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit an der Versicherungsfall ein⁴⁵⁴. Denn nach dem oben dargestellten System des BK-Rechts, müssen die (früheren) Versicherten beim Eintritt des Versicherungsfalls, der das Vorliegen aller BK-Voraussetzungen fordert, nicht mehr in einem versicherten Beschäftigungsverhältnis stehen. Die Versicherten, die sich während des Versicherungsverhältnisses i.S. der haftungsbegründenden Kausalität durch schädigende Einwirkungen bei der versicherten Tätigkeit eine Krankheit zugezogen haben, können diese Rechtsposition nicht dadurch verlieren, dass das Versicherungsverhältnis endet, bevor auch der Leistungsfall eintritt⁴⁵⁵.

Auch der Sinn des Unterlassungszwangs spricht gegen ein derartiges Erfordernis, weil mit ihm nur bezweckt werden soll, eine Entschädigung auf alle Fälle mit dauerhaften nachteiligen Konsequenzen für den Versicherten zu begrenzen und zugleich präventiv weiteren Verschlimmerungen der Erkrankung vorzubeugen⁴⁵⁶. Unter keinem der Gesichtspunkte ist es erforderlich, ein Fortbestehen des Versicherungsschutzes bis zur Aufgabe jeglicher gefährdender Tätigkeit zu verlangen. Außerdem würde der Betroffene sich damit nur gezwungen sehen, für kurze Zeit nochmals eine gefährdende versicherte Beschäftigung aufzunehmen, um eine Entschädigung zu erlangen, was dem Präventionsgedanken eklatant widerspricht⁴⁵⁷.

5. Die Endgültigkeit des Unterlassens - Erforderlichkeit einer Prognose ?

Schon bei den gefährdenden Tätigkeiten und insbesondere denen, die ursächlich sein können, wurde ausgeführt: Es genügt nicht, wenn diejenigen Tätigkeiten nicht mehr ausgeübt werden, die die BK herbeigeführt oder verschlimmert haben. Vielmehr müssen auch zukünftig solche Tätigkeiten unterlassen werden, die für die

⁴⁵⁴ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 204; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 34.

⁴⁵⁵ BSG SozR 3-2200 § 571 RVO Nr 4.

⁴⁵⁶ Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 44.

⁴⁵⁷ Keller, SozVers 1995, 264, 267; Mehrstens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.; Pöhl, BG 2000, S. 475.

Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der BK ursächlich sein können⁴⁵⁸. „Ursächlich sein können“ beim Unterlassungszwang bedeutet, dass die Versicherten auch für die Zukunft alle gefährdenden Tätigkeiten unterlassen. Die Regelung hat den Zweck, den z.B. Hauterkrankten für alle Zukunft von - für ihn - hautschädigenden Stoffen fernzuhalten, um Verschlimmerungen und Rückfälle zu vermeiden⁴⁵⁹.

Das Unterlassen setzt die Tätigkeitsaufgabe also **auf Dauer oder nicht absehbare Zeit**, d.h. endgültig, voraus⁴⁶⁰. Es wird nicht nur eine Beendigung des gefährdenden Zustandes verlangt, sondern auch die Fortdauer des neuen nicht gefährdenden Zustandes⁴⁶¹, und damit wird von dem Erkrankten ein „Dauerverhalten“⁴⁶² erwartet: Er muss, um das obige Ergebnis aufzunehmen, in alle Zukunft jede konkret-individuelle Gefährdung bei seinen beruflichen Tätigkeiten vermeiden⁴⁶³.

Für die praktische Umsetzung dieses endgültigen Unterlassens gefährdender Tätigkeiten ist zu klären, ob es genügt, wenn der Versicherte die Tätigkeit aufgegeben hat, oder **ob** darüber hinaus als **weiterer Entscheidungsschritt** und Voraussetzung für die BK-Anerkennung eine **prognostische Einschätzung** seitens des Unfallversicherungsträgers für die Zukunft notwendig ist.

Mehrtens / Perlebach scheinen dies zu fordern, wenn sie schreiben „Erforderlich ist eine vorausschauende Prognose auf Grund ärztlicher Erfahrung.“⁴⁶⁴, ohne nähere Angaben zu den Anforderungen an diese Prognose und vor allem diejenigen, die sie anstellen, zu machen. Denn die Probleme einer solchen Prognose und die damit verbundenen Unsicherheiten liegen aufgrund des zu den gefährdenden Tätigkeiten, die ursächlich sein können, Gesagten auf der Hand: Die Anforderungen

⁴⁵⁸ Siehe S. 97 ff.; vgl. im Übrigen nur: Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2

⁴⁵⁹ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3.

⁴⁶⁰ Vgl. BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82; Keller, SozVers 1995, 265, 266; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 34; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 9; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 16; Schmitt § 9 Rn. 17; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 865.

⁴⁶¹ Pittroff, BG 1979, 37, 38; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 10.

⁴⁶² Mehrtens, SozVers 1978, 151, 153.

⁴⁶³ Siehe S. 108.

an eine solche arbeitsmedizinische Prognose dürften auf keinen Fall überspannt werden, um den Arzt nicht zu umfangreichen, weiteren Testungen zu veranlassen⁴⁶⁵.

Keller⁴⁶⁶ meint demgegenüber, der Versicherte müsse zwar bereit sein, keine neue gefährdende Tätigkeit zu ergreifen. Dafür, dass der Eintritt des Versicherungsfalls zusätzlich von einer Prognose abhängen soll, ob der Versicherte diesen Entschluss durchhalten werde, gebe jedoch weder Wortlaut noch Sinn und Zweck dieses Tatbestandsmerkmals irgendwelche Anhaltspunkte. Zudem würde sich eine derartige Prognose kaum sachgerecht treffen lassen, weil das zukünftige Verhalten des Versicherten weitgehend von dessen Persönlichkeit und damit von objektiv kaum vorhersehbaren Faktoren abhängt. Deshalb müsse, wenn der Versicherte die schädigende Tätigkeit einstelle und willens sei, keine neue gefährdende Tätigkeit aufzunehmen, vom Eintritt des Versicherungsfalls zu Beginn des betreffenden Arbeitsunfähigkeitszeitraums ausgegangen werden, ohne dass zu prüfen sei, wie er sich in Zukunft verhalten werde.

Ähnlich hat auch das BSG in einem unveröffentlichten Beschluss vom 07.11.2000⁴⁶⁷ zur Übergangsleistung gemäß § 3 BKV entschieden und darauf hingewiesen, dass die vom Unfallversicherungsträger geforderte dauerhafte Erfolgsabhängigkeit der Tätigkeitsaufgabe keine Anspruchsvoraussetzung sei, eindeutig sei nur, dass der Anspruch nur solange bestehe, wie die gefährdenden Tätigkeiten unterlassen würden.

Gegen das Erfordernis einer Prognose spricht auch, dass sie fast zwangsläufig zu Spekulationen und Überlegungen hinsichtlich subjektiver Elementen auf Seiten des Versicherten führen muss, während andererseits die entscheidenden Voraussetzungen „gefährdende Tätigkeiten“ und „Unterlassen“ rein objektiv ohne Berücksichtigung subjektiver Elemente festgestellt werden, was der sehr stark an objekti-

⁴⁶⁴ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3, ähnlich schon: Mehrtens, BG 1977, 472, 473; dsl. SozVers 1978, 151, 153.

⁴⁶⁵ Siehe S. 107.

⁴⁶⁶ Keller, SozVers 1995, 265, 268.

⁴⁶⁷ Az. B 2 U 108/00 B.

ven Kriterien ausgerichteten gesetzlichen Unfallversicherung allgemein eher entspricht⁴⁶⁸. Auch insofern kommen, um auf das weitere Verhalten des Versicherten Einfluss zu nehmen, vor allem Maßnahmen gemäß §§ 64, 66 SGB I und § 48 SGB X in Betracht⁴⁶⁹.

Im Ergebnis ist daher eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Versicherten zur Feststellung der Endgültigkeit des Unterlassens nicht erforderlich.

Zusammenfassend ist zum Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten festzustellen:

Das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten setzt voraus:

- Den objektive Zwang zum Unterlassen der ausgeübten, schädigenden Tätigkeit: Dieser ist nicht gegeben, wenn Maßnahmen gemäß § 3 BKV ausreichen.
- Die tatsächliche, objektive Aufgabe der schädigenden und gefährdenden Tätigkeiten: Eine Verminderung der Gefährdung genügt nicht. Es muss aber nicht die gesamte Tätigkeit aufgegeben werden, es genügt das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten.
- Auf die objektiven Gründe oder subjektiven Vorstellungen und Motive des Versicherten, warum die Tätigkeiten unterlassen werden, kommt es nicht an. Es ist kein Ursachenzusammenhang zwischen objektivem Zwang und tatsächlichem Unterlassen erforderlich.

Der Zeitpunkt des Unterlassens ist objektiv zu bestimmen und der erste Tag der letzten Arbeitsunfähigkeit, in der die gefährdenden Tätigkeiten aufgegeben wurde. Zu diesem Zeitpunkt müssen die Versicherten nicht mehr in einem versicherten Beschäftigungsverhältnis gestanden haben.

Das Unterlassen muss endgültig, d.h. auf Dauer oder zumindest nicht absehbare Zeit sein („Dauerverhalten“). Eine besondere Prognose ist nicht erforderlich.

⁴⁶⁸ Vgl. nur § 7 Abs. 2 SGB VII.

⁴⁶⁹ Siehe S. 147 ff., 161 insbesondere zu §§ 64, 66 SGB I.

VII. Die Beweisanforderungen

Die Beweisanforderungen⁴⁷⁰ sind von nicht zu unterschätzender Bedeutung in der Praxis, weil oft nicht unumstritten feststeht, ob die Voraussetzungen für bestimmte Feststellungen und Ansprüche gegeben sind oder nicht. Entscheidend hierfür ist vielmehr die Überzeugung der zuständigen Verwaltungsbeamten oder - im Streitfalle - des entsprechenden Gerichts.

Für beide gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, nach dem das Gericht - für die Verwaltung gilt nichts anderes⁴⁷¹ - nach seiner freien aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung zu entscheiden hat (vgl. § 128 Abs. 1 SGG). Bei der Gewinnung dieser Überzeugungsbildung betreffen die Beweisanforderungen die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Stelle von einer Tatsache überzeugt sein und diese damit als festgestellt ansehen darf⁴⁷².

Entsprechend dem oben zum System des BK-Rechts allgemein Gesagten sind die Aussagen zu den Beweisanforderungen für den Unterlassungszwang unklar: Zum Teil wird allgemein der Vollbeweis⁴⁷³ verlangt. Ein anderer Teil differenziert zwischen dem Zwang zum Unterlassen und der tatsächlichen Aufgabe, für die der Vollbeweis erforderlich sei, und der Kausalität zwischen Listenkrankheit und Zwang, für die Wahrscheinlichkeit genüge⁴⁷⁴. Ein dritter Teil macht keine Aussage⁴⁷⁵ und auch das BSG äußert sich insofern nicht klar⁴⁷⁶.

Wie oben herausgearbeitet wurde, ist die Feststellung des Tatbestandes des Un-

⁴⁷⁰ Siehe allgemein S. 45 f.; speziell zu BKen S. 53.

⁴⁷¹ Vgl. nur: v. Wulffen in: v. Wulffen, § 20 Rn. 8.

⁴⁷² Bley, S. 126; Udsching in: Krasney / Udsching, Kapitel III Rn. 154, 162 ff.

⁴⁷³ Vgl. Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 36; Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 12.

⁴⁷⁴ Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 34 in Abweichung von Rn. 36 !; Nehls in: Podzun, Kz. 150 S. 10.

⁴⁷⁵ Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 27.

terlassungszwangs an folgende Voraussetzungen geknüpft⁴⁷⁷:

- Eine versicherte Tätigkeit, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich war oder sein kann.
- Ein objektiver Zwang zur Aufgabe der ausgeübten, schädigenden Tätigkeit.
- Das tatsächliche und endgültig Unterlassen dieser Tätigkeit und als zukünftiges Dauerverhalten, das Unterlassen auch aller anderen Tätigkeiten, die eine konkret-individuelle Gefährdung mit Wahrscheinlichkeit sein können.

Schon das erste Tatbestandsmerkmal, dass eine Tätigkeit gefährdend ist, beinhaltet eine Kausalitätsbeurteilung. Denn es kann durchaus, insbesondere medizinisch, umstritten sein, ob eine Tätigkeit überhaupt gefährdend hinsichtlich einer bestimmten Erkrankung ist. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zu den Beweisanforderungen in der gesetzlichen Unfallversicherung⁴⁷⁸ ist aber abweichend von dem normalen Beweismaßstab des sog. Vollbeweises der Beweismaßstab der Wahrscheinlichkeit ausreichend, wenn es um die Beurteilung einer mit den üblichen Unsicherheiten behafteten medizinischen Kausalitätsfrage geht. Dementsprechend sind innerhalb des Tatbestandsmerkmals „gefährdende Tätigkeiten“ unterschiedliche Beweisanforderungen anzulegen, je nachdem welches Element des Tatbestandsmerkmals zu klären ist.

Ähnliches gilt für den objektiven Zwang zur Aufgabe der Tätigkeit, hier können zu den medizinischen noch technisch-naturwissenschaftliche Fragen hinzukommen.

Das tatsächliche Unterlassen der Tätigkeiten hingegen muss im allgemein üblichen Beweismaßstab des Vollbeweis feststehen, während für die Frage, ob eine neu aufgenommene Tätigkeiten gefährdend ist, wiederum Kausalitätsüberlegungen erforderlich sind⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Vgl. jüngst: BSG v. 22.08.2000, SozR 3-5670 Anl 1 Nr 2108 BKVO Nr 2 S. 4, wo der Unterlassungszwang bei der Aufzählung der Tatbestandsmerkmal, die im „Vollbeweis“ vorliegen müssen, fehlt.

⁴⁷⁷ Siehe S. 113, 138.

⁴⁷⁸ Siehe S. 45 f.

Zusammenfassend ist zu den Beweisanforderungen festzustellen:

Je nachdem welches Element der verschiedenen Tatbestandsmerkmale des Unterlassungszwangs zu klären ist, sind unterschiedliche Beweisanforderungen zu stellen, wobei entsprechend den allgemeinen Grundsätzen in der gesetzlichen Unfallversicherung abweichend von dem normalen Beweismaßstab des Vollbeweises der verringerte Beweismaßstab der hinreichenden Wahrscheinlichkeit genügt, wenn es um die Beurteilung einer medizinischen oder naturwissenschaftlichen Kausalitätsfrage geht.

⁴⁷⁹ Vgl. nur: BSGE 40, 66 (Fall des hautkranken Fliesenlegers, der nach einer Stellungnahme des Gewerbearztes und medizinischen Gutachten in der Metallindustrie tätig wird, wo er erneut erkrankt).

VIII. Folgen des Unterlassens bzw. Nicht-Unterlassens

Die Folgen des Unterlassens bzw. Nicht-Unterlassens der gefährdenden Tätigkeiten liegen auf der Hand: Die BK wird, vorbehaltlich der übrigen Voraussetzungen, anerkannt bzw. nicht anerkannt.

Dies zieht folgende Konsequenzen nach sich:

- Wird die BK anerkannt, liegt ein Versicherungsfall i.S. der gesetzlichen Unfallversicherung vor und die Versicherten haben Anspruch auf sämtliche Leistungen nach § 26 ff. SGB VII und ggf. nach § 3 Abs. 2 BKV⁴⁸⁰.
- Wird die BK nicht anerkannt, liegt kein Versicherungsfall i.S. der gesetzlichen Unfallversicherung vor und es kommen seitens des Unfallversicherungsträgers in der Regel nur Leistungen gemäß § 3 Abs. 1 BKV in Betracht⁴⁸¹.

Sowohl für die Leistungen gemäß §§ 26 ff. SGB VII als auch gemäß § 3 Abs. 2 BKV gelten bei BKen mit Unterlassungszwang, verglichen mit Arbeitsunfällen und anderen BKen, grundsätzlich keine Besonderheiten. Dennoch ergeben sich spezifische Fragestellungen.

1. Unterlassungszwang und MdE-Bemessung

Es wurde schon dargestellt⁴⁸², dass einer der für die Höhe der Verletztenrente entscheidenden Faktoren die MdE ist und diese abhängt von

- den verbliebenen Beeinträchtigungen des körperlichen und geistigen Leistungsvermögens und
- dem Umfang der dadurch verschlossenen Arbeitsmöglichkeiten

(vgl. § 56 Abs. 1 S.1 SGB VII).

⁴⁸⁰ Einzelheiten siehe S. 63 ff.

⁴⁸¹ Vgl. als Ausnahmefall von Leistungen gemäß § 3 Abs. 2 BKV ohne Anerkennung einer BK: BSG SozR 3-5670 § 3 BKVO Nr 5.

⁴⁸² Siehe S. 45 ff.

Hinsichtlich dieser MdE-Bemessung ist zu beachten, dass es weder auf den Beruf des Versicherten noch darauf ankommt, ob er einen Erwerbsschaden erlitten hat.

Übertragen auf die BKen mit Unterlassungszwang bedeutet dies:

Wie oben schon festgestellt wurde⁴⁸³, kommt es auf die quantitative und qualitative Bedeutung der zu unterlassenden Tätigkeit(en) im Verhältnis zu den übrigen an dem Arbeitsplatz verrichteten Tätigkeiten nicht an. Zumal das Ausmaß der Einschränkung der Arbeitsmöglichkeiten systematisch nicht bei der Feststellung, ob eine BK vorliegt, zu berücksichtigen ist, sondern hier bei der Schätzung der Höhe der MdE. Bei der Schätzung der MdE ist es von erheblicher Bedeutung, da diese nicht nur vom Ausmaß der Erkrankung, sondern entscheidend von dem Umfang der eingebüßten beruflichen Betätigungsmöglichkeiten abhängt⁴⁸⁴. Da es jedoch im Einzelfall auf das konkrete Ausmaß der eingebüßten beruflichen Betätigungsmöglichkeiten ankommt, vermag das Aufgeben und **Unterlassen** der bisher ausgeübten Tätigkeit(en) **nicht automatisch einen Anspruch auf eine Verletztenrente** nach einer MdE von mindestens 20 v.H. zu begründen⁴⁸⁵. Denn diese Tätigkeiten können von völlig untergeordneter Bedeutung sein und ohne Auswirkung auf die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten.

Andererseits darf in den Fällen, in denen sich der Schweregrad der BK in einer unfallrechtlich relevanten MdE von 20 v.H. ausdrückt, der Umstand, dass der Versicherte seine berufliche Beschäftigung bzw. seine Erwerbsarbeit in einem anderen ihn nicht gefährdenden Bereich ausübt oder ausüben könnte, nicht dazu führen, die Entschädigung zu versagen⁴⁸⁶. Auch bei BKen mit Unterlassungszwang rechtfertigt das Erlangen einer sozial und wirtschaftlich gleichwertigen Betätigungs- und Verdienstmöglichkeit keine Herabsetzung oder Verminderung der Rente⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Vgl. S. 91 f.

⁴⁸⁴ Stork, SdL 1977, 519, 521.

⁴⁸⁵ BSG v. 29.10.1980 - 2 RU 99/79; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 13; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 867.

⁴⁸⁶ BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46 7. BKVO Nr 8; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 100 zu BK Nr. 5101.

⁴⁸⁷ BSG v. 29.10.1980 - 2 RU 99/79.

Denn die MdE richtet sich alleine nach der Schwere des noch vorhandenen Krankheitsbildes und dem Umfang der dadurch den Erkrankten verschlossenen Arbeitsmöglichkeiten auf dem Gesamtgebiet des Erwerbslebens⁴⁸⁸. (Dass die heute verwandten MdE-Sätze ggf. überprüft und entsprechend den Besonderheiten des Einzelfalls anzuwenden sind, wurde schon ausgeführt.) Auch würde eine andere Entscheidung gegen den **Grundsatz der abstrakten Schadensbemessung** verstoßen, nach dem die Frage einer tatsächlichen Erwerbsminderung nicht von Bedeutung ist⁴⁸⁹.

Diesen Grundsätzen tragen die speziell zur BK Nr. 5101 erarbeiteten „Empfehlungen für die Einschätzung der MdE bei BKen der Haut nach Nr. 5101 der Anlage zur BKVO“⁴⁹⁰ Rechnung, die neben dem Ausmaß der Hauterscheinungen in einer Kreuztabelle allgemein auf die Auswirkung einer Allergie im Hinblick auf die verschlossenen Arbeitsmöglichkeiten abstellen⁴⁹¹.

Eine **Ausnahme** von diesen Grundregeln ist nur denkbar beim Vorliegen **besonderer beruflicher Kenntnisse und Erfahrungen** nach § 56 Abs. 2 S. 3 SGB VII⁴⁹², wenn diese durch den Unterlassungszwang tangiert werden. Angesichts des sowieso sehr eingeschränkten Anwendungsfeldes für diese Regelung ist - soweit ersichtlich - bisher kein entsprechender Fall veröffentlicht worden. Denkbar erscheinen vor allem Fallgestaltungen von Versicherten aus handwerklich-künstlerischen Berufen, die aufgrund einer zu einer BK führenden Allergie nunmehr nicht mehr mit „ihrem“ Werkstoff arbeiten können. Aber auch insofern sind keine Besonderheiten zu erkennen.

Für die konkrete MdE-Bemessung bei BKen mit Unterlassungszwang sind also keine Gründe für besondere Regelungen oder Ähnlichem zu erkennen.

⁴⁸⁸ BSG SozR 2200 § 622 RVO Nr 21; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 100 zu BK Nr. 5101; Mehrrens / Perlebach, E § 48 SGB X Rn. 4.4.

⁴⁸⁹ Siehe S. 67.

⁴⁹⁰ Dermatosen 43 (1995), S. 290.

⁴⁹¹ A.a.O. S. 291, 292.

2. Unterlassungszwang und § 3 BKV-Leistungen

Zunächst ist nochmals auf die unterschiedliche Zielrichtung von Prävention, zu der die § 3 BKV-Leistungen gehören, und Entschädigung, zu der die Voraussetzungen für die Anerkennung einer BK gehören, hinzuweisen, aber auch auf den mit dem Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang verfolgten präventiven Zweck⁴⁹³.

Bei den Leistungen gemäß § 3 BKV ist zwischen der Situation vor und nach dem Unterlassen zu unterscheiden:

Vor dem Unterlassen gilt § 3 Abs. 1 S. BKV: „Besteht für Versicherte die Gefahr, daß eine BK entsteht, wiederauflebt oder sich verschlimmert, haben die Unfallversicherungsträger dieser Gefahr mit allen geeigneten Mitteln entgegenzuwirken.“ Hinsichtlich der geeigneten Mittel und der ggf. zu erbringenden Leistungen ist auf die obige⁴⁹⁴ Darstellung zu verweisen. In Betracht kommen insbesondere persönliche Schutzmaßnahmen und medizinische Maßnahmen, einschließlich stationärer Rehabilitationsverfahren.

Nach dem Unterlassen ist insbesondere ein Anspruch auf Übergangsleistungen gemäß § 3 Abs. 2 BKV zu prüfen. Im Überblick⁴⁹⁵ wurde schon auf die erforderlichen Voraussetzungen drohende BK - Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit - Minderung des Verdienstes oder sonstiger wirtschaftlicher Nachteile und die sie verbindenden Ursachenzusammenhänge hingewiesen.

Der entscheidende Unterschied zum Unterlassungszwang als Tatbestandsmerkmal einer BK liegt bei dieser Fallgestaltung darin, dass für die Übergangsleistung das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten wegen der drohenden Gefahr erfolgen muss, während für den Unterlassungszwang als Tatbestandsmerkmal das

⁴⁹² Siehe S. 68.

⁴⁹³ Vgl. oben S. 103, 86 f.

⁴⁹⁴ Siehe S. 68 ff., 116.

⁴⁹⁵ Siehe S. 71 f.

tatsächliche Unterlassen ohne Rücksicht auf die Gründe genügt⁴⁹⁶. Aus der neueren Rechtsprechung des BSG⁴⁹⁷, die subjektive Beweggründe der Versicherten für die Tätigkeitsaufgabe gemäß § 3 Abs. 2 BKV („Anreizfunktion“) fordert, wenn keine BK anzuerkennen ist, folgt nichts anderes, weil diese Rechtsprechung auf solche Fälle beschränkt ist, bei denen gerade keine BK anerkannt wurde.

In der Praxis kann dies dazu führen, dass bei Versicherten, die eine gefährdende Tätigkeit aufgrund einer betriebsbedingten Kündigung oder Ähnlichem⁴⁹⁸ unterlassen, eine BK anerkannt, eine Verletztenrente usw. gewährt wird, ihnen aber keine Übergangsleistungen gemäß § 3 Abs. 2 BKV gezahlt werden, weil der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen der drohenden Gefahr und dem Unterlassen nicht besteht.

Zusammenfassend ist zu den Folgen des Unterlassens bzw. Nicht-Unterlassens festzustellen:

- Wird infolge des Unterlassens der gefährdenden Tätigkeit(en) die BK anerkannt, haben die Versicherten Anspruch auf die üblichen Leistungen gemäß §§ 26 ff. SGB VII sowie die Übergangsleistung gemäß § 3 Abs. 2 BKV.
- Liegt kein Unterlassen vor, dann liegt keine BK vor und es kommen nur Leistungen gemäß § 3 Abs. 1 BKV in Betracht.
- Bei der Bemessung der MdE für die Verletztenrente gelten bei den BKen mit Unterlassungszwang keine Besonderheiten.
- Auch für die Leistungen gemäß § 3 Abs. 2 BKV gelten keine Besonderheiten: Aufgrund des für die Übergangsleistung im Gegensatz zur Anerkennung des Unterlassungszwangs als BK-Voraussetzung erforderlichen Ursachenzusammenhangs zwischen der drohenden Gefahr und dem Unterlassen kann es aber sein, dass die BK anerkannt und die Versicherten aufgrund ihrer Verletztenrente erhalten, nicht aber Übergangsleistungen.

⁴⁹⁶ Siehe S. 130.

⁴⁹⁷ BSG SozR 3-5670 § 3 BKVO Nr 5.

⁴⁹⁸ Vgl. die Aufzählung S. 129 f.

IX. Zukünftige Entwicklungen

Wie schon herausgearbeitet, erschöpft sich die Voraussetzung Unterlassungszwang nicht in einem einmaligen Geschehen, sondern verlangt von den Versicherten ein Dauerverhalten, da diese ihre bisher ausgeübte gefährdende Tätigkeit nicht nur aufgeben, sondern auch keine neue gefährdende Tätigkeit aufnehmen dürfen⁴⁹⁹.

Bei der Beurteilung zukünftiger Entwicklungen sind vor allem zwei Situationen zu unterscheiden: Die vor und die nach der Bekanntgabe des Bescheides über die Anerkennung der BK.

Denn erst dieser führt zu einer Regelung der Rechtsbeziehung zwischen dem Versicherten und dem Unfallversicherungsträger und stellt sie auf eine entsprechende Grundlage (vgl. § 31 SGB X). Nach § 39 Abs. 1, 2 SGB X wird ein Verwaltungsakt mit der Bekanntgabe wirksam und bleibt es, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist (vgl. insbesondere §§ 44 ff. SGB X). Für einen Bescheid über die Anerkennung einer BK mit Unterlassungszwang bedeutet dies, dass er, wenn er dem Versicherten bekannt gegeben wurde, nur noch unter den genannten einschränkenden Voraussetzungen seine Wirksamkeit verliert oder geändert werden kann. Vor allem wird er durch die Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit seitens des Versicherten nicht automatisch hinfällig oder aufgehoben⁵⁰⁰. Diese geschützte Rechtsposition des Versicherten nach dem BK-Anerkennungsbescheid ist von der Position vor dem BK-Anerkennungsbescheid grundsätzlich zu unterscheiden.

Von daher ergeben sich bei der Beurteilung der weiteren Entwicklung, nachdem der Versicherte seine gefährdende Tätigkeit unterlassen und nicht gleichzeitig eine neue gefährdende Tätigkeit aufgenommen hat, auch zwei völlig verschiedene

⁴⁹⁹ Siehe S. 138.

Situationen:

- die vor der Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides und
- die nach der Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides.

1. Vor Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides

Dass die Dauer dieser Zwischenzeit nicht unterschätzt werden darf, sondern zu meist über mehrere Monate hinweg und damit relativ lange währt, ist jedem mit der Praxis der gesetzlichen Unfallversicherung Vertrauten bekannt, wenn es hierzu auch keine aktuellen und gesicherten Zahlen gibt⁵⁰¹.

Die Zeitdauer ergibt sich bei allem Bemühen seitens der Unfallversicherungsträger um Verfahrensbeschleunigung schon aus den zahlreichen, zum Teil aufeinander aufbauend Schritten zur Ermittlung des Sachverhaltes⁵⁰². Die Wesentlichen und in der Regel unverzichtbaren sind:

- Einholung von Auskünften des Versicherten,
- Einholung von Auskünften des oder der Unternehmen, bei denen der Versicherte beschäftigt und ggf. der schädigenden Einwirkung ausgesetzt war,
- Einholung einer Stellungnahme des technischen Aufsichtsdienstes des Unfallversicherungsträgers,
- Beiziehung von Unterlagen der Krankenkasse des Versicherten, zumindest dessen Vorerkrankungsverzeichnis,
- Einholung von Befundberichten sowie Beiziehung weiterer Unterlagen der den Versicherten behandelnden Ärzte und anderer Stellen (z.B. Rentenversicherungsträger),
- Einholung eines medizinischen Gutachtens zur Klärung des Zusammenhangs zwischen Einwirkung und Erkrankung, des objektiven Unterlassungszwangs, ggf. der Minderung der Erwerbsfähigkeit,

⁵⁰⁰ Keller, SozVers 1995, 265, 268.

⁵⁰¹ Vgl. BK-Dok `99, die keine entsprechende Tabelle enthält; nur für die Jahre 1978 bis 1982 gibt es in der Anlage 4 der BT-Drs 11/6445, S. 67 f. Angaben, die fast durchweg eine mittlere Dauer von über einem Jahr und in Anerkennungsfällen eher noch länger ausweisen.

⁵⁰² Vgl. auch Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 36.

- Beteiligung der für den Arbeitsschutz zuständigen staatlichen Stelle (i.d.R. der Landesgewerbeamt) gemäß § 4 BKV.

Weitere Schritte können hinzukommen und auch die Beteiligungsrechte der Versicherten, insbesondere das Teilnahmerecht an der Untersuchung des Versicherungsfalles, wenn diese am Arbeitsplatz durchgeführt wird (§ 103 Abs. 2 SGB VII), und ihr Recht zur Gutachterausswahl (§ 200 Abs. 2 SGB VII) kosten Zeit⁵⁰³.

In dieser Zwischenzeit haben die Versicherten, vorbehaltlich einer in der Praxis nicht relevanten und im Zweifel aber nach den üblichen Regeln zu behandelnden Zusicherung gemäß § 34 SGB X, keine gesicherte Rechtsposition.

a) Sonderproblem: Wiederaufnahme einer gefährdenden Tätigkeit in der Zwischenzeit

Nimmt der Versicherte in dieser Zwischenzeit die alte gefährdende Tätigkeit wieder auf, was gar nicht so selten vorkommt, weil viele Versicherte häufig keine entsprechende alternative Erwerbsmöglichkeit sehen, oder nimmt er in der Zwischenzeit eine neue gefährdende Tätigkeit auf, so stellt sich die Frage, ob überhaupt ein endgültiges Unterlassen vorlag und die Voraussetzungen für die Anerkennung einer BK mit Unterlassungszwang gegeben waren.

Sind die Voraussetzungen für die BK-Anerkennung nicht mehr gegeben und erfährt der Unfallversicherungsträger hiervon rechtzeitig, wird in der Literatur⁵⁰⁴ vertreten, dass ein Bescheid über die BK-Anerkennung erst ergehen darf, wenn die alte wiederaufgenommene bzw. die neue gefährdende Tätigkeit wieder unterlassen wurde. Denn bei rückschauender Betrachtung liege kein Versicherungsfall vor, da der Tatbestand des Unterlassens aller gefährdenden Tätigkeiten nicht vollendet sei.

⁵⁰³ Zu Verstößen vgl. Ricke, NZS 2002, 357 ff.

⁵⁰⁴ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3; Mehrtens, SozVers 1978, 151, 153; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 865.

Dies berücksichtigt nicht, dass der Versicherungsfall zunächst eingetreten war, eine Anerkennung eigentlich hätte erfolgen müssen und nur aufgrund der objektiv für die notwendigen Feststellungen benötigten Zeit nicht erfolgte. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass durch die zwischenzeitliche Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit die Voraussetzungen für die Anerkennung der BK ab diesem Zeitpunkt nicht mehr bestehen. Denkbar wäre es, für die Zeit zwischen dem Unterlassen und der Wiederaufnahme der alten oder einer neuen gefährdenden Tätigkeit die BK vorübergehend anzuerkennen, entsprechende Leistungen zu gewähren und für die Zukunft eine Anerkennung abzulehnen⁵⁰⁵. Insbesondere wenn die alte gefährdende Tätigkeit wiederaufgenommen wird, vermag der Vorschlag der vorübergehenden BK-Anerkennung in der Praxis ggf. wenig zu überzeugen. Die Alternative könnte aber nur sein, aufgrund der erneuten Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit die Endgültigkeit des tatsächlichen Unterlassens und damit das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang und den Eintritt des Versicherungsfalls überhaupt in Frage zu stellen bzw. zu verneinen⁵⁰⁶.

Angesichts des sehr stark an objektiven Voraussetzungen, wie objektivem Zwang und tatsächlichem Unterlassen, ausgerichteten Unterlassungszwangs sollte in einem solchen Fall versucht werden, aufgrund der vorliegenden Erklärungen und des bisherigen Verhaltens der Versicherten durch eine objektiv rückschauende Betrachtungsweise festzustellen, ob zunächst ein endgültiges Unterlassen vorlag, das dann ggf. aus bestimmten Gründen aufgegeben wurde. Dies würde für eine vorübergehende Anerkennung sprechen. Andernfalls und für die Zukunft aufgrund der erneuten Ausübung einer gefährdenden Tätigkeit wäre sowieso eine Anerkennung der BK bis zur erneuten, endgültigen Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit abzulehnen.

An der objektiven, die Anerkennung einer BK mit Unterlassungszwang in der Regel ausschließenden Tatsache, Ausübung einer gefährdenden Tätigkeiten, ändert auch der Umstand, dass diese neue gefährdende Tätigkeiten aufgrund einer Empfehlung des Unfallversicherungsträgers oder ähnlicher Stellen aufgenommen wur-

⁵⁰⁵ Ebenso: Benz, SGB 1996, 526, 529; Keller, SozVers 1995, 265, 268.

⁵⁰⁶ So wohl auch die Auffassung von Mehrtens, SozVers 1978, 151, 153.

de⁵⁰⁷, nichts. Ob und inwieweit der besondere Umstand einer Empfehlung zu einer von der Regel abweichenden Ausnahme führt, wird später erörtert⁵⁰⁸.

b) Folgeproblem: Ein oder zwei Versicherungsfälle ?

Die vorübergehende Anerkennung einer BK zieht folgendes weitere Problem nach sich: Gibt der Versicherte, nachdem er eine neue gefährdende Tätigkeit begonnen hatte, diese zu einem späteren Zeitpunkt wegen einer Krankheitsverschlimmerung oder eines Rezidivs auf, stellt sich die **Frage, ob ein zweiter Versicherungsfall** ausgelöst wird oder der alte wiederauflebt.

Das BSG hat in einer älteren Entscheidung vom 13.05.1966⁵⁰⁹ zur heutigen BK Nr. 2102 Meniskusschäden es als rechtlich ohne Bedeutung angesehen, dass - medizinisch gesehen - beide Erkrankungsfälle des Versicherten auf einer einheitlichen Grundkrankheit bzw. Systemerkrankung beruhten. In der gesetzlichen Unfallversicherung könnten genauso wie in der gesetzlichen Krankenversicherung bei chronischen Krankheiten verschiedene Krankheitsfälle nacheinander vorliegen, obwohl es sich medizinisch um dieselbe Krankheit handele, wenn zwischen der Beendigung des einen Krankheitsfalls, d.h. nach Fortfall der Behandlungsbedürftigkeit und der krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, und der neuen Erkrankung ein zeitlicher Zwischenraum liege, in dem weder Behandlungsbedürftigkeit notwendig war noch Arbeitsunfähigkeit vorlag. In der Entscheidung vom 19.06.1975 hingegen hat das BSG⁵¹⁰ spätere Erkrankungen lediglich als Rückfälle der früher erworbenen Krankheit angesehen, da diese eine Überempfindlichkeit der Haut zurückgelassen habe.

Nach Koch⁵¹¹ führen mehrere Krankheitsschübe nach gleicher Einwirkung nur zu einer BK. Wenn es bei chronischen Krankheiten zu wiederholten Krankheitsschü-

⁵⁰⁷ Vgl. BSGE 40, 66 ff. (Fall des hautkranken Fliesenlegers in der Metallindustrie).

⁵⁰⁸ Zur Lösung siehe S. 182 ff.

⁵⁰⁹ BSG SozR Nr 4 zu 3. BKVO § 3 = Breith. 1967, 112.

⁵¹⁰ BSGE 40, 66, 69.

⁵¹¹ Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 28.

ben komme, die immer wieder nacheinander Heilbehandlungszeiten verursachten, handle es sich medizinisch gesehen um dieselbe Krankheit. Unzweifelhaft lägen verschiedene Krankheitsfälle i.S. der gesetzlichen Krankenversicherung vor, wenn nach Fortfall der Notwendigkeit ärztlicher Behandlung oder nach Ende der Arbeitsunfähigkeit, die durch den regelwidrigen Zustand verursacht worden sei, auch nur kurze krankheitsfreie Zwischenräume liegen. Unfallversicherungsrechtlich seien diese gleichartigen Krankheitsschübe nach derselben Einwirkung als fortgesetzte Leistungsfälle desselben Versicherungsfalls anzusehen. Zu prüfen sei aber, ob durch einen neuen Krankheitsschub eine Verschlimmerung der BK oder erstmals Rentenansprüche begründet werden.

Andere Stimmen in der Literatur⁵¹² sind der Auffassung, wenn Versicherte mit einer berufsbedingten Hautkrankheit (BK Nr. 5101) nach erneuter Aufnahme einer hautgefährdenden Tätigkeit in ähnlicher Weise erkranken wie vor der erstmaligen Aufgabe der schädigenden Arbeit und die alte berufsbedingte Sensibilisierung und Überempfindlichkeit die allein wesentliche Ursache des Rezidivs ist, dann komme nur ein Wiederaufleben des früheren Versicherungsfalls in Betracht. Es handle sich aber um eine neue Krankheit und einen neuen Versicherungsfall, wenn die frühere Erkrankung völlig abgeheilt war, keinerlei Überempfindlichkeiten zurückgelassen habe oder ein erheblicher Zeitraum, in dem weder eine Heilbehandlung erforderlich war noch eine Arbeitsunfähigkeit wegen der früheren Erkrankung eintrat, vergangen sei.

Die praktischen Auswirkungen der Entscheidung ein, zwei oder ggf. noch mehr Versicherungsfälle liegen auf der Hand: Sie betreffen vor allem den Jahresarbeitsverdienst und ggf. den zuständigen Unfallversicherungsträger⁵¹³.

Trotz des theoretisch richtigen Ansatzpunktes des BSG in der älteren Entscheidung muss gesehen werden, dass diese nur umsetzbar ist, wenn die verschiede-

⁵¹² Mehrtens, BG 1977, 472, 475 f.; Keller, SozVers 1995, 265, 268; ähnlich Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 51.

⁵¹³ Siehe S. 61.

nen Krankheitsfälle deutlich von einander abgrenzbar sind⁵¹⁴ und es sich um mehrere Versicherungsfälle handelt. Ist dies insbesondere medizinisch nicht möglich, so führt der Verweis auf mehrere theoretische Versicherungsfälle ins Leere, weil der praktische Umgang mit ihnen, die Abgrenzung der verschiedenen BK-Folgen, die Schätzung der jeweiligen MdE nicht möglich ist. Derartige Abgrenzungsversuche sind im Kern auch der Hintergrund für die obige differenzierte Literaturmeinung. Ist eine Abgrenzung der zwei theoretischen Versicherungsfälle nicht möglich, wie z.B. bei einer Hauterkrankung, so sollte entsprechend dem Vorschlag von Koch von einer BK und einem Versicherungsfall, aber mehreren Leistungsfällen ausgegangen werden. Hierfür spricht auch die in der Zuständigkeitsregel für BKen in § 134 SGB VII zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers bei Einwirkungen in mehreren Unternehmen, für die verschiedene Unfallversicherungsträger zuständig sind, nur von einer BK und einem zuständigen Unfallversicherungsträger auszugehen.

2. Nach Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides

In dieser Situation kommen aufgrund der Wirksamkeit und Bestandskraft des Bescheides als Änderungsmöglichkeit zu Lasten des Versicherten vornehmlich eine Rücknahme gemäß § 45 SGB X wegen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes von Anfang an oder eine Aufhebung gemäß § 48 SGB X wegen wesentlicher Änderung in den Verhältnissen in Betracht, auf keinen Fall aber ein automatischer Wegfall der BK-Anerkennung bei Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit⁵¹⁵.

a) Rücknahme gemäß § 45 SGB X

Bei dieser muss neben den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Voraussetzungen des SGB X vor allem der ursprünglich die BK anerkennende Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sein. Rechtswidrig bedeutet, dass eine der o-

⁵¹⁴ Siehe dazu die medizinischen Grundbegriffe S. 95.

ben erörterten Voraussetzungen für die BK-Anerkennung entgegen den Feststellungen bei Erlass des Anerkennungs-Bescheides nicht gegeben war, die getroffene Entscheidung also falsch war. Z.B. kann die ärztliche Beurteilung in dem entscheidenden Gutachten über den objektiven Zwang zum Unterlassen falsch sein oder die Stellungnahme des technischen Aufsichtsdienstes über die Vermeidungsmöglichkeiten.

Dies ist aber keine Besonderheit des Unterlassungszwangs, es gelten die allgemeinen Regeln. Hinzuweisen ist insbesondere auf die Vertrauensschutzregelungen in § 45 Abs. 2 SGB X. Danach hat zwischen dem Vertrauen des Begünstigten und den öffentlichen Interessen eine Abwägung zu erfolgen und das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann; es sei denn, der Verwaltungsakt beruht auf einer Täuschung usw. des Begünstigten bzw. er kannte dessen Rechtswidrigkeit.

b) Aufhebung gemäß § 48 SGB X

aa) Grundlagen

Zunächst ist auf den Grundsatz zu verweisen, dass, wenn der Versicherungsfall einmal eingetreten ist, spätere Ereignisse, wie auch sonst in der gesetzlichen Unfallversicherung, den Entschädigungsanspruch grundsätzlich unberührt lassen⁵¹⁶. Bei (Wieder)-Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeiten ist jedoch eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen gemäß § 48 SGB X zu prüfen⁵¹⁷. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X lautet: Soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die

⁵¹⁵ Keller, SozVers 1995, 265, 268.

⁵¹⁶ Siehe S. 43; BSGE 40, 146, 148 = BSG SozR 5677 § 3 7. BKVO Nr 1 (Herzerkrankung nach Tätigkeitsaufgabe); BSG SozR 2200 § 622 RVO Nr 15; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 210; Koch in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 35 Rn. 45; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Anm. 27.2.

beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

Wesentliche Änderungen in den Verhältnissen sind Änderungen, die rechtserheblich sind und eine Grundlage für den ergangenen Bescheid entfallen lassen oder die die Voraussetzungen für neue oder weitergehende Ansprüche oder Feststellung beinhalten⁵¹⁸. Im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung ist dies z.B. der Wegfall oder das Hinzukommen von Unfallfolgen sowie deren Verbesserung oder Verschlimmerung und die höhere oder niedrigere Bewertung der MdE um mehr als 5 v.H. mit den entsprechenden Auswirkungen auf die Verletztenrente, die bei Dauerrenten länger als drei Monate andauern muss (vgl. § 73 Abs. 3 SGB VII).

„Ursächlich sein können“ beim Unterlassungszwang bedeutet, dass der Versicherte auch für die Zukunft alle gefährdenden Tätigkeiten unterlässt, um Verschlimmerungen oder Rückfälle zu vermeiden⁵¹⁹. Auf § 48 SGB X übertragen bedeutet dies: Die Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit ist eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen, weil damit kein dauerhaftes Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten mehr vorliegt und eine BK-Voraussetzung bei einer BK mit Unterlassungszwang entfällt⁵²⁰.

bb) Fallkonstellationen

(1) Hat der Versicherte von sich aus eine nach seiner Ansicht ungefährliche Beschäftigung aufgenommen, die sich nach rechtskräftiger Feststellung der Rente als gefährdend erweist und die er trotzdem weiter ausübt, so wird die Entziehung der Rente durch Bescheid mit konstitutiver Wirkung für die Zukunft auf we-

⁵¹⁷ Damit die Versicherten hiervon nicht überrascht werden, empfiehlt sich im Rentenbescheid der Hinweis, dass die Wiederaufnahme einer gefährdenden Tätigkeit zur Entziehung der Rente führen kann (vgl. Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10).

⁵¹⁸ Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB X, § 48 Rn. 4, 5; Steinwedel in: Kasseler Kommentar, SGB X, § 48 Rn. 13 ff.

⁵¹⁹ Siehe S. 108; Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3.

⁵²⁰ Benz SGB 1996, 526, 529; Keller SozVers 1995, 264, 268; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 204; Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 13.

nig Bedenken stoßen. Wenn die gefährdende Tätigkeit bei der Rentenfeststellung noch nicht aufgenommen war oder zu der Tätigkeit später neue gefährdende Stoffe hinzugetreten sind, liegt eine „wesentliche Änderung der Verhältnisse“ vor: Das Abweichen von einem nur gedachten Geschehensablauf, dem künftigen Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten⁵²¹.

(2) Wusste der Unfallversicherungsträger bei Erlass des Verwaltungsakt bereits **von der neuen gefährdenden Tätigkeit**, wurde jedoch die Gefährdung erst später erkannt, so haben sich die objektiven Verhältnisse nicht geändert, sondern unter Umständen die für die ursprüngliche BK-Anerkennung nicht ausreichende medizinische Beurteilung. Ein Vorgehen gemäß § 48 SGB X scheidet mangels Änderung in den Verhältnissen aus, möglich ist nur eine Anwendung des § 45 SGB X. Im Übrigen muss der Zustand, der mit dem anerkannten Versicherungsfall verknüpft ist, weiter entschädigt werden, solange er andauert⁵²².

Entsprechendes gilt in Fällen ähnlich dem des hautkranken Fliesenlegers, der auf Anraten des Unfallversicherungsträgers usw. eine Stelle in der Metallindustrie antrat, die auch hautgefährdend war⁵²³: Je nachdem, ob die Stelle vor oder nach dem BK-Anerkennungsbescheid angetreten wurde, war dieser von Anfang falsch (Fall des § 45 SGB X) oder es lag eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen vor (Fall des § 48 SGB X). War der Bescheid von Anfang an falsch, kann der Unfallversicherungsträger nur unter Berücksichtigung der speziellen Vertrauensschutzregelungen des § 45 Abs. SGB X diesen für die Vergangenheit oder Zukunft aufheben. Erfolgte die Aufnahme der zwar anempfohlenen, aber trotzdem gefährdenden Tätigkeit erst nach dem BK-Anerkennungsbescheid wäre § 48 SGB X anzuwenden, der für die Zukunft keine Vertrauensschutzregelung enthält, sondern schlicht eine Aufhebung anordnet (vgl. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X: „ist .. aufzuheben“). Auch diese Gegenüberstellung der zwei Fallvarianten spricht für eine einheitliche Lösung, die im Rahmen der Ausnahmefälle zu erörtern ist⁵²⁴.

⁵²¹ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. S. 865.

⁵²² Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.3; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 865 f.

⁵²³ Vgl. BSGE 40, 66 ff.

⁵²⁴ Siehe S. 182 ff.; im Ergebnis ebenso: Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2, 27.3; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 865.

(3) Bedenken gegen eine Aufhebung des BK-Anerkennungs- und Rentenbescheides bestehen ebenfalls, wenn es sich um eine **nur vorübergehende Tätigkeit** handelt: Denn bei einer Dauerrente muss eine Änderung der Erwerbsfähigkeit länger als drei Monate andauern, um wesentlich zu sein (vgl. § 73 Abs. 3 SGB VII). Es ergeben sich ähnliche Probleme wie bei der Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit vor dem BK-Anerkennungsbescheid und die Lösung kann nur entsprechend sein. Mit dem BSG⁵²⁵, das einen vergleichbaren Fall zur alten Rechtslage zu entscheiden hatte, ist, abgesehen von möglichen Auswirkungen auf die Krankheit, eine vorübergehende Tätigkeit bis zu drei Monaten für die gewährte Dauerrente unschädlich. Eine längere führt zu einer wesentlichen Änderung in den Verhältnissen mit allen Auswirkungen gemäß § 48 SGB X. Für diese Lösung mit einer gewissen Mindestdauer der gefährdenden Tätigkeit spricht neben dem Gedanken des § 73 SGB VII vor allem auch, dass es oft zu Beginn einer neuen Tätigkeit nicht klar sein wird, ob sie gefährdend ist oder nicht.

(4) Ob die Rente auch gemäß § 48 SGB X entzogen werden kann, wenn der Versicherte wegen **Umgestaltung des Arbeitsplatzes** auf ungefährliche Arbeitsstoffen imstande ist, seine frühere Tätigkeit wieder auszuüben⁵²⁶, dürfte ein mehr hypothetisches Problem sein, zumal der Unfallversicherungsträger für die ihm günstige Entziehung der BK-Anerkennung die Beweislast trägt. Im Übrigen ändert die Umgestaltung des Arbeitsplatzes nichts an der einmal erfolgten Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit, der nun im Nachhinein nicht der objektive Zwang zum Unterlassen „entzogen“ werden kann. Die Fortdauer des objektiven Zwangs zur Aufgabe der ehemals ausgeübten, konkreten gefährdenden Tätigkeit setzt der Unterlassungszwang nicht voraus, sondern nur das dauerhafte Unterlassen einer Aufnahme von gefährdenden Tätigkeiten allgemein. Eine Rentenentziehung scheidet also aus.

(5) **Keine wesentliche Änderung** in den Verhältnissen liegt vor:

- Wenn der Versicherte später an einem Leiden erkrankt, das ihn auch zur Auf-

⁵²⁵ BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80.

gabe der Tätigkeit gezwungen hätte⁵²⁷: Denn hypothetische Ursachen und Kausalverläufe haben im Kausalitätsrecht der gesetzlichen Unfallversicherung außer Betracht zu bleiben⁵²⁸. Hat eine beruflich erworbene Erkrankung, die das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit zu ihrer Anerkennung als BK voraussetzt, zur Aufgabe dieser Tätigkeit gezwungen, so sind andere Gründe, die später zu demselben Ergebnis führen, rechtlich unerheblich. Zudem setzt die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit nur voraus, dass objektiv die gefährdende Tätigkeit aufgegeben wurde. Ein Ursachenzusammenhang zwischen der Erkrankung und der effektiven Tätigkeitsaufgabe ist nicht erforderlich; ebensowenig kommt es auf die subjektiven Gründe des Versicherten für die Tätigkeitsaufgabe an⁵²⁹.

- Wenn der Versicherte nach Aufgabe der Tätigkeit Altersrentner wird⁵³⁰: Denn die altersbedingte Aufgabe der Erwerbstätigkeit ist keine wesentliche Änderung in den Verhältnissen gemäß § 48 SGB X, die eine Entziehung der Verletztenrente rechtfertigt⁵³¹. Dies gilt auch bei BKEn, bei denen die Aufgabe der beruflichen Beschäftigung - so der frühere Wortlaut des Unterlassungszwangs - Voraussetzung für die Anerkennung ist, zumal auch in allen anderen Fällen mit dem Ausscheiden aus dem Berufsleben die berufliche Betroffenheit zu Ende ist⁵³².
- Wenn der Versicherte eine sozial und wirtschaftlich gleichwertige Betätigungs- und Verdienstmöglichkeit erlangt: Denn die Schadensbemessung in der gesetzlichen Unfallversicherung ist „abstrakt“, und die Höhe der MdE richtet sich alleine nach der Schwere des noch vorhandenen Krankheitsbildes und dem Umfang der dadurch dem Erkrankten verschlossenen Arbeitsmöglichkeiten auf dem Gesamtgebiet des Erwerbslebens⁵³³. Eine wesentliche Änderung setzt daher eine Änderung in den gesundheitlichen Verhältnissen und in der Einschränkung der Arbeitsmöglichkeiten voraus. Eine Ausnahme kann nur bestehen, wenn die MdE unter Berücksichtigung eines besonderen beruflichen Be-

⁵²⁶ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10 f.

⁵²⁷ BSGE 40, 146, 148 = BSG SozR 5677 § 3 7. BKVO Nr 1; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 210; Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2.

⁵²⁸ Siehe S. 43 m.w.N.

⁵²⁹ Siehe S. 130; BSG SozR 5676 Anl Nr 46 6. BKVO Nr 4.

⁵³⁰ BSG SozR 2200 § 622 RVO Nr 15; Koch: in Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 210.

⁵³¹ BSG SozR 5676 Anl Nr 46 6. BKVO Nr 4 m.w.N.

⁵³² BSG SozR 5676 Anl Nr 46 6. BKVO Nr 4.

⁵³³ Siehe S. 142 ff.

troffenseins gemäß § 56 Abs. 2 S. 3 SGB VII höher festgesetzt wurde⁵³⁴.

cc) Zeitpunkt der Aufhebung

Des Weiteren ist zu klären, **ab wann** der BK-Anerkennungsbescheid **aufzuheben** ist. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X geht als Normalfall von der Aufhebung für die Zukunft aus, also ab dem Erlass des Aufhebungsbescheides und ohne Ermessen: „ist .. aufzuheben“).

Hat der Versicherte die gefährdende Tätigkeit aber schon länger ausgeübt, ohne dass der Unfallversicherungsträger dies wusste, stellt sich die Frage nach einer Aufhebung für die Vergangenheit, die in § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X an erhöhte Voraussetzungen geknüpft ist. Denkbar ist insbesondere eine Aufhebung nach dessen Nr. 2, wenn der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist, oder der Nr. 4, wenn der Betroffene wusste oder nicht wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen oder ganz oder teilweise weggefallen ist.

Beide Alternativen setzen neben den üblichen Voraussetzungen des § 48 SGB X voraus, dass dem Versicherten mit dem BK-Anerkennungsbescheid mitgeteilt wurde, dass die Aufnahme einer gefährdenden Tätigkeit gemäß § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB I zu melden ist⁵³⁵ und dass dies den Anspruch auf Anerkennung der BK und Zahlung einer Verletztenrente zum Wegfall bringt. Darüber hinaus muss der Versicherte zumindest grob fahrlässig nicht erkannt haben, dass es sich überhaupt um eine gefährdende Tätigkeit handelt⁵³⁶.

⁵³⁴ Mehrtens / Perlebach, E § 48 SGB X Rn. 4.4.; siehe auch S. 144.

⁵³⁵ Siehe den Hinweis in der Fußnote auf S. 154.

⁵³⁶ Benz, SGB 1996, 526, 529.

geschützten Bereich könne sich als **Mitwirkungspflicht** des Erkrankten bei Durchführung einer Maßnahme der medizinischen Rehabilitation darstellen. Soweit in diesen Fällen z.B. die Hauterkrankung durch das Verhalten des Versicherten fortbesteht, wiederauflebt oder sich verschlimmert, könnten Entschädigungsleistungen gemäß § 66 Abs. 2, 3 SGB I versagt bzw. entzogen werden⁵⁴¹.

Dies ist in bestimmten Fallgestaltungen in Verbindung mit §§ 63, 65 SGB I theoretisch sicherlich möglich. Auch in der BSG-Entscheidung vom 25.02.1976⁵⁴² zu der Landwirtin, die den Hof verlassen sollte, ist dieses Problem schon angeklungen, das BSG hat aber auf die nach der damaligen Rechtslage auch schon erforderlichen Zumutbarkeit der entsprechenden Maßnahmen hingewiesen (§ 624 Abs. 2 RVO a.F., heute § 65 SGB I). Darüber hinaus dürfte die Durchführung eines derartigen Verfahrens bis letztlich zur Rentenentziehung in der Praxis zahlreiche Probleme aufwerfen. Denn die objektive Beweislast für die Voraussetzungen der Entziehung liegt bei dem Unfallversicherungsträger, weil er einen Vorteil davon hat⁵⁴³, und aus dem Gutachten bzw. der gewerbeärztlichen Stellungnahme müsste sich nachvollziehbar ergeben, ob und in welchem Umfang die Hauterkrankung durch außerberufliche Belastungen unterhalten wird und inwieweit hierin eine mangelnde Mitwirkung hinsichtlich der Heilbehandlung gemäß § 63 SGB I liegt⁵⁴⁴.

c) Die außerberufliche nachteilige Beeinflussung einer Hauterkrankung könne nach den **Grundsätzen der selbstgeschaffenen Gefahr** von der Entschädigung auszunehmen sein⁵⁴⁵.

Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass verbotswidriges Handeln sogar während der versicherten Tätigkeit den Versicherungsschutz nicht ausschließt (§ 7 Abs. 2 SGB VII) und die Möglichkeit, die Leistungen aufgrund des Verhaltens der Versicherten zu mindern oder auszuschließen, ein rechtskräftig strafgerichtlich ab-

⁵⁴¹ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.4; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 866.

⁵⁴² BSGE 41, 211.

⁵⁴³ Vgl. nur: BSGE 6, 70, 72; Meyer-Ladewig, § 103 Rn. 19a m.w.N.

⁵⁴⁴ Vgl. Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.4; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 866.

⁵⁴⁵ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.4; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 866.

geurteiltes Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen voraussetzt (§ 101 Abs. 2 SGB VII). Im Hinblick darauf hat das BSG den Begriff der sog. selbstgeschaffenen Gefahr stets eng ausgelegt und nur mit größter Vorsicht gehandhabt⁵⁴⁶. Nur eine aus betriebsfremden Motiven selbstgeschaffene Gefahr kann den Zusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Unfall ausschließen⁵⁴⁷. Damit wird der Begriff der selbstgeschaffenen Gefahr in der gesetzlichen Unfallversicherung nur bedeutsam bei der Prüfung des Zusammenhangs zwischen versicherter Tätigkeit und Unfallereignis. Wird die selbstgeschaffene Gefahr wesentlich allein von den eigenwirtschaftlichen Zwecken bestimmt, so erlangen diese Zwecke für den Unfall die allein wesentliche Bedeutung, so dass es an dem inneren Zusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Unfall fehlt⁵⁴⁸. Praktische Relevanz haben diese Fragen vor allem bei Unfällen im Straßenverkehr, wenn diese durch ein verkehrswidriges Verhalten des Versicherten verursacht wurden. Aber auch ein rücksichtsloses oder grob verkehrswidriges Verhalten führt nicht zum Verlust des Versicherungsschutzes, wenn damit das Ziel (Handlungstendenz !) verfolgt wird, einen versicherten Weg zurückzulegen. Daran fehlt es z.B. bei der Veranstaltung eines Wettrennens, nicht aber unbedingt bei grob verkehrswidrigem Verhalten⁵⁴⁹.

Schon diese Darlegungen zum Anwendungsgebiet der selbstgeschaffenen Gefahr zeigen, dass diese Rechtsfigur keinerlei Auswirkungen auf die Ausübung gefährdender Tätigkeiten im privaten Bereich hat. Im Übrigen schließt sich der Kreis zu den oben unter a) herausgearbeiteten Grundsätzen der Theorie der wesentlichen Bedingung und deren Anwendung auf private, gefährdende Tätigkeiten: Die private, gefährdende Tätigkeit müsste die allein wesentliche Ursache für die Fortdauer der Erkrankung sein, um die ursprüngliche, versicherte berufliche Verursachung zu verdrängen.

⁵⁴⁶ Vgl. BSGE 6, 164 169; BSGE 42, 129, 133; BSG Breithaupt 1966, 834, 835; BSG SozR 2200 § 548 Nr. 93; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 8 Rn. 171 „Gefahr“.

⁵⁴⁷ BSG SozR 2200 § 548 Nr. 60, 93; BSG SozR 2200 § 550 Nr. 73.

⁵⁴⁸ Vgl. BSG SozR 2200 § 548 Nr. 93: Sonnen des Beifahrers auf dem Laufsteg eines Tanklastzuges während der Fahrt.

Zusammenfassend ist hinsichtlich der zukünftigen Entwicklungen festzustellen:

Es muss zwischen der Rechtslage vor und nach der Bekanntgabe des BK-Anerkennungsbescheides unterschieden werden:

- Vorher haben die Versicherten keine gesicherte Rechtsposition. Wenn sie nach Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit erneut eine gefährdende Tätigkeit aufnehmen, können sie nur Anspruch auf die Anerkennung der BK und die Gewährung entsprechender Leistungen für die Zwischenzeit haben.
- Nachher sind aufgrund der Wirksamkeit und Bestandskraft des Bescheides Änderungen zu Lasten des Versicherten nur noch gemäß § 45 SGB X wegen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes von Anfang oder gemäß § 48 SGB X wegen wesentlicher Änderung in den Verhältnissen möglich.

Die Ausübung privater, gefährdender Tätigkeiten ist i.d.R. ohne Auswirkung auf die BK-Anerkennung, nicht aber die von gewerblichen, gefährdenden Tätigkeiten.

⁵⁴⁹ Bejahung des Versicherungsschutzes: BSG SozR 3-2200 § 550 RVO Nr 21: fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung; BSG SozR 3-2700 § 8 Nr 10: vorsätzliche Straßenverkehrsgefährdung in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung.

X. Ausnahmen vom tatsächlichen Unterlassen ?

Wie schon wiederholt angesprochen hat das **BSG** in ständiger Rechtsprechung Ausnahmen von dem Erfordernis des tatsächlichen Unterlassens der gefährdenden Tätigkeit(en) beim Vorliegen „triftiger Gründe“ zugelassen⁵⁵⁰, die aber in der Literatur umstritten sind⁵⁵¹.

1. Ausnahmen in der Rechtsprechung

Das BSG hat als solche triftigen Gründe anerkannt:

- zwingende persönliche und familiäre Gründe, z.B. mit einem Wohnungswechsel verbundene Trennung vom Ehepartner und Familie⁵⁵²,
- die Schwere der Erkrankung mit einer MdE von 30 v.H., selbst wenn der Versicherte seine Tätigkeiten fortsetzt, aber unter Bedingungen die eine weitere Schädigung ausschließen⁵⁵³,
- die soziale und wirtschaftliche Lage des Erkrankten⁵⁵⁴, z.B. Gefährdung des Unterhalts der Familie durch das Risiko der Arbeitslosigkeit bei passivem Verhalten des Unfallversicherungsträgers⁵⁵⁵,
- unabweisbare Erfordernisse des Unternehmens⁵⁵⁶,
- Vertrauensschutz des Versicherten wegen einer Empfehlung des Unfallversicherungsträgers, Gewerbearztes oder einer sonstigen verantwortlichen Stelle in

⁵⁵⁰ Seit den Entscheidungen v. 30.10.1959: BSGE 10, 286, 291 und SGb 1960, 212, 213 mit zust. Anm. Schieckel; BSG, BG 1967, 358, 359; BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80; BSG v. 20.10.1983 - 2 RU 70/82; zuletzt: BSG v. 19.12.1996 - 2 BU 253/96.

⁵⁵¹ Tendenziell dagegen: Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10; Pöhl, BG 2000, 475, 477; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 17; Benz, SGb 1996, 526, 529; eher zustimmend: Keller, SozVers 1995, 264, 268; Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35a.

⁵⁵² Bejaht in: BSGE 41, 211 (Fall der Landwirtin, die Hof und Familie verlassen soll); offengelassen: BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 41 7. BKVO Nr 2 (Fall der eine Umschulung ablehnenden Krankenschwester).

⁵⁵³ BSG v. 26.03.1986 - 2 RU 3/85 (Lagerarbeiter-Fall).

⁵⁵⁴ BSGE 10, 286, 291 (Fall des Malers und Familienvaters); BSG, SGb 1960, 212, 213 (Fall des Gärtners mit Blumenallergie).

⁵⁵⁵ BSGE 10, 286, 291 (Fall des Malers und Familienvaters).

⁵⁵⁶ BSGE 10, 286, 291; BSG, SGb 1960, 212, 213.

- eine neue Tätigkeit, die sich im Nachhinein als gefährdend herausstellt⁵⁵⁷,
- sonstiges Verhalten des Unfallversicherungsträgers⁵⁵⁸, z.B. passives Verhalten des Unfallversicherungsträgers trotz Anfragen des Versicherten⁵⁵⁹.

Zur weiteren Begründung wird in vielen dieser konkreten Fallgestaltungen außerdem darauf hingewiesen, dass das Hinausschieben der Berufsaufgabe nur für eine Übergangszeit erfolge und dies dem Versicherten von dem Unfallversicherungsträger billigerweise nicht verweigert werden könne⁵⁶⁰.

2. Die Auffassungen in der Literatur

Die Stellungnahmen der Literatur zu diesen Ausnahmen sind geteilt.

a) Ein Teil stimmt der Rechtsprechung zu. So schrieb Schiekel in einer zustimmenden Anmerkung zu dem einen Urteil des BSG vom 30.10.1959 der Grundsatz der „Tätigkeitsaufgabe“ sei „in dieser schroffen Form mit den Realitäten des Lebens nicht in Einklang zu bringen“⁵⁶¹.

Eine **grundlegende verfassungsrechtliche Begründung** für diese Ausnahmen hat **Keller**⁵⁶² versucht, in dem er die Zumutbarkeit der Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten als zusätzliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal forderte. Ohne eine derartige Ausnahme würde z.B. im Fall des Lagerarbeiters ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vorliegen oder in dem der Landwirtin einer gegen den Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG. Andernfalls müsste aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Anwendung des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang im Falle der Unzumutbarkeit des Unterlas-

⁵⁵⁷ BSGE 40, 66, 72 (Fall des Fliesenlegers in der Metallindustrie).

⁵⁵⁸ BSG, BG 1967, 358, 359 (Modeatelier-Fall); BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80 (Italienischer Maurer-Fall), insbesondere S. 8.

⁵⁵⁹ BSG v. 30.10.1959 - 2 RU 5/58, BSGE 10, 286, 291 (Fall des Malers und Familienvaters).

⁵⁶⁰ BSG, SGb 1960, 212, 213 mit zustimmender Anm. von Schiekel; BSG, BG 1967, 358, 359; BSGE 41, 211; jüngst bestätigt: BSG v. 19.12.1996 - 2 BU 253/96.

⁵⁶¹ Schiekel in seiner zustimmenden Anm. zu BSG, SGb 1960, 212, 214; im Ergebnis ebenso Spinnarke, BG 1972, 103, 104.

sens als unzulässig betrachtet werden. Diese teilweise Verfassungswidrigkeit der jeweiligen BK-Bezeichnung werde vermieden, wenn die Zumutbarkeit des Unterlassens als zusätzliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Wege der teleologischen Reduktion den BKen mit Unterlassungszwang hinzugefügt werde. Die Zulässigkeit der Heranziehung eines Bürgers zu einer Pflicht habe die Rechtsprechung auch in anderen Bereichen des öffentlichen Rechts an die Voraussetzung geknüpft, dass die geforderte Handlung zumutbar ist, auch wenn die Zumutbarkeit keinen Niederschlag in der gesetzlichen Regelung gefunden hat⁵⁶³. Dies sei auf das Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang übertragbar und würde dem Willen des Verordnungsgebers nicht entgegenstehen, zumal dieser bei den zwischenzeitlichen Änderungen der BKVO die Entscheidungen des BSG aus 1959⁵⁶⁴ und 1967⁵⁶⁵ gekannt habe. Da der Verordnungsgeber zu diesen Fallgruppen keine Aussage gemacht habe, habe er zum Ausdruck gebracht, es in Kauf zu nehmen, dass das Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang von der Rechtsprechung ausnahmsweise aus Zumutbarkeitsgründen nicht angewandt werde.

b) Die Ausnahmen vom tatsächlichen Unterlassen ablehnenden Stimmen in der Literatur⁵⁶⁶ führen demgegenüber allgemein aus: Gegen Ausnahmen vom Unterlassungszwang selbst bei triftigen Gründen oder ein Hinausschieben für eine Übergangszeit spreche, dass der Erkrankte Rente bezieht und trotzdem seine gesundheitsgefährdende Tätigkeit ausübt und sich weitere Verschlimmerungen zuziehen kann. Dies widerspreche dem Sinn und Zweck der BKV und dem mit dem Unterlassungszwang verfolgten Präventionszweck. Zumal der durch das Unterlassen vorausgesetzte Schadenzustand noch nicht eingetreten und auch der maßgeblich Zeitpunkt zu vage sei.

⁵⁶² Keller, SozVers 1995, 264, 268.

⁵⁶³ Vgl. grundlegend: Bley, Die (Un)Zumutbarkeit als Sozialrechtsbegriff, S. 19 ff., der auf S. 46 ausdrücklich den Unterlassungszwang unter Hinweis auf die Entscheidungen des BSG in BSGE 10, 286 ff., BSGE 41, 211 ff. ggf. für unzumutbar hält.

⁵⁶⁴ BSGE 10, 286 ff.; BSG, SGB 1960, 212 ff.

⁵⁶⁵ BSG, BG 1967, 358 f.

⁵⁶⁶ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10; Pöhl, BG 2000, 475, 477; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 17.

Ausführlicher begründet hat Benz⁵⁶⁷ zur Rechtslage unter der RVO ausgeführt: Die Rechtsprechung des BSG beinhalte die Anwendung einer Härtefallklausel, die weder in der RVO noch der BKV vorgesehen sei. Der Gesetzgeber habe vielmehr in der gesetzlichen Unfallversicherung immer wieder Unzumutbarkeit oder Unbilligkeit *expressis verbis* angesprochen (vgl. §§ 563, 568 Abs. 4 Nr. 3, 577, 602 RVO). Die Leistungsverweigerung wegen einer nicht zumutbaren Unterlassung der gefährdenden Tätigkeiten verstoße auch nicht gegen den Gleichheitssatz. Man könne auch nicht von einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit sprechen. Auf die aus Gründen der Prävention vom Verordnungsgeber geforderte Unterlassung zu verzichten, beständen grundsätzliche Bedenken. Solange der Versicherte die gefährdenden Tätigkeiten nicht unterlassen habe, sei der Versicherungsfall noch nicht gegeben. Dass dem BSG bei seiner Rechtsprechung nicht ganz wohl sei, zeige die immer wiederkehrende Bemerkung, dass nur für eine Übergangszeit die Ausnahme vom Unterlassungszwang toleriert werde. Es handle sich um eine Rechtsfortbildung, die dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Unter Hinweis auf die zahlreichen Leistungen der Unfallversicherungsträger bei Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten bis zur beruflichen Rehabilitation und der Übergangsleistung gemäß § 3 Abs. 2 BKV verneint Benz das Vorliegen besonderer Härten, zumal diese gemäß § 569a Nr. 5, 563 RVO ggf. i.V.m. § 567 IV RVO beseitigt werden könnten. Auch der Fall des hautkranken Fliesenlegers in der Metallindustrie aus dem Urteil des BSG vom 19.06.1975 könne durch die Verneinung der groben Fahrlässigkeit i.S. des § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 oder 4 SGB X - keine Aufhebung für die Vergangenheit - befriedigend gelöst werden. Sofern noch keine Leistungsfestsetzung erfolgt sei, müsse der Gedanke des *venire contra factum proprium* die Berufung des Unfallversicherungsträgers auf die fehlende Unterlassung der gefährdenden Tätigkeiten ausschließen.

Gegen die Ausnahmefälle spricht nach Pöhl⁵⁶⁸ auch, dass sie letztlich auf Billigkeitserwägungen beruhen und zu einer Billigkeitshaftung führen würden. Für eine Billigkeitshaftung aus Gründen, die nicht aus der Unternehmensspäre stammten, gebe es keine Grundlage in der gesetzlichen Unfallversicherung, die letztlich auf

⁵⁶⁷ Benz, SGB 1996, 526, 529.

⁵⁶⁸ Pöhl, BG 2000, 475, 478.

der Fürsorgepflicht der Arbeitgeber beruhe und eine spezielle Form der Risikohaftung bei Tätigkeiten des Versicherten im Interesse des Arbeitgebers sei.

c) Weitere Gegenargumente werden in der neueren Literatur vor allem aus der **heutigen Regelung über BKen in § 9 SGB VII** hergeleitet. Nachdem jetzt in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII der Unterlassungszwang als mögliche einschränkende Voraussetzung in den BK-Tatbeständen ausdrücklich vorgesehen ist, könnten die dargestellten Ausnahmefälle grundsätzlich nicht mehr anerkannt werden. Es sei davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die oben zitierte Rechtsprechung, die eine Korrektur des Wortlauts darstellte, bekannt war. Der Gesetzgeber hätte daher eine entsprechende Ergänzung hinzufügen müssen, wenn weiterhin in den genannten Fällen trotz noch nicht erfolgter Unterlassung der gefährdenden Tätigkeit eine BK schon anerkannt werden sollte⁵⁶⁹. Dies gelte jedenfalls für die Fälle, in denen der Versicherte ausschließlich aus Gründen, die seiner persönlichen Sphäre zuzurechnen seien, die gefährdende Tätigkeit nicht aufgabe⁵⁷⁰.

Dafür spreche auch § 9 Abs. 4 SGB VII. Diese Vorschrift verpflichte den Unfallversicherungsträger zu einer verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen einer BK „dem Grunde nach“, wenn die Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten Voraussetzung für die Anerkennung sei, aber noch nicht vorliege. Damit wären die oben wiedergegebenen umfangreichen Ausnahmefälle nicht zu vereinbaren⁵⁷¹.

Aber auch ein Teil derjenigen, die grundsätzlich gegen Ausnahmen sind, bejahen diese in Ausnahmefällen, aber ohne eine entsprechende Begründung: Eine Ausnahme sei nur gerechtfertigt, wenn der Versicherte aufgrund fehlerhafter Beratung des Unfallversicherungsträgers oder des Staatlichen Landesgewerbearztes oder einer sonst zuständigen öffentlichen Stelle eine erneut gefährdende Tätigkeit aufgenommen habe, da dem Versicherten hieraus keine wirtschaftlichen Nachteile

⁵⁶⁹ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Pöhl, BG 2000, 475, 477; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 864.

⁵⁷⁰ Pöhl, BG 2000, S. 475, 477.

⁵⁷¹ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Pöhl, BG 2000, 475, 477 f.; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 864.

erwachsen dürften⁵⁷².

d) Demgegenüber meint **Krasney**⁵⁷³, die Auffassung, durch die gesetzliche Regelung der Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit in der Verordnungsermächtigung gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII sei die bisherige Rechtsprechung kritisch zu sehen, verkenne, dass diese gesetzlich Neuregelung nur die bisherige Rechtsprechung übernehmen wolle. Die Regelung des § 9 Abs. 4 SGB VII berühre entgegen der Auffassung von Pöhl dieses Problem überhaupt nicht. Auch die von Pöhl angeführte Fürsorgepflicht des Arbeitsgebers stehe dem nicht entgegen, denn es liege außerhalb der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn die schädigende Tätigkeit lediglich deshalb nicht aufgegeben werde, weil die Aufgabe für den Versicherten unzumutbar sei. Auch sei bei der Auslegung der Vorschrift der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Der Feststellung und Entschädigung einer BK stehe somit nicht entgegen, wenn die gefährdende Tätigkeit deshalb nicht aufgegeben wird, weil die Aufgabe für den Versicherten unzumutbar ist.

Dementsprechend hält Krasney⁵⁷⁴ auch zu § 9 SGB VII an der bisherigen Rechtsprechung fest und führt aus: Unzumutbar ist die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit, wenn Versicherte im Einzelfall aus triftigen Gründen

- wegen der wirtschaftlichen Lage oder
 - des Verhaltens des Unfallversicherungsträgers oder
 - der nicht zumutbaren Trennung von Ehefrau oder Familie
- die gefährdenden Tätigkeiten nicht unterlassen können.

e) Eine **vermittelnde** Position vertritt **Koch**⁵⁷⁵, der einerseits meint: Immerhin habe der Gesetzgeber den Unterlassungszwang durch § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII erstmals als einschränkendes Tatbestandsmerkmal für einzelne BK-Bezeichnungen vorgesehen, ihm aber keine Zumutbarkeitsklausel beigegeben. Die bisherige Rechtsprechung sei daher kritisch zu bewerten. Keinesfalls genüge für die Annahme der Unzumutbarkeit, wenn allgemein Arbeitslosigkeit droht oder

⁵⁷² Mehrrens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 104, 864.

⁵⁷³ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35a.

⁵⁷⁴ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35a.

allgemeine soziale oder wirtschaftliche Gründe die Tätigkeitsaufgabe erschweren.

Andererseits hält auch Koch⁵⁷⁶ im Ergebnis einen Teil der Ausnahmen für gerechtfertigt:

- Der Einsatz persönlicher Schutzausrüstung usw. führe zwar ggf. zu Beendigung der Einwirkung, nicht aber zum Unterlassen. Liege in einem solchen Fall aber bereits eine kausale Gesundheitsbeeinträchtigung vor, die ein rentenberechtigendes Ausmaß erreicht hat, so sei ausnahmsweise trotz fortgesetzter Tätigkeit zu entschädigen, weil kein Bagatellfall vorliegt und dem Präventionsgedanken zugleich insoweit genügt wird, als infolge der Schutzmaßnahmen bzw. der Verlagerung der gefährdenden Tätigkeiten eine Gefährdung für die Zukunft nicht mehr besteht und damit eine Tätigkeitsaufgabe nicht mehr erforderlich ist. Denn nach dem Willen des Ordnungsgebers solle sichergestellt werden, dass Erkrankten, deren Erwerbsfähigkeit durch die Krankheit in entsprechendem Maße eingeschränkt ist, auch die Leistung bezahlt werden kann⁵⁷⁷.
- In besonderen Ausnahmefällen könne die Tätigkeitsaufgabe ohne Folgen für die Anerkennung oder Entschädigung hinausgeschoben werden, wenn Gründe vorliegen, die das Festhalten an dieser Voraussetzung als unzumutbar erscheinen lassen. Dann gelte das Unterlassen als erfolgt bis zur Vermittlung einer geeigneten Tätigkeit⁵⁷⁸.

Zusammenfassend meint er, ob Unzumutbarkeitsgründe vorliegen, lasse sich nicht in allgemeine Regeln fassen, sondern bedürfe einer individuellen Prüfung des Einzelfalls unter Berücksichtigung seines Ausnahmecharakters⁵⁷⁹.

3. Eigener Lösungsansatz

Dass Ausnahmen als Abweichungen von der Regel schon aufgrund des allgemei-

⁵⁷⁵ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 209.

⁵⁷⁶ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 206 unter Hinweis auf BSG v. 26.03.1986 - 2 RU 3/85 (Lagerarbeiter-Fall).

⁵⁷⁷ So Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 206 unter zutreffendem Hinweis auf die Begründung zur BKVO 1976 in: BR-Drs 563/76, S. 3, 4; siehe zudem oben S. 31.

⁵⁷⁸ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 207.

nen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich einer Rechtfertigung bedürfen, ist unumstritten. Dies gilt um so mehr, wenn sie im Gesetz nicht vorgesehen sind. Andererseits kann nicht verkannt werden, dass jede gesetzliche Vorschrift, ihre Auslegung und Anwendung letztlich mit dem Grundgesetz vereinbar sein muss (vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) und daher die Zumutbarkeit eines verlangten Handelns in vielen Bereichen inzident zu prüfen ist. Insofern ist Keller⁵⁸⁰ zuzustimmen, nicht jedoch hinsichtlich des von ihm postulierten besonderen, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals „Zumutbarkeit der Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten“, da die Einhaltung des Grundgesetzes bei jeder Rechtsanwendung gefordert und vorausgesetzt wird.

a) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der entscheidende dogmatische, verfassungsrechtliche Ansatzpunkt ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. das Übermaßverbot. Dieser wird aus dem Rechtsstaatsprinzip⁵⁸¹ sowie den Grundrechten⁵⁸² hergeleitet und ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass staatliche Maßnahmen nicht prinzipiell unbegrenzt und unbegründet sein dürfen, sondern ihre Rechtfertigung in einem benennbaren Zweck haben müssen und an diesem Zweck in ihrem Umfang und Ausmaß auch gemessen werden müssen, damit der Bürger nicht zum bloßen Objekt staatlichen Entscheidens, ja staatlicher Willkür wird⁵⁸³.

Der Grundgedanke, die staatliche Gewalt grundsätzlich an Begründungen zu binden und damit messbar zu machen, hat auch jenseits der Freiheitsrechte seine Berechtigung, z.B. bei staatlichen Leistungen an den Bürger usw.⁵⁸⁴ Übertragen

⁵⁷⁹ Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 209.

⁵⁸⁰ Keller, SozVers 1995, 264, 268.

⁵⁸¹ BVerfGE 19, 342, 348 f.; BVerfGE 23, 127, 133; BVerfGE 76, 256, 359; BSGE 59, 276, 278; Herzog in: Maunz / Dürig, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 72; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 56; Sachs in: Sachs, Art. 20 Rn. 146; Sommermann in: v. Mangoldt / Klein, Art. 20 Rn. 298 ff.

⁵⁸² BVerfGE 19, 342, 348 f.; BVerfGE 24, 367, 404; BVerfGE 76, 1, 50 f.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 56; Sommermann in: v. Mangoldt / Klein, Art. 20 Rn. 298: vorrangig; Schnapp in: v. Münch / Kunig, Art. 20 Rn. 32: nur !

⁵⁸³ Herzog in: Maunz / Dürig, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 71.

⁵⁸⁴ BVerfGE 43, 242, 288; BVerwGE 38, 68, 70 f.; Herzog in: Maunz / Dürig, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 72.

auf das BK-Recht allgemein und den Unterlassungszwang speziell bedeutet dies, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwendbar ist, auch wenn der Unfallversicherungsträger seinerseits nicht an die Versicherten mit einer bestimmten Forderung herangetreten ist, sondern von ihnen nur dann ein bestimmtes Verhalten verlangt, wenn sie eine BK anerkannt haben wollen. Denn sonst könnte die BK-Anerkennung von etwas abhängig gemacht werden, von dem sie ggf. nicht abhängig gemacht werden darf.

Nach heute herrschender Auffassung besteht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.w.S. aus drei Teilgebieten⁵⁸⁵:

- Das Gebot der **Geeignetheit** verlangt den Einsatz solcher Mittel, mit deren Hilfe der gewünschte Erfolg oder Zweck gefördert werden kann⁵⁸⁶.
- Das Gebot der **Erforderlichkeit** ist verletzt, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme auch durch ein anderes gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, welches das betreffende Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkt (Prinzip der Wahl des mildesten Mittels)⁵⁸⁷. Das mildere Mittel muss ohne Zweifel zur Erreichung des Regelungszwecks ebenso geeignet sein und darf nicht zu einer unangemessen höheren finanziellen Belastung des Staates führen⁵⁸⁸.
- Das Gebot der Angemessenheit oder **Verhältnismäßigkeit i.e.S.**⁵⁸⁹, das auch als Übermaßverbot, Zumutbarkeit oder Proportionalität bezeichnet wird, verlangt, dass der Eingriff „in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts“⁵⁹⁰ steht, „daß bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt“⁵⁹¹. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip i.e.S. verlangt also eine Güterabwägung⁵⁹², die aber nur dann zu einer Korrektur führt, wenn die betroffenen Interessen „ersicht-

⁵⁸⁵ BVerfGE 27, 344, 352; BVerfGE 65, 1, 54; BVerfGE 70, 278, 286; BVerfGE 100, 313, 373 ff.; Clemens in: Umbach / Clemens vor Art. 2 ff. Rn. 77 ff.; Herzog in: Maunz / Dürig, Art. 20 Abschnitt VII Rn. 73 ff.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 58 ff.; Sachs in: Sachs, Art. 20 Rn. 149; Sommermann in: v. Mangoldt / Klein, Art. 20 Rn. 304 ff.

⁵⁸⁶ BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 67, 157, 173.

⁵⁸⁷ BVerfGE 30, 292, 316; BVerfGE 67, 157, 177; BVerfGE 68, 193, 218 f.

⁵⁸⁸ BVerfGE 77, 84, 110 f.; BVerfGE 81, 70, 91 f.

⁵⁸⁹ BVerfGE 68, 193, 219.

⁵⁹⁰ BVerfGE 67, 157, 173.

⁵⁹¹ BVerfGE 83, 1, 19; ähnlich schon: BVerfGE 30, 292, 316.

⁵⁹² BVerfGE 67, 157, 172 f.

lich wesentlich schwerer wiegen“⁵⁹³.

Bei der Aufhebung oder Modifikation geschützter Rechtspositionen kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip i.e.S. Übergangsregelungen verlangen, die einen gewissen, zeitlich begrenzten Schutz einräumen⁵⁹⁴.

Angewandt auf den Unterlassungszwang ergibt sich folgender Befund:

- Er ist geeignet durch den Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und durch das Unterlassen weiterer gefährdender Tätigkeiten, die mit ihm hauptsächlich verfolgten Ziele Verwaltungsvereinfachung und Prävention zu erreichen.
- Er ist insofern auch erforderlich, weil ein gleich wirksames Mittel, also ein entsprechende andere BK-Voraussetzung, nicht zu erkennen ist.
- Der Einsatz einer solchen weiteren BK-Voraussetzung Unterlassungszwang erscheint auch nicht unangemessen, weil mit einer Bagatell-Erkrankung keine wesentlichen Leistungsansprüche verbunden sind⁵⁹⁵ und die Prävention gerade auch der Gesundheit der Betroffenen dient.

Ausnahmen bei speziellen Fallgestaltungen sind anschließend bei diesen zu erörtern.

Der Unterlassungszwang als solcher ist also mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar.

b) Grenzen der Mitwirkung

Darüber hinaus ist auf der einfach gesetzlichen Ebene **§ 65 SGB I** zu beachten, der die Grenzen der Mitwirkung der Leistungsberechtigten bei der Angabe von Tatsachen, dem persönlichen Erscheinen, Untersuchungen, Heilbehandlung und berufsfördernden Maßnahmen (§§ 60 bis 64 SGB I) festlegt und als Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit anzusehen ist⁵⁹⁶. Nach dessen

⁵⁹³ BVerfGE 44, 353, 373.

⁵⁹⁴ BVerfGE 21, 173, 183; BVerfGE 43, 242, 288; BVerfGE 67, 1, 15; BVerfGE 76, 256, 354 f.

⁵⁹⁵ Siehe S. 86.

⁵⁹⁶ Hauck in: Hauck, SGB I, K § 65 Rn. 6; Lilje in: SGB-SozVers-GesKomm, SGB I, § 65 Anm. 2.4); Mrozynski § 65 Rn. 1; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 65 Rn. 2, 9.

Abs. 1 bestehen die genannten Mitwirkungspflichten nicht, soweit

1. ihre Erfüllung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu der in Anspruch genommenen Sozialleistung oder ihrer Erstattung steht oder
2. ihre Erfüllung dem Betroffenen aus einem wichtigen Grund nicht zugemutet werden kann oder
3. der Leistungsträger sich durch einen geringeren Aufwand als der Antragsteller oder Leistungsberechtigte die erforderlichen Kenntnisse selbst beschaffen kann.

Auch wenn es beim tatsächlichen Unterlassen und den Ausnahmen davon nicht unmittelbar um eine der genannten Mitwirkungspflichten geht, so sind die in § 65 Abs. 1 SGB I zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechts- und Zumutbarkeitsgedanken doch zumindest entsprechend anwendbar, zumal Heilbehandlungen oder berufsfördernde Maßnahmen sich auch über einen längeren Zeitraum hin erstrecken können. Im Übrigen können die Grenzen zu einem vor allem auf präventiven Gründen beruhenden Unterlassungszwang und einer Heilbehandlung fließend sein.

Einschlägig erscheint vorliegend vor allem Nr. 2 „**Unzumutbarkeit aus wichtigem Grund**“. Wann eine solche gegeben ist, kann nicht generell, sondern nur individuell unter Berücksichtigung aller Umstände und Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls und des Betroffenen entschieden werden⁵⁹⁷. Für die letztlich anzustellende Abwägung zwischen den Interessen der Versichertengemeinschaft und denen des einzelnen Versicherten ist aber wichtig festzuhalten, dass der Gesetzgeber gegenüber den allgemeinen Gesichtspunkten auf Seiten der Versichertengemeinschaft, wie z.B. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung, mit der „Unzumutbarkeit aus wichtigem Grund“ die Würdigung der persönlichen und subjektiven Gesichtspunkte auf Seiten des Versicherten vorschreibt. Unter solchen Gesichtspunkten sind die die Willensbildung bestimmenden Umstände zu verstehen, die die Weigerung entschuldigen oder sie als berechtigt erscheinen lassen.

⁵⁹⁷ Hauck in: Hauck, SGB I, K § 65 Rn. 7; Lilje in: SGB-SozVers-GesKomm, SGB I, § 65 Anm. 4.1); Mrozynski § 65 Rn. 3, der zutreffenderweise auf das praktische Problem der Vagheit einer solchen Aussage hinweist.

Zu berücksichtigen sind vor allem die Grundrechte sowie seelische, familiäre, soziale Umstände, z.B. Unabkömmlichkeit zu Hause oder im Beruf⁵⁹⁸. Erforderlich ist also eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des konkret betroffenen Individuums.

Hinzuweisen ist auf eine wichtige Einschränkung: Besteht ein wichtiger Grund, so bleibt zu prüfen, ob er die Verweigerung der Mitwirkung auf Dauer oder nur für eine bestimmte Zeit rechtfertigt⁵⁹⁹.

Das Vorliegen eines solchen Grundes nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I ist von Amts wegen zu beachten und gerichtlich voll überprüfbar, weil dem Leistungsträger kein Ermessen eingeräumt wird, vielmehr handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der keinen Beurteilungsspielraum zulässt⁶⁰⁰.

c) Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten

An der somit aus verfassungsrechtlichen sowie einfachgesetzlichen Gründen gebotenen, grundsätzlichen Möglichkeit von Ausnahmen im Einzelfall vermögen die vorgebrachten Gegenargumente nichts zu ändern.

- Dass die Ausnahmen zu einer Art Härteklausel oder -regelung führen, die nicht im SGB VII und früher in der RVO sowie der BKV enthalten ist⁶⁰¹, ist nicht zu bestreiten. Aber dies ist angesichts der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit und Begründung für eine derartige Härteregelung, Öffnungsklausel oder ..., wie immer sie heißen mag, auch nicht erforderlich. Zumal es eine solche auch in § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I gibt, der als Allgemeiner Teil des SGB auch für die ge-

⁵⁹⁸ Bley, Die (Un)Zumutbarkeit als Sozialrechtsbegriff, S. 19, 43; Hauck in: Hauck, SGB I, K § 65 Rn. 8; Lilje in: SGB-SozVers-GesKomm, SGB I, § 65 Anm. 4.1); Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB I, § 65 Rn. 3; Mrozynski § 65 Rn. 8; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 65 Rn. 9 f.

⁵⁹⁹ Lilje in: SGB-SozVers-GesKomm, SGB I, § 65 Anm. 4.3); Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 65 Rn. 11.

⁶⁰⁰ Hauck in: Hauck, SGB I, K § 65 Rn. 19 f.; Lilje in: SGB-SozVers-GesKomm, SGB I, § 65 Anm. 4.3); Mehrrens, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB I, § 65 Rn. 3; Mrozynski § 65 Rn. 4; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 65 Rn. 11.

⁶⁰¹ Benz, SGB 1996, 526, 529.

setzliche Unfallversicherung in SGB VII gilt.

- Dies führt nicht zu einer (generellen) „Billigkeitshaftung“⁶⁰² in der gesetzlichen Unfallversicherung, sondern zu den verfassungsrechtlich gebotenen Ausnahmen in den entsprechenden Einzelfällen. Da der Begriff „Billigkeitshaftung“ eine gewisse Willkür und Beliebigkeit suggeriert, sei nur zur Klarstellung angeführt, dass eine solche in der gesetzlichen Unfallversicherung nicht unbedingt von vornherein ausgeschlossen sein müsste, da diese auch auf der Fürsorgepflicht der Unternehmen beruht.
- Der Präventionszweck und die damit verfolgte Absicht, Verschlimmerungen zu verhindern⁶⁰³, ist nur eine von zumindest zwei Funktionen des Unterlassungszwangs und ist erst im Laufe der Jahre hinzugekommen. Inwieweit ihm in den einzelnen Ausnahmefällen Rechnung getragen wird oder nicht, ist jeweils konkret zu erörtern.
- Aus der Aufnahme des Unterlassungszwangs als mögliche Anerkennungsvoraussetzung für BKen in § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII ist nichts herleitbar, da dies nach der Gesetzesbegründung⁶⁰⁴ nur klarstellenden Charakter hatte und damit nur die bisherige Rechtsprechung festgeschrieben werden sollte. Und diese sah Ausnahmen vor.
- Ob angesichts möglicher Übergangsleistungen gemäß § 3 Abs. 2 BVK sowie weiterer Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung überhaupt Bedarf für eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Erfordernis des Unterlassungszwangs besteht⁶⁰⁵, muss im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Die unbestrittene Breite der Leistungen als solche schließen aber Ausnahmen vom Unterlassungszwang nicht grundsätzlich aus.

Diese Gegenargumente sind aber zumindest teilweise als Kriterien zur Entscheidungsfindung in jedem Ausnahmefall mit zu beachten.

⁶⁰² Pöhl, BG 2000, S. 475, 478.

⁶⁰³ Nehls in: Podzun, Kz. 251 S. 10; Pöhl, BG 2000, 475, 477; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 17.

⁶⁰⁴ BT-Drs. 13/2204, S. 77.

⁶⁰⁵ Benz, SGB 1996, 526, 529.

d) Zeitliche Begrenzung

Schon im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips und auch bei § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I wurde auf die Möglichkeit zeitlich begrenzter Ausnahme- und Übergangsregelungen hingewiesen.

Keller⁶⁰⁶ meint, das BSG stelle die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeiten nur vorübergehend für eine Übergangszeit zurück, jedoch seien auch weitergehende Ausnahmen denkbar, die eine andere Beurteilung geböten: Wenn der Erkrankte z.B. aufgrund eines Vorschlags des Unfallversicherungsträgers in eine neue Arbeit umgeschult werde und ohne Erkrankungsverschlimmerung oder Rückfall nur geringe gesundheitliche Risiken beständen.

Zumindest hinsichtlich des Falls der Landwirtin, die auf Dauer keine Änderung vornehmen musste, ist diese Feststellung zur Rechtsprechung nicht zutreffend. Zwar hat das BSG in den ersten Fällen⁶⁰⁷ zunächst nur einen vorübergehenden Aufschub angenommen, später wird dies aber nicht ausdrücklich wiederholt⁶⁰⁸.

Dies ist auch richtig, weil unzumutbares Handeln nicht allein durch Zeitablauf zumutbar wird⁶⁰⁹. Allerdings ist bei längerer Dauer zu prüfen, ob durch den Zeitablauf eine andere Gewichtung eintritt und die zunächst unter Würdigung aller Umstände überwiegenden triftigen Gründe für eine Ausnahme ggf. auch im Interesse der Gesundheit des Versicherten zurücktreten. Es kann nach Ablauf einer gewissen Zeit zumutbar sein, z.B. einen Wohnortwechsel durchzuführen oder gerade im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage in der Zukunft eine gefährdende Tätigkeit aufzugeben. Auch können Gründe, die eine Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit zunächst als unzumutbar erscheinen ließen, weggefallen sein. Z.B. wenn die schwere Krankheit eines nahen Angehörigen abgeklungen oder sonstige familiäre Hindernisse für

⁶⁰⁶ Keller, SozVers 1995, 264, 269 f.

⁶⁰⁷ Vgl. BSGE 10, 286, 291.

⁶⁰⁸ BSGE 41, 211, 213.

⁶⁰⁹ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35a; a.A. Kater in: Kater / Leube, § 9 Rn. 74, aber ohne Begründung.

eine Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit beseitigt sind⁶¹⁰.

Insgesamt ist jedoch einer zeitlichen Begrenzung von Ausnahmeregelungen unter dem Gesichtspunkt Übergangsregelung besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

4. Analyse der einzelnen Fallgestaltungen

Ausgehend von dem eigenen Lösungsansatz sind bei einer Analyse der einzelnen Fallgestaltungen folgende Gesichtspunkte zu beachten:

- Zu welchem Ergebnis führt eine Abwägung entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsprinzip mit den Geboten der Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit i.e.S. und der Unzumutbarkeit aus wichtigem Grund zwischen den auf den jeweiligen Einzelfall bezogenen Gesichtspunkten und den mit dem Unterlassungszwang verfolgten Zielen Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und unnötigen Verwaltungsverfahren, Prävention und (begrenzt) Kausalitätsanzeichen. Hierbei ist insbesondere zu klären, inwieweit die konkrete Ausnahme dem Präventionszweck und der Gefahr einer Verschlimmerung gerecht wird oder ob es andere Gesichtspunkt gibt, die diesen Zweck in den Hintergrund treten lassen ?
- Besteht überhaupt Bedarf an einer Ausnahme oder genügt nicht das „normale“ gesetzliche Instrumentarium, einschließlich der Übergangsleistungen gemäß § 3 Abs. 2 BKV ?
- Genügt eine zeitlich begrenzte Ausnahme ?

a) Persönliche und familiäre Gründe

Im Fall der Landwirtin, die Hof und Familie verlassen sollte, hat das BSG aufgrund der damit verbundenen Trennung vom Ehepartner und Familie aus diesen Grün-

⁶¹⁰ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 35a.

den eine Ausnahme bejaht⁶¹¹.

Diese Ausnahme führt unmittelbar zu den obigen Zumutbarkeitsüberlegungen im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sowie zu § 65 Abs.1 Nr. 2 SGB I: An der prinzipiellen Möglichkeit einer solchen Ausnahme führt grundsätzlich kein Weg vorbei. Wann ihre Voraussetzungen erfüllt sind, mag im Einzelfall strittig sein und bleiben, ist aber aufgrund der anzustellenden individuellen und umfassenden Einzelfallbeurteilung nicht generell zu sagen. Hervorzuheben ist aber, dass es sich zumindest nicht um eine Bagatell-Erkrankung handeln darf, weil sonst kein entsprechender Eingriff vorliegt und bei einer Zumutbarkeitsabwägung gemäß § 65 SGB I keine nachhaltigen Gründe für eine ausnahmsweise Anerkennung sprechen. Letztlich darf nur der Präventionszweck in Abwägung mit den spezifischen Gründen des Einzelfalls und auch nur soweit wie notwendig, ggf. zeitlich begrenzt, eingeschränkt werden. Dass die in aller Regel rein monetären Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung zu keiner Lösung der persönlichen und familiären Gründe führen, sei nur der Vollständigkeit halber ausgeführt.

Dem Ergebnis der BSG-Entscheidung zur Landwirtin⁶¹² kann vor dem Hintergrund der geschilderten Einzelheiten zugestimmt werden, wenn auch eine nähere Begründung, abgesehen von einem Verweis auf die Besonderheiten des Einzelfalls, fehlt. Denkbar wäre z.B. ein Verweis auf den verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG gewesen⁶¹³.

Die Entscheidung im Fall der Krankenschwester⁶¹⁴ ist schwerer nachzuvollziehen, zumal auch Überlegungen zu möglichen anderen wirtschaftlich gleichwertigen Betätigungs- und Verdienstmöglichkeiten angestellt werden, die ggf. mit der abstrakten Schadensbemessung kollidieren. Festzuhalten ist jedoch, dass das BSG auch in dieser Entscheidung zutreffenderweise eine Ausnahme aufgrund persönlicher Gründe für möglich hält.

⁶¹¹ BSGE 41, 211 (Landwirtin-Fall); offen gelassen: BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 41 7. BKVO Nr 2 (Fall der eine Umschulung ablehnenden Krankenschwester).

⁶¹² BSGE 41, 211.

⁶¹³ Keller, SozVers 1995, 264, 269.

⁶¹⁴ BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 41 7. BKVO Nr 2.

Aufgrund der geforderten Abwägung müssen die persönlichen und familiären Gründe aber von erheblichem Gewicht sein.

b) Schwere der Erkrankung

Bei dem Ausgangsfall des Lagerarbeiters kam neben der Schwere der Erkrankung mit einer MdE von 30 v.H. als weitere Besonderheit hinzu, dass der Versicherte bei Fortsetzung seiner Tätigkeiten keiner weiteren Schädigung ausgesetzt war, weil der gefährdende Arbeitsstoff verlagert worden war⁶¹⁵. Es gab also keinen objektiven Zwang zum Unterlassen der bisher ausgeführten Arbeit mehr und diese Voraussetzung des Unterlassungszwangs konnte nicht erfüllt werden.

Für eine Ausnahme vom Erfordernis des Unterlassungszwangs in einem solchen Fall spricht im Hinblick auf die Funktion des Unterlassungszwangs, dass es sich bei einer MdE von 30 v.H. eindeutig nicht um eine Bagatell-Erkrankung handelt, dem Präventionszweck durch den Ausschluss einer weiteren Schädigung Rechnung getragen wird und es angesichts der nicht umstrittenen beruflichen Verursachung der Erkrankung auf das Kausalitätsanzeichen nicht ankommt.

Vor diesem Hintergrund sind schon die Teilgebote Geeignetheit und Erforderlichkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als verletzt anzusehen, wenn trotzdem eine Aufgabe der Tätigkeiten verlangt wird. Auf die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprinzips i.e.S. oder der „Unzumutbarkeit wegen eines wichtigen Grundes“ gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I kommt es nicht mehr an.

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass neben der Schwere der Erkrankung auch dem Präventionszweck genügt wird !

⁶¹⁵ BSG v. 26.03.1986 - 2 RU 3/85 (Lagerarbeiter-Fall); siehe oben S. 121.

c) Soziale und wirtschaftliche Lage des Erkrankten

Dieser Gesichtspunkt ist von entscheidender Bedeutung in den ersten Urteilen des BSG vom 30.10.1959⁶¹⁶, z.B. Gefährdung des Unterhalts der Familie durch das Risiko der Arbeitslosigkeit bei passivem Verhalten des Unfallversicherungsträgers⁶¹⁷.

Auch hier darf nur eine Einschränkung des Präventionszwecks, nicht aber der Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen betroffen sein. Hinsichtlich der erforderlichen sozialen und wirtschaftlichen Lage genügen jedoch nicht die „normalen“ mit dem Unterlassungszwang verbundenen Risiken, wie z.B. eine drohende Arbeitslosigkeit. Würde dies allein schon als Grund für eine Ausnahme vom Präventionszweck angesehen, so würde er in vielen Fällen wohl leerlaufen, weil nicht garantiert werden kann, dass Versicherte, die ihre bisherige gefährdende Tätigkeit unterlassen, nahtlos eine neue, ähnlich gute bezahlte aufnehmen können. Im Übrigen hat der Verordnungsgeber zum Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile bei Aufgabe der bisherigen gefährdenden Tätigkeiten Übergangsleistungen gemäß § 3 BKV unter bestimmten weiteren Voraussetzungen vorgesehen. Nur wenn weitere Gesichtspunkte hinzukommen, also eine besondere soziale und wirtschaftliche Lage gegeben ist, kann eine andere Beurteilung in Betracht kommen⁶¹⁸.

Im Fall des Malers und Familienvaters hat das BSG⁶¹⁹ diese Voraussetzung aufgrund des Lebensalters (58 Jahre), des Risikos Arbeitslosigkeit und der Gefährdung des Unterhalts für die Familie bejaht, zumal der beklagte Unfallversicherungsträger aufgrund seines passiven Verhaltens trotz Anfrage des klagenden Versicherten jegliches Eingreifen unterlassen hatte. Dies erscheint aus den genannten Gesichtspunkten heraus Einzelfall bezogen sowohl aufgrund einer Abwägung nach dem Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit i.e.S. als auch der Unzumutbarkeit wegen eines wichtigen Grundes nach § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I vertretbar.

⁶¹⁶ BSGE 10, 286, 291 (Fall des Malers und Familienvaters); BSG, SGb 1960, 212, 213 (Fall des Gärtners mit Blumenallergie).

⁶¹⁷ BSGE 10, 286, 291.

⁶¹⁸ Keller, SozVers 1995, 264, 269.

⁶¹⁹ BSGE 10, 286, 291.

d) Erfordernisse des Unternehmens

Diese Ausnahme wird zwar in Entscheidungen des BSG⁶²⁰ aufgeführt, es gibt aber keinen konkreten, praktischen Anwendungsfall. Entsprechend dem schon Gesagten wird, wenn keine Bagatell-Erkrankung vorliegt, ein Zurücktreten oder ein Einschränkung des Präventionszwecks unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall zu vertreten sein, zumal bei § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I die Unabkömmlichkeit im Beruf ein typischer Grund ist. In der Praxis dürften solche Fallgestaltung äußerst selten sein und in erster Linie bei versicherten Unternehmer in Betracht kommen, etwa bei der Notwendigkeit der Betriebsfortführung bis zur Übergabe an den Nachfolger⁶²¹ - also auf jeden Fall zeitlich begrenzt.

e) Vertrauensschutz des Versicherten aufgrund einer Empfehlung des Unfallversicherungsträgers oder einer ähnlichen Stelle

In dem Ausgangsfall des BSG vom 19.06.1975⁶²² war ein Fliesenleger an einer BK Nr. 19 nach der 5. BKVO (Hautkrankheit) erkrankt. Nachdem er eine vom Staatlichen Gewerbearzt, in einem Gutachten einer Universitäts-Hautklinik und von einem Unfallversicherungsträger als nicht hautgefährdend bezeichnete Tätigkeiten in der Metallindustrie aufgenommen hatte, erkrankte er vor dem BK-Anerkennungsbescheid erneut. Der beklagte Unfallversicherungsträger wurde zur Anerkennung der BK verurteilt. Denn es stelle eine Überforderung des Versicherten dar, wenn er, um die BK-Rente zu erhalten, genötigt wäre, die nach dem Berufswechsel ergriffene neue Tätigkeit unverzüglich aufzugeben, weil sie sich entgegen der Meinung der zuständigen Stellen doch als hautgefährdend erweist. Es gehe nicht an, den Versicherten einerseits zur Aufgabe seines erlernten Berufs zu veranlassen und ihm andererseits ein solches unvertretbares Risiko aufzubürden. Dem Versicherten sei ausnahmsweise für eine Übergangszeit die Entschädigung

⁶²⁰ BSGE 10, 286, 291; BSG, SGB 1960, 212, 213; BSG, BG 1967, 358, 359.

⁶²¹ Keller, SozVers 1995, 264, 269.

⁶²² BSGE 40, 66 ff.

zunächst so lange weiter zu gewähren, bis ihm eine tatsächlich nicht hautgefährdende Tätigkeit zugewiesen oder er in eine solche umgeschult werden könne⁶²³.

Die Literatur⁶²⁴ stimmt dem zu und Keller⁶²⁵ meint, die Berücksichtigung eines so begründeten Vertrauensschutzes des Versicherten sei verfassungsrechtlich wegen des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) geboten.

Zunächst ist auf die Ausführungen im vorherigen Abschnitt zu der verfahrensrechtlichen Stellung der Versicherten vor und nach dem BK-Anerkennungsbescheid zu verweisen. Danach stünde dem Versicherten in dem obigen Fall, da er noch keinen BK-Anerkennungsbescheid erhalten hatte, als der gefährdende Charakter auch der neuen Arbeit festgestellt wurde, für die Zeit in der er die gefährdenden Tätigkeiten verrichtete, keine Verletztenrente zu⁶²⁶.

Daneben wurde in diesem Abschnitt auch deutlich, dass es in vergleichbaren Fällen einen großen Unterschied macht, je nachdem, ob die Stelle vor oder nach dem BK-Anerkennungsbescheid angetreten wurde: Wurde die Stelle vor dem BK-Anerkennungsbescheid angetreten, war dieser von Anfang falsch und es lag ein Fall des § 45 SGB X mit Vertrauensschutzregelungen für Vergangenheit und Zukunft vor. Wurde die Stelle danach angetreten, handelte es sich um eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen und es war ein Fall des § 48 SGB X mit Vertrauensschutzregelungen nur für die Vergangenheit, für die Zukunft wäre - ohne Ermessen - aufzuheben⁶²⁷. Dieser sich in der Praxis oft aus Zufälligkeiten ergebende Unterschied verlangt nach einer möglichst einheitlichen Regelung.

Da jedoch der Präventionszweck durch ein Verbleiben des Versicherten in der gefährdenden Tätigkeit nicht erreicht wird, gilt es zu klären, ob es aufgrund des Verhaltens des Unfallversicherungsträgers usw. gewichtige Argumente für eine Ausnahme insbesondere im Fall des § 48 SGB X gibt. Diese können aus dem schon angesprochenen Vertrauensschutz aufgrund des Verhaltens der Unfallversi-

⁶²³ BSGE 40, 66, 72.

⁶²⁴ Mehrtens / Perlebach, E § 9 Rn. 27.2, 27.3 ; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 865.

⁶²⁵ Keller, SozVers 1995, 264, 269

⁶²⁶ Siehe S. 149 f.

⁶²⁷ Siehe S. 156.

cherungsträger oder ähnlicher Stellen hergeleitet werden. Sie wären im Rahmen einer Abwägung nach dem Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit i.e.S. oder entsprechend § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I bei einer Unzumutbarkeit aus wichtigem Grund zu berücksichtigen.

aa) Rechtliche Grundlagen für einen Vertrauensschutz

(1) Zur rechtlichen Begründung eines solchen Vertrauensschutzes ist zu beachten, dass **§ 48 SGB X** schon eine Abwägung und Entscheidung des Gesetzgebers in Konkretisierung des verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutzes enthält⁶²⁸: Vertrauensschutz nur für die Vergangenheit, nicht aber für die Zukunft. In **§ 45 Abs. 2 SGB X** hingegen wird eine Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem Vertrauen des Betroffenen angeordnet, wobei letzteres in der Regel schutzwürdig ist, wenn der Betroffene erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auch dies bewirkt in der Praxis meistens Vertrauensschutz für die Vergangenheit, nicht aber für die Zukunft.

Wenn somit gegen eine Aufhebung für die Zukunft keine durchgreifenden grundsätzlichen Bedenken bestehen, sondern der Gesetzgeber sie sogar ohne Ermessen - so in § 48 SGB X - oder nach einer Abwägung - so in § 45 SGB X - anordnet, so ist doch darauf hinzuweisen, dass dies auf den „Normalfall“ abzielt, während es vorliegend um die besondere Fallgestaltung geht, dass der Versicherte entsprechend einer Empfehlung der zuständigen Stellen handelte.

(2) Bei den von Keller angesprochenen und auf das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG zu gründenden⁶²⁹ **verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzregelungen** ist zunächst zu beachten, dass diese sich insbesondere an den Gesetzgeber richten⁶³⁰ und angesichts der schon genannten gesetzlichen

⁶²⁸ Vgl. BVerfGE 105, 48, 57 f.; Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 78; ebenso: Sachs in: Sachs, Art. 20 Rn. 140 zu §§ 48 ff. VwVfG.

⁶²⁹ BVerfGE 59, 128, 164; BVerfGE 105, 48, 57 f.; vgl. nur: Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 28 f.

⁶³⁰ Vgl. Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 67 ff.

Vorgaben im (Sozial-)Verwaltungsrecht nur subsidiär anwendbar sind.

Auszugehen ist von der bekannten Differenzierung⁶³¹ zwischen „echter“ Rückwirkung, die vorliegt, wenn nachträglich in einen abgewickelten, der Vergangenheit angehörenden Tatbestand eingegriffen wird oder Rechtsfolgen für einen vor der Verkündung des Gesetzes liegenden Zeitpunkt auftreten sollen⁶³², sowie unechter Rückwirkung, bei der auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft eingewirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsbeziehung nachträglich entwertet wird⁶³³. Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig oder bedarf einer besonderen Rechtfertigung⁶³⁴, die unechte ist hingegen in der Regel zulässig⁶³⁵, erfordert aber ggf. Übergangsregelungen bei der Veränderung geschützter Rechtspositionen⁶³⁶.

Da die einfachgesetzlichen Regelungen und ihre Anwendung sich an diesen Maßstäben messen lassen müssen (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG), sind diese Grundsätze auf das Verwaltungshandeln entsprechend übertragbar⁶³⁷.

(3) Weitere Vertrauensschutzregelungen können sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben, die ggf. auch im Sozialrecht anwendbar sind. Denkbar ist insbesondere, dass die Ablehnung der BK-Anerkennung bzw. deren Aufhebung durch den Unfallversicherungsträger aufgrund einer Tätigkeiten, deren Aufnahme er dem Versicherten zunächst empfohlen hatte, wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben als unzulässige Rechtsausübung in Form eines „venire contra factum proprium“ angesehen wird⁶³⁸. Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes bei einem Verhalten, das zu eigenem früheren Verhalten

⁶³¹ Vgl. jüngst: BVerfGE 101, 239, 263 f.; BVerfGE 105, 17, 36 f. jeweils m.w.N.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 68 ff.; Sachs in: Sachs, Art. 20 Rn. 133 ff.; Sommermann in: v. Mangoldt / Klein, Art. 20 Rn. 285 ff.

⁶³² BVerfGE 11, 139, 145 f.; BVerfGE 72, 175, 196; BVerfGE 94, 241, 258 f.

⁶³³ BVerfGE 30, 367, 385 ff.; BVerfGE 75, 246, 279 ff.

⁶³⁴ BVerfGE 13, 261, 272; BVerfGE 21, 117, 131 f.; 30, 367, 385 f.

⁶³⁵ BVerfGE 30, 392, 402 f.; BVerfGE 72, 141, 154; BVerfGE 97, 271, 289.

⁶³⁶ BVerfGE 21, 173, 183; BVerfGE 43, 242, 288; BVerfGE 67, 1, 15; BVerfGE 76, 256, 359 f.

⁶³⁷ Vgl. BSGE 77, 86, 92 f.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 20 Rn. 78; Sachs in: Sachs, Art. 20 Rn. 140.

⁶³⁸ Vgl. allgemein zur unzulässigen Rechtsausübung: Heinrichs in: Palandt, § 242 Rn. 38 ff.

im Widerspruch steht, auch im Sozialrecht hat das BSG⁶³⁹ wiederholt betont. Dem kann nur zugestimmt werden.

bb) Anwendung in der vorliegenden Fallgestaltung

Für die **Vergangenheit** handelt es sich aus verfassungsrechtlicher Sicht um eine typische echte Rückwirkung, weil die Ausübung der letztlich gefährdenden Tätigkeit nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, und sie ist damit unzulässig.

Falls ein BK-Anerkennungsbescheid ergangen ist, erfordert dies keine Ausnahme von den gesetzlichen Regelungen, sondern entspricht dem Vertrauensschutz in §§ 45, 48 SGB X.

Falls noch kein Bescheid ergangen ist, folgt dies aus der entsprechenden Anwendung der genannten Regelungen wegen der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Gründe sowie der Empfehlung. Aufgrund seiner Empfehlung, die betreffende Arbeit aufzunehmen, muss der Unfallversicherungsträger auch entsprechend den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die in der Vergangenheit liegenden Folgen und von dem Versicherten im Vertrauen auf diese Empfehlung ergriffenen Maßnahmen einstehen.

Für die **Zukunft**, also das weitere Arbeitsleben des Versicherten, ist eine Änderung allenfalls eine unechte und damit zulässige Rückwirkung. Da der erlangte Arbeitsplatz aber eine geschützte Rechtsposition ist, ist dem Versicherten eine gewisse Übergangsfrist zu zubilligen.

Mit § 45 SGB X ist auch dies unproblematisch zu vereinbaren.

In den Fällen des § 48 SGB X - Arbeitsaufnahme nach dem Anerkennungsbescheid - ist eine verfassungsrechtlich begründete Ausnahme von der zwingend vorgesehenen Aufhebung für die Zukunft zumindest für eine bestimmte Zeit auf-

⁶³⁹ Vgl. BSGE 65, 272 = BSG SozR 4100 § 78 Nr 8 m.w.N.; BSGE 22, 257.

grund der vorherigen Empfehlung notwendig. Gleiches gilt für die Zeit vor einem Bescheid ab Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der gefährdenden Tätigkeit. Denn durch die Empfehlung hat der Unfallversicherungsträger einen Vertrauensstatbestand geschaffen, an den er kaum auf Dauer und unabsehbare Zeit, wohl aber entsprechend der Entscheidung des BSG im Ausgangsfall zumindest für eine gewisse Übergangszeit gebunden ist⁶⁴⁰.

cc) Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch

Angesichts des in dem Verhalten des Unfallversicherungsträgers möglicherweise auch liegenden „Beratungsmangels“ könnte als Begründung für eine Ausnahme vom Unterlassungszwang auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in Betracht kommen.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, dessen dogmatische Grundlagen trotz mehrerer Monographien⁶⁴¹ nach wie vor nicht völlig geklärt sind⁶⁴², wurde vom BSG⁶⁴³ zur Korrektur von Verwaltungsentscheidungen entwickelt und ist mittlerweile allgemein anerkannt⁶⁴⁴. Seine Anwendung setzt voraus⁶⁴⁵

1. eine objektive Pflichtverletzung eines Leistungsträgers durch Handeln oder Unterlassen (ohne Verschulden), z.B. eine falsche oder eine überhaupt nicht durchgeführte Beratung,
2. einen Schaden des Leistungsberechtigten (ein Handeln oder Unterlassen des Berechtigten kann dazwischen geschaltet sein), z.B. kein Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit und dementsprechend auch keine Anerkennung einer BK bzw. Ablehnung der Anerkennung und der Rentengewährung für eine bestimmte

⁶⁴⁰ Ebenso: Benz, SGB 1996, 526, 529.

⁶⁴¹ Ladage, Kreßel, Schmidt-de Caluwe; vgl. zudem die Beiträge im Tagungsband über die 6. Sozialrechtslehrertagung (1994) mit dem Titel: Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch.

⁶⁴² Klattenhoff in: Hauck, SGB I, K § 14 Rn. 34; Mrozynski § 14 Rn. 18; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 31, 33.

⁶⁴³ Ausgangsentscheidung: BSG SozR Nr. 3 zu § 1233 RVO; zur Fortentwicklung vgl. insbesondere: BSGE 41, 126 ff.; BSGE 49, 76 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. Mrozynski § 14 Rn. 18; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 30 ff. die Rechtsprechung und Literatur sind nur noch schwer zu überschauen, vgl. zuletzt aktuell zusammenfassend: Gagel, SGB 2000, 517 ff.

⁶⁴⁵ Vgl. Klattenhoff in: Hauck, SGB I, K § 14 Rn. 36 ff.; Mrozynski § 14 Rn. 21 ff.; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 33 ff.

Zeit,

3. Kausalität von Pflichtverletzung bis Schaden.

Ggf. muss sich eine Behörde das Tun oder Unterlassen einer anderen zurechnen lassen, wenn diese in die Leistungsgewährung mit eingebunden ist oder ein anderer enger Zusammenhang gegeben ist⁶⁴⁶.

Die Rechtsfolgen des Herstellungsanspruchs sind nicht Schadensersatz, sondern „Herstellung“ des Zustandes, der eingetreten wäre, wenn die Verwaltung nicht fehlerhaft gehandelt hätte (Naturalrestitution)⁶⁴⁷. Schon daraus folgt, dass nur grundsätzlich rechtlich zulässige Amtshandlungen mit dem Herstellungsanspruch erreicht werden können⁶⁴⁸. Wann eine solche rechtlich zulässige Amtshandlung vorliegt und wann nicht, ist im Einzelfall umstritten, zumal der Herstellungsanspruch sowieso nur benötigt wird, wenn eine Amtshandlung begehrt wird, die eigentlich nicht zulässig ist.⁶⁴⁹ Typische Anwendungsfälle sind die Ausübung von Gestaltungsrechten⁶⁵⁰ bei der Antragstellung oder Beitragszahlung, vor allem die Veränderung des Zeitpunktes eines Antrags⁶⁵¹.

Als Abgrenzungskriterium hat sich herausgebildet, dass Tatbestände, die außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses (z.B. Steuerklasse auf der Steuerkarte, Schutzvorkehrungen für den Winterbau) liegen, nicht mit dem Herstellungsanspruch fingiert werden können, wohl aber Verfahrenshandlungen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens.⁶⁵² Auch bei einem fehlendem Ausscheiden aus einer Beschäfti-

⁶⁴⁶ BSGE 51, 89 = BSG SozR 2200 § 381 RVO Nr 44; BSGE 57, 288, 290 = BSG SozR 1200 § 14 Nr 18; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 39, 59.

⁶⁴⁷ Klattenhoff in: Hauck, SGB I, K § 14 Rn. 42; Mrozynski § 14 Rn. 17; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 30.

⁶⁴⁸ BSG E 53, 144, 149 f.; BSGE 58, 104, 109; Mrozynski § 14 Rn. 27; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 44.

⁶⁴⁹ Vgl. nur: Klattenhoff in: Hauck, SGB I, K § 14 Rn. 43: nachträgliche Aufstockung rechtswirksam entrichteter Beiträge ist zulässig; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 49: nicht zulässig. Vgl. die Entscheidungen des BSG in der Arbeitslosenversicherung: Zunächst wurde z.B. verneint, dass die Verfügbarkeit wiederhergestellt werden könne: vgl. nur: BSGE 58, 104, 109, mittlerweile wurde bei Nichterreichbarkeit ein Herstellungsanspruch für möglich gehalten: BSG SozR 3-4100 § 103 Nr 8.

⁶⁵⁰ Gagel, SGB 2000, 517, 519; Klattenhoff in: Hauck, SGB I, K § 14 Rn. 42; Seewald in: Kasseler Kommentar, SGB I, § 14 Rn. 60 f.

⁶⁵¹ Vgl. jüngst: BSGE 88, 180, 184 f. = BSG SozR 3-4300 § 150 Nr 1; Gagel, SGB 2000, 517, 519.

⁶⁵² BSG SozR 3-1200 § 14 Nr 28: Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse; BSGE 65, 293, 299 f.; BSG SozR 3-4100 § 125 Nr 1, S. 10; Klattenhoff in: Hauck, SGB I, K § 14 Rn. 43; Mrozynski § 14 Rn. 35.

gung⁶⁵³ wurde vom BSG ein Herstellungsanspruch verneint, da das auf einen Beratungsmangel zurückzuführende, entscheidende zu frühe Ausscheiden aus einer Beschäftigung als eine Begebenheit tatsächlicher Art nicht ersetzbar sei.

Auf den Unterlassungszwang übertragen bedeutet dies, dass die Aufgabe einer ausgeübten gefährdenden Tätigkeit nicht fingiert werden kann, weil dies ein tatsächliches Geschehen außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses ist, ähnlich wie die Beendigung einer Beschäftigung. Die Anwendung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs scheidet also in Fällen der vorliegenden Art aus.

Zusammenfassend ist eine zeitlich befristete Ausnahme vom Unterlassungszwang aufgrund des vorausgegangenen Verhaltens des Unfallversicherungsträgers oder ähnlicher Stellen und des dadurch entstandenen schutzwürdigen Vertrauens des Versicherten zuzulassen, das seine Rechtsgrundlagen in verfassungsrechtlichen (Art. 20 Abs. 3 GG) und allgemeinen Vertrauensschutzregelungen hat und zu einem wichtigen Grund i.S. des § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I bzw. einem entsprechenden Abwägungsergebnis im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit i.e.S. führt.

f) Sonstiges Verhalten des Unfallversicherungsträgers

aa) Fallkonstellationen

In diese Fallgruppe gehört die eine schon erörterte Entscheidung des BSG vom 29.10.1959⁶⁵⁴, in dem es die Unzumutbarkeit der Tätigkeitsaufgabe wegen triftiger Gründe aufgrund des Lebensalters, dem Risiko Arbeitslosigkeit und der Gefährdung des Unterhalts für die Familie bejahte und außerdem auf das passive Verhalten des Unfallversicherungsträgers, der trotz Anfrage des Klägers jegliches Eingreifen unterlassen hatte, hinwies.

⁶⁵³ BSG SozR 3-4100 § 249e Nr 4.

In einer weiteren Entscheidung vom 31.03.1981⁶⁵⁵ war die hautschädigende Tätigkeiten als Maurer zunächst aufgegeben und - während des Laufs des gerichtlichen Verfahrens über die Anerkennung der BK - nach ca. 4 Jahren für rund 8 Wochen noch einmal ausgeübt worden. Dies sah das BSG für die Grundanerkennung als unschädlich an und die Voraussetzungen für eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen nach § 622 Abs. 1 RVO a.F. seien nicht gegeben. Es gebe keinen Anhalt dafür, dass die vorübergehende hautgefährdende Tätigkeit zu einer dauernden Verschlimmerung geführt oder eine mögliche Besserung der Hautkrankheit verhindert habe. Außerdem könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte die Voraussetzungen der BK nicht nur im Bescheid verneint, sondern während des gesamten Gerichtsverfahrens bis zum Klageabweisungsantrag vor dem LSG an dieser Position festgehalten habe, obwohl der Versicherte auf ihre Aufforderung hin die Tätigkeit aufgegeben habe. Hier klingt - ohne dass dies in dem Urteil klar angesprochen wird - eine Art Beratungsmangel durch.

In der Entscheidung vom 28.04.1967 verneinte das BSG⁶⁵⁶ bei der Inhaberin eines Modeateliers das Vorliegen einer Ausnahme, da sie ihre Modeatelier nicht habe aufgeben wollen und die Frage einer Übergangszeit, die ihr von der Beklagten billigerweise nicht verweigert werden könnte, damit nicht vorläge. Dass die Klägerin durch das Verhalten der Beklagten veranlasst worden sei, die Aufgabe ihres Berufs hinauszuschieben, sei nicht geltend gemacht worden.

bb) Literatur und Instanzgerichte

Keller⁶⁵⁷ stimmt den beiden ersten Entscheidungen ausdrücklich zu und meint, dass Sachverhalte, in denen die Unfallversicherungsträger aufgrund der langwierigen Ermittlungen, insbesondere der Einholung von medizinischen Gutachten, den Versicherten über einen längeren Zeitraum hin nicht auf die Notwendigkeit der Änderung der Berufstätigkeit hinweisen und keine Maßnahmen nach § 3 BKV einlei-

⁶⁵⁴ BSGE 10, 286, 291 (Fall des Maler und Familienvaters).

⁶⁵⁵ BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80, insbesondere S. 8.

⁶⁵⁶ BSG, BG 1967, 358, 359.

ten, leider nicht selten seien. Das LSG Rheinland-Pfalz⁶⁵⁸ habe daher zurecht betont, dass die Unfallversicherungsträger in derartigen Fällen besonders gehalten seien, den Versicherten unverzüglich mit Rat und Tat bei der Entscheidung über die zukünftig auszuübende Arbeit behilflich zu sein und auf gesundheitliche Gefährdungen hinzuweisen. Von den Versicherten könne nicht verlangt werden, ggf. jahrelang in ihren weiteren beruflichen Planungen blockiert zu sein, bis der Unfallversicherungsträger seine Ermittlungen abgeschlossen habe. Welche Wartezeiten von Versicherten hinzunehmen seien, könne nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden.

Eine genaue Analyse des Falls des LSG Rheinland-Pfalz zeigt jedoch, dass auch insofern nicht unbedingt eine Ausnahme vom Unterlassungszwang notwendig war. Denn angesichts der Tatsache, dass mehrere Ärzte gegen die Ausübung des Berufs keine Bedenken äußerten und die Versicherte ihn über 18 Monate hinweg ohne neue (Haut-)Erkrankung ausübte, war trotz der nicht gänzlich auszuschließenden theoretischen Gefährdung eine konkret individuelle Gefährdung⁶⁵⁹ und damit das Ausüben einer gefährdenden Tätigkeit zu verneinen. Dies hat des LSG⁶⁶⁰ im Übrigen auch getan, so dass es auf die Frage der Zumutbarkeit des Unterlassens bzw. eine Ausnahme nicht unbedingt ankam.

cc) Eigene Würdigung

Ein Vertrauensschutz wie in der Fallgruppe vorher konnte in diesen Fällen mangels Empfehlung oder Beratung gar nicht erst entstehen. Auch Ansprüche aufgrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs scheiden nach dem soeben Gesagten aus.

Denkbare mögliche Amtshaftungsansprüche gemäß § 839 BGB gegen den Unfallversicherungsträger sollen hier nicht vertieft werden, weil sie an dem Nicht-Vorliegen der BK-Voraussetzung Unterlassungszwang nichts zu verändern vermö-

⁶⁵⁷ Keller, SozVers 1995, 264, 269.

⁶⁵⁸ LSG Rheinland-Pfalz v. 26.11.1991 - L 3 U 40/91.

⁶⁵⁹ Siehe S. 106.

gen.

Eine Lösung auch dieser Fälle ist nur über die eingangs genannte Abwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Aspekte sowohl im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie der Unzumutbarkeit wegen eines wichtigen Grundes entsprechend § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I möglich.

Hinsichtlich der Lösung des der Entscheidung vom 29.10.1959 zugrunde liegenden Falles des Malers und Familienvaters wird auf die entsprechend der Fallkonstellation c) zu berücksichtigende wirtschaftliche und soziale Lage des Versicherten verwiesen⁶⁶¹.

Zur Lösung des der Entscheidung vom 31.03.1981 zugrunde liegenden Falles des italienischen Maurers wird vor allem auf die verwaltungsverfahrenrechtlichen Ausführungen im Abschnitt IX. Zukünftige Entwicklungen verwiesen⁶⁶²: Bindung an den einmal ergangenen Anerkennungsbescheid mit Änderungsmöglichkeit entsprechend § 48 SGB X und für die Zeit vorher eine rückwirkende Anerkennung mit Ausnahme der Zeiten, in denen eine gefährdende Tätigkeit ausgeübt wurde.

Im Fall der Inhaberin des Modeateliers wäre, wenn sie denn ihr Unternehmen aufgeben und damit die gefährdenden Tätigkeiten unterlassen will, über die Fallkonstellation d) Unabweisbare Erfordernisse des Unternehmens eine Übergangsregelung im Sinne der Versicherten denkbar⁶⁶³.

Für eine über die Fallkonstellationen a) bis e) hinausgehende Ausnahme ist also derzeit kein Bedarf erkennbar.

⁶⁶⁰ LSG Rheinland-Pfalz, a.a.O., S. 7 oben.

⁶⁶¹ Siehe S. 181.

⁶⁶² Siehe S. 147 ff.

⁶⁶³ Siehe S. 182.

Zusammenfassend ist zu möglichen Ausnahmen vom Unterlassungszwang festzustellen:

- Trotz fehlender gesetzlicher Regelung sind aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips des GG und in entsprechender Anwendung des § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I in Einzelfällen Ausnahmen vom Unterlassungszwang zulässig und notwendig.
- Derartige Ausnahmen sind vor allem begründet, wenn das Ziel 'Prävention' auch mit anderen Mitteln erreicht werden kann oder im Rahmen einer Güterabwägung die Schwere des sich aus dem Unterlassungszwang ergebenden Eingriffs angesichts der sich ergebenden Gefährdungen nicht zu rechtfertigen ist bzw. aus einem wichtigen Grund unzumutbar ist.
- Die Ausnahmen sind aber hinsichtlich ihrer Notwendigkeit vor allem am Präventionszweck des Unterlassungszwangs und den mit ihm einhergehenden Leistungen zu prüfen.
- Zur konkreten Ausgestaltung der Ausnahmen kommen insbesondere zeitlich begrenzte Übergangsregelungen in Betracht.
- Als Gründe für Ausnahmen kommen in Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in Betracht:
 - Schwerwiegende persönliche und familiäre Gründe.
 - Schwere der Erkrankung mit einer MdE von 30 v.H., wenn eine weitere Schädigung ausgeschlossen ist.
 - Die soziale und wirtschaftliche Lage des Erkrankten, wenn weitere Gründe hinzukommen.
 - Unabweisbare Erfordernisse des Unternehmens.
 - Vertrauensschutz aufgrund des Verhaltens des Unfallversicherungsträgers oder ähnlicher Stellen.

XI. Verfassungsrechtliche Überprüfung der heutigen Rechtslage nach dem SGB VII und der BKV

Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Unterlassungszwangs wurden in der Vergangenheit zum einen auf die Überlegung gestützt, § 551 RVO sei keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage gemäß Art. 80 Abs. 1 GG, um bei der Bezeichnung einzelner BKen das Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten zu fordern⁶⁶⁴. Diese Frage könnte durch die Aufnahme des Unterlassungszwangs in die heutige Fassung des § 9 Abs. 1 SGB VII⁶⁶⁵ gelöst sein, muss es aber nicht.

Außerdem wird geltend gemacht, die weitere BK-Voraussetzung Unterlassungszwang verstoße bei den BKen, in denen sie gefordert werde, verglichen mit den anderen BKen sowie mit Arbeitsunfällen gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG⁶⁶⁶.

Denkbar erscheint des Weiteren, dass in dem für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang geforderten Unterlassen ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gesehen wird.

Für eine sachgerechte Prüfung dieser jeweiligen Bedenken muss differenziert werden zwischen

- der in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII enthaltenen Ermächtigung der Bundesregierung bei der Bezeichnung einer Krankheit als BK in der BKV zu bestimmen, dass diese nur dann eine BK ist, wenn sie zur Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten geführt hat ,
- der Umsetzung dieser Ermächtigung und der konkreten Bezeichnung der verschiedenen Krankheiten als BKen in der BKV durch den Verordnungsgeber.

⁶⁶⁴ Vgl. Keller, SozVers 1995, 264, 265 f.; siehe oben S. 28 f.

⁶⁶⁵ Siehe S. 33.

⁶⁶⁶ Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 19.

Zwar würde eine Verfassungswidrigkeit der Ermächtigungsgrundlage die Verfassungswidrigkeit der BK-Bezeichnungen in der BKV nach sich ziehen, aber die Verfassungswidrigkeit der entsprechenden BK-Bezeichnungen mag zwar Rückschlüsse auf die Ermächtigungsgrundlage zulassen, muss jedoch nicht zu deren Verfassungswidrigkeit führen.

1. Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG

a) Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Art. 80 Abs. 1 GG lautet, soweit er maßgeblich ist: „Durch Gesetz können die Bundesregierung, ... ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben.“ Er enthält damit eine Konkretisierung des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes⁶⁶⁷.

Die grundgesetzlichen Voraussetzungen an eine derartige Ermächtigung sind neben dem Ermächtigungsadressaten vor allem die Wesentlichkeitsdoktrin und das Bestimmtheitsgebot:

- Nach der Wesentlichkeitsdoktrin sind sämtliche Entscheidungen, die wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind, dem Gesetzgeber vorbehalten⁶⁶⁸.
- Bei der Auslegung des Bestimmtheitsgebots haben sich Versuche, den einzelnen Begriffen „Inhalt, Zweck, Ausmaß“ klare Konturen zu geben, nicht durchgesetzt, da sich die Begriffsinhalte überschneiden⁶⁶⁹.

Das BVerfG hat zur Auslegung des Bestimmtheitsgebots z.T. relativ allgemein ausgeführt, das Gesetz müsse „hinreichend bestimmt“⁶⁷⁰ sein, und zur Konkretisie-

⁶⁶⁷ Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 24 f., 29; 38; Lücke in: Sachs, Art. 80 Rn. 5 ff.

⁶⁶⁸ Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 29; Lücke in: Sachs, Art. 80 Rn. 19 f.

⁶⁶⁹ Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 32; Maunz in: Maunz / Dürig, Art. 80 Rn. 29, 31

⁶⁷⁰ BVerfGE 8, 274, 307, 311 f.; BVerfGE 55, 207, 226; BVerfGE 80, 1, 21.

nung verschiedene Formeln geprägt⁶⁷¹:

- Nach der Selbstentscheidungsformel muss der Gesetzgeber selbst die Entscheidung treffen, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen (Inhalt), er muss die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen (Ausmaß) und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll (Zweck)⁶⁷².
- Nach der Programmformel muss sich aus dem Gesetz ermitteln lassen, welches vom Gesetzgeber gesetzte Programm durch die Rechtsverordnung erreicht werden soll⁶⁷³.
- Nach der Vorhersehbarkeitsformel muss der Bürger aus dem Gesetz ersehen können, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird, womit er rechnen muss⁶⁷⁴.

Zum Teil werden auch zwei Formeln zusammengefasst verwandt⁶⁷⁵.

Je höher die Eingriffsintensität ist, je schwerwiegender die Auswirkungen sind, desto höhere Anforderungen sind an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen⁶⁷⁶. Bei Ermächtigungen zu belastenden Regelungen sind strengere Anforderungen zu stellen als bei denen zu begünstigenden⁶⁷⁷.

b) Überprüfung der Ermächtigungsgrundlage in § 9 Abs. 1 SGB VII

Die Vorgängerregelung in § 551 Abs. 1 RVO hat das BSG wiederholt als mit Art. 80 Abs. 1 GG vereinbar angesehen hat, weil die erteilte Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sei⁶⁷⁸.

⁶⁷¹ Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 33; Lücke in: Sachs, Art. 80 Rn. 25; Maunz in: Maunz / Dürig, Art. 80 Rn. 30; Pieroth in: Jarass / Pieroth, Art. 80 Rn. 11.

⁶⁷² BVerfGE 2, 307, 334; BVerfGE 23, 62, 72; BVerfGE 80, 1, 20.

⁶⁷³ BVerfGE 5, 71, 77; BVerfGE 8, 274, 307 ff.; BVerfGE 58, 257, 277; BVerfGE 80, 1, 20.

⁶⁷⁴ BVerfGE 1, 14, 60; BVerfGE 41, 251, 266; BVerfGE 56, 1, 12.

⁶⁷⁵ Vgl. BVerfGE 80, 1, 20; Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 33; Lücke in: Sachs, Art. 80 Rn. 25; Maunz in: Maunz / Dürig, Art. 80 Rn. 33.

⁶⁷⁶ BVerfGE 58, 257, 277 f.; BVerfGE 62, 203, 210; Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 34; Lücke in: Sachs, Art. 80 Rn. 27; Pieroth in: Jarass / Pieroth, Art. 80 Rn. 12.

⁶⁷⁷ BVerfGE 23, 62, 73; Brenner in: v. Mangoldt / Klein, Art. 80 Rn. 35; Maunz in: Maunz / Dürig, Art. 80 Rn. 30; Pieroth in: Jarass / Pieroth, Art. 80 Rn. 12a.

aa) Für die heute maßgebliche Ermächtigungsgrundlage zur Bezeichnung von Krankheiten als BKen in **§ 9 Abs. 1 SGB VII an sich** kann nichts anderes festgestellt werden. Die „wesentliche“ Grundentscheidung, dass es und unter welchen Voraussetzungen es BKen geben soll, hat der Gesetzgeber getroffen. § 9 Abs. 1 SGB VII erfüllt auch die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots aus Art. 80 Abs. 1 GG bezüglich

- Inhalt: Bezeichnung der Krankheiten als BKen, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft durch besondere Einwirkungen verursacht sind, denen bestimmte Personengruppen durch ihre Arbeit in höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sind,
- Zweck: Einbeziehung von Krankheiten in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung, die wesentlich durch die versicherte Tätigkeit mitverursacht sind und vom Schutzgedanken der gesetzlichen Unfallversicherung her den Arbeitsunfällen gleich zu achten sind, Anpassung und Erweiterung der zu entschädigenden BKen entsprechend dem Fortschritt der medizinischen Wissenschaft und
- Ausmaß: Kausalitätsprinzip: Einschränkung auf Krankheiten infolge besonderer Einwirkungen, denen bestimmte Personengruppen durch ihre versicherte Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sind; Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers bezüglich dieser Lage⁶⁷⁹.

Die Voraussetzungen der Selbstentscheidungs-, der Programm- und der Vorhersehbarkeitsformel sind damit erfüllt.

bb) Dasselbe gilt auch hinsichtlich der **besonderen BK-Voraussetzung Unterlassungszwang**: Die „wesentliche“ Grundentscheidung, dass es eine solche BK-Voraussetzung geben kann, hat der Gesetzgeber getroffen. Die konkrete Ausgestaltung in der Ermächtigungsgrundlage ist hinreichend bestimmt, da diese in § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII insofern als besondere inhaltliche Ausgestaltung vorsieht, dass der Verordnungsgeber bestimmen kann, eine Krankheit sei nur dann eine BK, wenn sie zur Unterlassung aller gefährdenden Tätigkeiten geführt hat. Der Zweck dieser Regelung und das Ausmaß folgen schon aus dem Wortlaut,

⁶⁷⁸ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 10; BSG SozR 5677 Anl 1 Nr. 46 7. BKVO Nr 8; BSGE 84, 30, 32.

die weitere Entwicklung der Krankheit positiv zu beeinflussen.

Die früher bestehenden Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals in den BK-Bezeichnungen der BKV sind damit ausgeräumt worden⁶⁸⁰, zumal dies auch der erklärte Wille des Gesetzgebers war⁶⁸¹.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die allgemeine Ermächtigungsgrundlage für BKen und die spezielle für die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang in § 9 Abs. 1 SGB VII sowohl der Wesentlichkeitsdoktrin als auch dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 GG Rechnung tragen.

c) Überprüfung der heutigen BKV und der darin enthaltenen BK-Bezeichnungen mit Unterlassungszwang

Diese Überprüfung betrifft zunächst die BKV als solche, dann die BKen mit Unterlassungszwang und beinhaltet sowohl eine Untersuchung der Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG als auch die der Einhaltung der Ermächtigungsgrundlage in § 9 Abs. 1 SGB VII.

aa) Da die heute geltende BKV v. 31.10.1997, in der Fassung der Änderungsverordnung vom 05.09.2002, von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates⁶⁸² erlassen wurde und auch dem Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG Rechnung trägt⁶⁸³, sind die formellen Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit erfüllt.

Durchgreifende Bedenken gegen ihre inhaltliche Vereinbarkeit mit § 9 Abs. 1

⁶⁷⁹ Vgl. die zuvor genannten Entscheidungen des BSG; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 177.

⁶⁸⁰ Krasney in: Hdb. Sozialversicherung, SGB VII, § 9 Rn. 16, 30; Koch in: Lauterbach, SGB VII, § 9 Rn. 179.

⁶⁸¹ Vgl. BR-Drs. 13/2204, S. 77.

⁶⁸² BR-Drs. 482/02.

⁶⁸³ Dass dies anscheinend nicht selbstverständlich ist, zeigt das Urteil des BSG v. 30.07.2002 - B 4 RA 120/00 R zur Rentenanpassungsverordnung 2000.

SGB VII oder Art. 80 Abs. 1 GG sind nicht zu erkennen. Sie entspricht weitgehend ihren Vorläuferinnen und zu diesen hat das BSG wiederholt zu einzelnen BK-Bezeichnungen die Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage festgestellt⁶⁸⁴.

In den älteren beiden Entscheidungen vom 26.01.1978 und 20.04.1978 hat das BSG vor allem die damals umstrittene Vereinbarkeit des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang mit der Ermächtigungsgrundlage bejaht, aber auch schon darauf hingewiesen, dass dem Verordnungsgeber hinsichtlich der Einführung von BKen ein Beurteilungsspielraum zusteht⁶⁸⁵. In der Entscheidung vom 23.03.1999 zur Rechtmäßigkeit der BK Nr. 2108 hat das BSG⁶⁸⁶ hinsichtlich der Einführung von BKen allgemein weiter ausgeführt, dass es gerichtlich nicht möglich und auch nicht Aufgabe der Rechtsprechung sei, die Entscheidung des Verordnungsgebers, ob es arbeits- und sozialmedizinisch oder sozialpolitisch vertretbar oder sogar angebracht wäre, bestimmte Krankheiten in die BK-Liste aufzunehmen, voll zu überprüfen, sondern nur ob sie den Rahmen der Zweckbindung der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage überschreitet, ob sie etwa schlechterdings ungeeignet ist, diesen Zweck zu erreichen, oder ob sie unverhältnismäßig ist.

bb) Da die Ermächtigungsgrundlage für BKen in § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII im Gegensatz zum früheren § 551 RVO die Möglichkeit eines Unterlassungszwangs mit der Formulierung „sie kann dabei bestimmen, dass die Krankheiten nur dann Berufskrankheiten sind, .. wenn sie zur Unterlassung aller Tätigkeiten geführt haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ vorsieht, bestehen weder aufgrund von Art. 80 Abs. 1 GG noch aufgrund von § 9 Abs. 1 SGB VII Bedenken gegen die Aufnahme eines Unterlassungszwangs in bestimmte BK-Bezeichnungen.

Die heute bei den einschlägigen BKen Nr. 1315, 2101, 2104, 2108, 2109, 2110, 4301, 4302, 5101 nach der Anlage der BKV 2002 verwandte Formulierung für den

⁶⁸⁴ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr. 10: zu Bronchialasthma; BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46b 7. BKVO Nr 8: zu Hautkrankheiten; BSGE 84, 30, 32, 39: zur BK Nr. 2108 Lendenwirbelsäule.

⁶⁸⁵ BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr. 10; BSG SozR 5677 Anl 1 Nr 46b 7. BKVO Nr 8.

Unterlassungszwang „die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ entspricht auch im Wesentlichen der Formulierung der gesetzlichen Vorgabe in § 9 Abs. 1 S. 2 2. Halbs. SGB VII. Der Unterschied zwischen „geführt haben“ und „gezwungen haben“ ist im Hinblick auf die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgeber, zumal es sich um eine insgesamt begünstigende Regelung handelt, hinnehmbar.

Als **Zwischenergebnis** ist festzustellen: § 9 Abs. 1 SGB VII, einschließlich der besonderen BK-Voraussetzung Unterlassungszwang, sowie die heutige BKV und die in ihrer Anlage enthaltenen BKen mit Unterlassungszwang verstoßen nicht gegen Art. 80 Abs. 1 GG.

2. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Da der Zwang zum Unterlassen aller gefährdenden Tätigkeiten im Einzelfall von der Aufgabe einzelner für die Gesamttätigkeit nicht bedeutender Tätigkeiten bis zur gesamten ausgeübten Tätigkeit reichen kann⁶⁸⁷, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG.

a) Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Art. 12 Abs. 1 GG lautet: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden.“ Er enthält nach heute weitgehend einheitlicher Auffassung ein einheitliches Grundrecht trotz der scheinbaren Differenzierung zwischen Berufswahl und Berufsausübung, da in der Praxis die Übergänge

⁶⁸⁶ BSGE 84, 30, 33 f.

⁶⁸⁷ Siehe S. 91 ff.; 113.

fließend sind⁶⁸⁸.

aa) Das **Schutzgut** „Beruf“ ist weit auszulegen⁶⁸⁹ und umfasst jede Tätigkeit, die in ideeller wie in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient oder dazu beiträgt⁶⁹⁰, wobei zwischen selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten nicht zu unterscheiden ist⁶⁹¹. Obwohl auch untypische, nicht einem „klassischen“ Berufsbild entsprechende Betätigungen geschützt sind, so ist doch ausgerichtet an der allgemeinen Verkehrsauffassung zwischen einem eigenständigen „Beruf“ und einem Berufsteil bzw. einer Berufsmodalität zu unterscheiden⁶⁹². Die Unterscheidung ist notwendig, weil sonst in zahlreichen Fällen eine Beschränkung der Berufsfreiheit angenommen werden müsste, obwohl in Wirklichkeit nur eine Beschränkung der Berufsausübung gegeben ist⁶⁹³.

Zur Freiheit der Berufswahl gehört, die Entscheidung überhaupt einen Beruf zu ergreifen oder darauf zu verzichten sowie die Wahl eines bestimmten Berufs oder die Kombination verschiedener Berufe und der Wechsel des Berufs⁶⁹⁴. Die Berufsausübung umfasst die gesamte berufliche Tätigkeit, einschließlich Form, Mittel, Umfang und Inhalt der Betätigung⁶⁹⁵. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes schützt die Befugnis, einen konkreten Arbeitsplatz nach eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben⁶⁹⁶.

Der Vorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG betrifft entgegen dem Wortlaut aufgrund des einheitlichen Verständnisses des Grundrechts nicht nur die Berufsausübung,

⁶⁸⁸ BVerfGE 7, 377, 400 ff.; BVerfGE 95, 193, 214; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 40; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 1; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 31.

⁶⁸⁹ BVerfGE 68, 272, 281; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 4.

⁶⁹⁰ BVerfGE 7, 377, 397; BVerfGE 54, 301, 313; BVerfGE 68, 272, 281; BVerfGE 97, 228, 252; BVerfGE 105, 253, 265; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 8 ff.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 4; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 39.

⁶⁹¹ BVerfGE 7, 377, 398 f.; BVerfGE 105, 253, 265; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 17; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 4; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 33.

⁶⁹² Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 12; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 30; vgl. z.B. BVerfGE 68, 272, 281.

⁶⁹³ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 12.

⁶⁹⁴ BVerfGE 62, 117, 146; BVerfGE 85, 360, 373; BVerfGE 103, 172, 183; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 19, 37; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 8.

⁶⁹⁵ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 38; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 8; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 63.

sondern auch die Wahl des Berufs und des Arbeitsplatzes⁶⁹⁷. Die Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, können aber nicht nur in einem Gesetz, sondern auch in einer Rechtsverordnung oder Satzung erfolgen⁶⁹⁸. Die wesentlichen Fragen, vor allem besonders intensive Eingriffe⁶⁹⁹, müssen jedoch durch den Gesetzgeber hinreichend bestimmt geregelt werden⁷⁰⁰.

bb) Eingriffe in die Berufsfreiheit können erfolgen durch

- Regelungen mit Berufsbezug, die sich unmittelbar auf einen oder mehrere Berufe beziehen und die berufliche Tätigkeit ganz oder teilweise unterbinden oder sonst bewirken, dass sie „nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann“⁷⁰¹, also insbesondere Genehmigungsvorbehalte,
- Regelungen ohne berufsregelnde Zielrichtung, die aufgrund ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich beeinträchtigen⁷⁰²,
- Realakte⁷⁰³.

Nach der auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beruhenden und vom BVerfG entwickelten **Stufenlehre** sind drei Stufen von Einschränkungen zu unterscheiden⁷⁰⁴:

- Beschränkungen der Berufsausübung enthalten eine relativ geringe Beeinträchtigung.
- Beschränkungen der subjektiven Berufswahl beeinflussen die Berufswahl, ein-

⁶⁹⁶ BVerfGE 85, 360, 372 f.; BVerfGE 97, 169, 175; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 23; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 9; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 53

⁶⁹⁷ Zum Beruf: BVerfGE 7, 377, 401 f.; BVerfGE 54, 237, 246; zum Arbeitsplatz: BVerfGE 84, 133, 148; BVerfGE 85, 360, 373; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 19; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 71.

⁶⁹⁸ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 73 f.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 20 ff.

⁶⁹⁹ BVerfGE 38, 373, 381; BVerfGE 76, 171, 185; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 74; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 21 f.; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 115.

⁷⁰⁰ BVerfGE 86, 28, 40; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 74; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 22.

⁷⁰¹ BVerfGE 82, 209, 223; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 11; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 42; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 54.

⁷⁰² BVerfGE 13, 181, 185 f.; BVerfGE 81, 108, 121 f. m.w.N.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 43; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 12; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 55.

⁷⁰³ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 43a; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 14; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 82; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 58.

⁷⁰⁴ BVerfGE 7, 377, 397 ff.; BVerfGE 25, 1, 11 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 41, 53 ff., 65; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 24; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 81 ff.

schließlich die Entscheidung über die Fortsetzung, und stellen auf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse ab, z.B. Alter, Ablegen bestimmte Prüfungen, Fehlen von Vorstrafen.

- Objektive Beschränkungen der Berufswahl beeinflussen die Berufswahl anhand objektiver Kriterien, die nicht mit Eigenschaften der Betroffenen zusammenhängen und auch von ihnen nicht beeinflusst werden können; hierher gehören z.B. staatliche Monopole, Prüfung des Bedarfs für die Berufszulassung.

Die Abgrenzung zwischen Berufswahl und -ausübung kann schwierig sein, da auch bloße Ausübungsregeln derart gravierend sein können, dass sie zur Berufsaufgabe zwingen. Eine solche Regelung muss die Voraussetzungen einer Berufswahlbeschränkung erfüllen, wenn der Zwang zur Berufsaufgabe nicht nur in Einzelfällen auftritt⁷⁰⁵. D.h. in Zweifelsfällen ist von einer Berufswahlbeschränkung auszugehen⁷⁰⁶. Die Einstufung als Berufswahl- oder Berufsausübungsbeschränkung kann auch davon abhängen, ob die Ausübung eines Berufs oder einer bloßen Berufsmodalität betroffen ist⁷⁰⁷.

Als **Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs** sind neben dem grundsätzlichen Erfordernis, dass jede Beeinträchtigung der Berufsfreiheit verhältnismäßig sein muss, zu beachten⁷⁰⁸:

- Bei Beschränkungen der Berufsausübung hat der Gesetzgeber einen erheblichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum⁷⁰⁹, und sie werden durch vernünftige, ausreichende oder hinreichende Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert⁷¹⁰.
- Beschränkungen der subjektive Berufswahl sind zum Schutze wichtiger Ge-

⁷⁰⁵ BVerfGE 30, 292, 315 f.; BVerfGE 68, 155, 170 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 45, 49; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 28; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 137.

⁷⁰⁶ Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 28, 36

⁷⁰⁷ BVerfGE 11, 30, 41: Kassenarzt nur Ausübungsform; BVerfGE 86, 28, 38; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 30.

⁷⁰⁸ Grundlegend: BVerfGE 7, 377, 405 ff.; BVerfGE 76, 196, 207; BVerfGE 94, 372, 389 f.; BVerfGE 103, 172, 183 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 41 ff.; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 31 ff.; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 81 ff.

⁷⁰⁹ BVerfGE 39, 210, 225 f. m.w.N.; BVerfGE 77, 84, 106; BVerfGE 77, 308, 332.

⁷¹⁰ BVerfGE 30, 292, 317; BVerfGE 70, 1, 28: Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung; BVerfGE 95, 173, 183: Verbraucherschutz vor den Gesundheitsgefahren

meinschaftsgüter zulässig. Dabei kann es sich um „relative“, vom Gesetzgeber nach seinen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen sachgerecht festgelegte Güter bzw. Interessen handeln⁷¹¹. Der Ausschluss von einem Beruf ist zwar besonders bedenklich, bei belegbarer fehlender Eignung aber möglich⁷¹².

- Beschränkungen der objektive Berufswahl sind „nur zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sind“⁷¹³.

b) Untersuchung des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII

Dass der Unterlassungszwang sich im Einzelfall ganz unterschiedlich auswirken kann, ist für die Ermächtigungsgrundlage zunächst gleichgültig, da hier nur ihre grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu prüfen ist.

aa) Vorliegen eines Eingriffs

Zur Feststellung der Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG ist zunächst zu klären, ob und ggf. inwieweit der Unterlassungszwang überhaupt ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist.

(1) Eine Regelung mit Berufsbezug, die sich unmittelbar auf einen oder mehrere Berufe bezieht und die entsprechenden Berufstätigkeiten einschränkt, ist der Unterlassungszwang aufgrund seines allgemeinen Charakters nicht. Denn er betrifft nicht bestimmte Berufe, sondern generell alle Berufe, bei denen die entsprechenden BKen auftreten können.

des Rauchens; BVerfGE 104, 357, 364: nicht beim Ausschluss von Apotheken vom verkaufsoffenen Sonntag.

⁷¹¹ BVerfGE 13, 97, 106 f.; BVerfGE 69, 209, 218; BVerfGE 103, 172, 184 f.: Altersgrenze für Kassenärzte zur Sicherstellung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung und der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung.

⁷¹² BVerfGE 69, 233, 244.

⁷¹³ BVerfGE 7, 377, 414: Volksgesundheit; BVerfGE 21, 245, 251: Minderung der Arbeitslosigkeit; BVerfGE 102, 197, 214.

(2) Wenn auch eine direkte berufsregelnde Zielrichtung damit zu verneinen ist, so stellt sich doch die Frage nach einer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkung und Beeinträchtigung des Schutzbereichs⁷¹⁴. Denn obwohl der Unterlassungszwang keine berufsregelnde Zielrichtung hat, weil es nicht um die Ausübung oder Wahl eines Berufs, sondern vor allem um den Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und die Prävention zukünftiger Erkrankungen geht, beeinträchtigt er doch mittelbar die Berufsfreiheit der betroffenen Versicherten.

Fraglich könnte sein, ob es sich überhaupt um einen „Eingriff“ handelt, da ja nicht der Unfallversicherungsträger die Versicherten zwingt, ihre Tätigkeit zu unterlassen, sondern nur die Gewährung von Sozialleistung davon abhängig macht. Die Versicherten müssen ihre gefährdenden Tätigkeiten nicht aufgeben. Sie können diese auch weiterhin ausüben. Es sei denn, sie wollen, dass die BK anerkannt und ihnen die entsprechenden Leistungen gewährt werden, dann müssen sie die gefährdenden Tätigkeiten unterlassen. Insofern handelt es sich aber um eine Entscheidung von ihnen. Dies ist zwar kein „klassischer“ Eingriff⁷¹⁵, in dem der Staat die Berufsausübung nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässt oder aufgrund anderer Umstände untersagt. Es muss jedoch festgestellt werden, dass der Unterlassungszwang letztlich doch mittelbar berufsregelnd wirkt. Denn durch den zur Anerkennung der BK und Gewährung von Heilbehandlung sowie ggf. einer Verletztenrente einzuhaltenden Unterlassungszwang kann der betreffende Versicherte seinen Beruf nicht mehr in der gewünschten Weise ausüben. Auch das BVerfG⁷¹⁶ hat eine Regelung, die den Einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt oder die Aufgabe seines Arbeitsplatzes verlangt, als Beeinträchtigung angesehen⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Siehe S. 202.

⁷¹⁵ Jarass in: Jarass / Pieroth, Vorb. vor Art. 1 Rn. 25

⁷¹⁶ BVerfGE 85, 360, 373; ein weiteres Beispiel, bei dem Art. 12 Abs. 1 GG mittelbar betroffen sein kann, sind staatlichen Planungen und Subventionen: BVerfGE 82, 209, 223, 229: Beruf „Krankenhausbetreiber“.

Die Anforderungen an eine solche (mittelbare) Beeinträchtigung sind jedoch umstritten: Zum Teil wird eine Beeinträchtigung von einigem Gewicht und einer objektiv berufsregelnden Tendenz gefordert⁷¹⁸. Nach anderer Auffassung reicht jede spezifische, rechtlich oder faktisch wirkende Betroffenheit des Einzelnen bei seiner beruflichen Tätigkeit aus⁷¹⁹.

Nach der ersten Auffassung würde ein Eingriff in die Berufsfreiheit nur in bestimmten Fallgestaltungen vorliegen, nach der zweiten, weiteren Auffassung aufgrund der faktisch wirkenden Betroffenheit in jedem Fall. Nach dieser zweiten Auffassung ist die Rechtmäßigkeit des Eingriffs immer zu klären. Dies soll hier zumindest vorsorglich erfolgen.

bb) Rechtfertigung eines Eingriffs

Die Prüfung der Rechtfertigung dieses Eingriffs muss davon ausgehen, dass es sich um eine mittelbare und tatsächliche Beeinträchtigung aufgrund einer Regelung ohne berufsregelnde Zielrichtung handelt, die letztlich zu einer Beschränkung der subjektiven Berufswahl führen kann. Eine solche ist schon bei „relativen“, aber sachgerecht festgelegten Interessen zulässig⁷²⁰.

Die Gründe für den Unterlassungszwang sind vor allem der Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und die erstrebte Verwaltungsvereinfachung sowie präventive Gesichtspunkte zugunsten der Gesundheit des Erkrankten und der Beitragszahler. Beiden Gesichtspunkten kann die Sachgerechtigkeit nicht abgesprochen werden⁷²¹ und insbesondere die Gesundheit ist ein anerkannt hohes Gut. Im Übrigen handelt es sich nicht um einen direkten Eingriff, sondern nur um einen mittelbaren bei der Gewährung von Sozialleistungen. Auch die grundsätzliche Vereinbarkeit

⁷¹⁷ Siehe oben S. 202; BVerfGE 82, 209, 223: Eingriff in den Beruf Krankenhausbetreiber durch Versagung von Subventionen. Ob es sich um den Sonderfall eines sog. „influenzierenden Eingriffs“, vgl. Jarass in: Jarass / Pieroth, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26, handelt, kann dahingestellt bleiben.

⁷¹⁸ BVerfGE 70, 191, 214; BVerfGE 97, 228, 254; BVerfGE 98, 218, 258; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 43; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 12.

⁷¹⁹ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 43; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 71 ff.

⁷²⁰ Siehe S. 202 zur Stufenlehre, S. 203 zum Prüfungsmaßstab.

⁷²¹ Vgl. BVerfGE 70, 1, 28: Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung; BVerfGE 95, 173, 183: Verbraucherschutz vor den Gesundheitsgefahren des Rauchens.

des Unterlassungszwangs mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schon festgestellt wurde⁷²². Des Weiteren kann der Versicherte den Eingriff in gewissem Umfang steuern, weil er über das entscheidende Unterlassen bestimmen kann und ggf. das Unterlassen hinausschieben oder auf einen ihm günstig erscheinenden Zeitpunkt legen kann. Zudem werden die monetären Folgen des Unterlassens durch die verschiedenen Leistungen der Unfallversicherungsträger zumindest teilweise ausgeglichen.

Daher ist die in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII vorgesehene Möglichkeit einer weiteren BK-Voraussetzung Unterlassungszwang grundsätzlich mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

c) Untersuchung des Unterlassungszwangs in den einzelnen BK-Bezeichnungen der BKV

Da die Regelungen des Unterlassungszwangs in den einzelnen BK-Bezeichnungen sich nur unwesentlich von der in der Ermächtigungsgrundlage unterscheidet⁷²³, wird hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG auf das soeben Gesagte Bezug genommen.

aa) Die Intensität der **Eingriffe** im Einzelfall unterscheidet sich jedoch aufgrund der schon angesprochenen Spannbreite der praktischen Auswirkungen des Unterlassungszwangs erheblich:

- Der Unterlassungszwang kann, wenn völlig untergeordnete Tätigkeiten betroffen sind, die keinerlei quantitative oder qualitative Bedeutung für die ausgeübte Gesamttätigkeit haben, dazu führen, dass die Versicherten ihren bisherigen Arbeitsplatz nicht aufgeben müssen und weiterhin dasselbe Entgelt erzielen. Er kann also ggf. zu fast überhaupt nicht feststellbaren Auswirkungen führen.

⁷²² Siehe S. 173.

- In anderen Fällen kann der Unterlassungszwang zur Aufgabe wesentlicher Teile der Gesamttätigkeit oder letztlich zur Aufgabe des Berufs selbst führen, so z.B. bei einem an einer obstruktiven Atemwegserkrankung leidenden, selbständigen und bisher allein backenden Bäcker, der seine Tätigkeit in der Backstube für die Anerkennung der BK Nr. 4301 bzw. 4302 aufgeben muss.

bb) Die Rechtfertigung des Eingriffs in den zu ersten genannten Fällen ist aufgrund des zur grundsätzlichen Zulässigkeit der BK-Voraussetzung Unterlassungszwang Gesagten unproblematisch zu bejahen.

Schwieriger hingegen ist die zweite Fallgruppe zu beurteilen, in denen die Aufgabe wesentlicher Teile des Berufs, wenn nicht des gesamten bisher ausgeübten Berufs verlangt wird, was besonders hohe Anforderungen an die rechtfertigenden Gründe stellt⁷²⁴.

Auf die soeben schon herausgearbeiteten Beurteilungskriterien soll zunächst verwiesen werden: Es ist eine mittelbare und tatsächliche Beeinträchtigung der subjektiven Berufswahl aufgrund einer Regelung ohne berufsregelnde Zielrichtung, die schon bei „relativen“, aber sachgerecht festgelegten Interessen zulässig ist⁷²⁵. Den Gründen für den Unterlassungszwang (Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen, Verwaltungsvereinfachung, Prävention) kann die Sachgerechtigkeit nicht abgesprochen werden. Im Übrigen handelt es sich nicht um einen direkten Eingriff, sondern nur um einen mittelbaren bei der Gewährung von Sozialleistungen, dessen grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schon festgestellt wurde⁷²⁶. Von daher ist die Schwelle für einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG schon relativ hoch. Zumal dieser, wie schon im Abschnitt vorher ausgeführt, durch den Versicherten in gewissem Umfang „steuerbar“ ist und zumindest teilweise zu finanziellen Kompensationsleistungen führt.

Da sich ein derartiger nicht zu rechtfertigender Eingriff außerdem nicht zwangsläufig

⁷²³ Siehe S. 199.

⁷²⁴ Siehe S. 204.

⁷²⁵ Siehe S. 202 zur Stufenlehre, S. 203 zum Prüfungsmaßstab.

fig aus dem in den BK-Bezeichnungen enthaltenen Unterlassungszwang ergibt, ist dieser entsprechend dem zur Ermächtigungsgrundlage Gesagten als mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar anzusehen.

Aber selbst in den extremen Einzelfällen, bei denen sich aus dem Unterlassungszwang ein Zwang zur Aufgabe der Gesamttätigkeit ergibt, ist angesichts der oben bejahten Möglichkeit von Ausnahmen, z.B. bei einer besonders schwierigen wirtschaftlichen und sozialen Lage der Versicherten oder bei unabweisbaren Erfordernissen des Unternehmens⁷²⁷, eine Handhabung des Unterlassungszwangs möglich, die den Erfordernissen des Einzelfalls gerecht wird und letztlich einen nicht gerechtfertigten Eingriff gemäß Art. 12 Abs. 1 GG vermeidet.

Als **Zwischenergebnis** ist festzustellen: Die Regelungen des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 SGB VII und den einzelnen BK-Bezeichnungen der BKV verstoßen nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

3. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG schützt als allgemeine Handlungsfreiheit vor allem die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und für seine Anwendung ist neben der Prüfung eines spezielleren Grundrechts kein Raum⁷²⁸. Z.B. ist gegenüber Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur vorrangig, sondern entfaltet in seinem Schutzbereich gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG auch eine Sperrwirkung⁷²⁹.

Bei der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG wurde zwar ein unmittelbarer Berufsbezug des Unterlassungszwangs verneint, aber eine mittelbare Beeinträchtigung, deren Stärke von dem Umfang der zu unterlassenden Tätigkeiten abhängt, bejaht. Eine

⁷²⁶ Siehe S. 173.

⁷²⁷ Siehe S. 181 f.

⁷²⁸ BVerfGE 13, 290, 296; BVerfGE 68, 193, 223 f.; BVerfGE 89, 1, 13; Clemens in: Umbach / Clemens vor Art. 2 ff. Rn. 25, Art. 2 Rn. 248 ff.; Jarass in: Jarass/ Piroth, Art. 2 Rn. 2; Katzenstein, SGB 1988, 177, 187.

derartige mittelbare Beeinträchtigung mit berufsregelnder Tendenz genügt aber, um die Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG auszuschließen⁷³⁰.

Von daher ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten: Ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG scheidet aus.

4. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Gegen die Vereinbarkeit des Unterlassungszwangs mit dem Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG erhebt vor allem **Ricke Bedenken**⁷³¹: Die erforderliche Tätigkeitsaufgabe enthalte eine ungleiche Behandlung gegenüber anderen BKen und Arbeitsunfällen. Die Auffassung des BSG⁷³², der Unterlassungszwang sei ein sachlicher Differenzierungsgrund, weil er als typisiertes Kausalanzeichen diene und nicht für entschädigungswürdig gehaltene leichte Fälle ausscheide, die häufig nicht durch die versicherte Tätigkeit verursacht seien, träfe nicht zu, weil z.B. auch die beruflichen Hautkrankheiten im Allgemeinen leicht beginnen und eine schwere Krankheit keineswegs typischerweise beruflich bedingt ist. Die Argumentation des BSG sei zudem in sich widersprüchlich, als es von nicht entschädigungswürdigen leichten Fällen spräche. Alle vom BSG genannten Gründe ließen sich für fast alle BKen anführen, auch hinsichtlich der Notwendigkeit, die Versicherten aus Präventionsgründen aus der gefährdenden Tätigkeit herauszunehmen. Die überwiegenden Gesichtspunkte sprächen daher für eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung.

⁷²⁹ BVerfGE 23, 50, 55 f.; BVerfGE 70, 1, 32; BVerfGE 94, 372, 389; BVerfGE 105, 252, 279; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 93; Jarass in: Jarass/ Pieroth, Art. 2 Rn. 2, Art. 12 Rn. 3.

⁷³⁰ BVerfGE 37, 1, 17 f.; BVerfGE 55, 7, 25 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 12 Rn. 43; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 12; Umbach in: Umbach / Clemens, Art. 12 Rn. 22.

⁷³¹ Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 9 Rn. 19.

⁷³² BSG SozR 2200 § 551 RVO Nr 10.

a) Verfassungsrechtliche Ausgangslage

aa) Grundlagen

Der Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG enthält nach der Rechtsprechung des BVerfG und der Literatur ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gleichbehandlung⁷³³. Inwieweit er nicht nur ein Abwehrrecht ist, sondern einen materiellen Schutzgegenstand besitzt⁷³⁴, inwieweit zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit zu unterscheiden ist⁷³⁵, wie das Verhältnis u.a. zum Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG ist⁷³⁶, ist in der Literatur umstritten. Angesichts der zentralen Stellung des BVerfG insgesamt und dessen Verwerfungsmonopols für nachkonstitutionelle Gesetze (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) werden diese eher theoretischen Streitfragen aber zurückgestellt und wird im Folgenden vor allem von der für die praktische Anwendung relevanten Rechtsprechung des BVerfG ausgegangen.

Das BVerfG hat dem Art. 3 Abs. 1 GG zunächst vor allem ein allgemeines Willkürverbot entnommen, nach dem der Gesetzgeber „weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandeln“ darf⁷³⁷. Die Willkür ist objektiv zu beurteilen, ohne dass es auf Schuld oder böse Absicht ankommt⁷³⁸.

Mittlerweile verwendet das BVerfG eine sog. **neue Formel**, nach der Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unglei-

⁷³³ BVerfGE 6, 84, 91: „Grundrecht des einzelnen“; BVerfGE 40, 296, 318; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 2, 35; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 1; Paehlke-Gärtner in: Umbach / Clemens, Art. 3 Rn. 51.

⁷³⁴ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 2; Osterloh in: Sachs, Art. 3 Rn. 40.

⁷³⁵ Vgl. Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 51 ff.; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 3 ff.

⁷³⁶ Vgl. Bieback, SGB 1989, 46, 47; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 54, Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 1; Manssen in: v. Mangoldt / Klein, Art. 12 Rn. 6, 27 ff.

⁷³⁷ BVerfGE 1, 14, 52; BVerfGE 4, 144, 155; BVerfGE 98, 365, 385; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 2, 11; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 1, 5; Paehlke-Gärtner in: Umbach / Clemens, Art. 3 Rn. 55 ff.; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 16 ff.

che Behandlung rechtfertigen könnten“⁷³⁹. Ein Teil der Literatur sieht hierin eine Weiterentwicklung, während bisher irgendein sachlicher Grund für eine Differenzierung genügt habe, müsse jetzt eine Gewichtung erfolgen, dadurch werde der Aspekt der Verhältnismäßigkeit bzw. des Übermaßverbots mitumfasst⁷⁴⁰. Andere sehen in der neuen Formel nichts Neues, ohne die Rechtsprechung des BVerfG zu kritisieren⁷⁴¹.

bb) Der anzuwendende Prüfungsmaßstab

Im Ergebnis folgt auch die Literatur dem vom BVerfG vertretenen unterschiedlich strengen Prüfungsmaßstab je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal⁷⁴²:

- Bei personenbezogenen bzw. personengebundenen Merkmalen („Personengruppe“) besteht eine besonders strenge Bindung an den Gleichheitssatz⁷⁴³.
- Gleiches gilt, wenn eine Ungleichbehandlung Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten hat⁷⁴⁴.
- Außerhalb dieses Bereichs, bei sachverhaltsbezogenen Merkmalen ist der Prüfungsmaßstab geringer, die Grenze bildet das allgemeine Willkürverbot⁷⁴⁵.
- In dem dazwischen liegenden Bereich, in dem „den Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs für die Frage, ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, erhebliche Bedeutung zu (kommt)“⁷⁴⁶, ist der konkrete Maßstab ungeklärt.

⁷³⁸ BVerfGE 2, 266, 281; BVerfGE 4, 144, 155; BVerfGE 62, 189, 192 m.w.N.; BVerfGE 86, 59, 63; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 20; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 26.

⁷³⁹ BVerfGE 55, 72, 88; BVerfGE 75, 348, 357; BVerfGE 82, 60, 86; BVerfGE 95, 39, 45; BVerfGE 76, 256, 329 f.; BVerfGE 105, 73, 110 f.; vgl. zur Literatur: Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 14; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 25 ff.; zum Verhältnis der „alten“ zur „neuen“ Formel und aus der Innensicht des BVerfG: Katzenstein, SGB 1988, 177, 180 f.

⁷⁴⁰ Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 14 m.w.N.; vgl. Osterloh in: Sachs, Art. 3 Rn. 18; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 96 ff.; kritisch: Bieback, SGB 1989, 46, 47 f.

⁷⁴¹ Vgl. Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 27; Starck in: v. Mangoldt / Klein, Art. 3 Rn. 11.

⁷⁴² Zusammenfassend: BVerfGE 88, 87, 96 f.; jüngst: BVerfGE 105, 73, 110 f.; zur Literatur: Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 14; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 17 ff.; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 45 ff., 107 ff.; Starck in: v. Mangoldt / Klein, Art. 3 Rn. 55 f.

⁷⁴³ BVerfGE 95, 39, 45.

⁷⁴⁴ BVerfGE 74, 9, 24; BVerfGE 93, 99, 111.

⁷⁴⁵ BVerfGE 55, 72, 89; BVerfGE 97, 271, 291.

⁷⁴⁶ BVerfGE 89, 365, 376; BVerfGE 99, 367, 390: „hinreichend sachbezogene, nach Art und Gewicht vertretbare Gründe“.

Ob dieser differenzierte Prüfungsmaßstab nun als „neueste Formel“⁷⁴⁷ zu bezeichnen ist, kann als rein begriffliche Frage dahingestellt bleiben.

Als entscheidenden Gesichtspunkt zur Beurteilung des Willkürverbots und zureichenden Grund für Differenzierungen verweist das BVerfG bei leicht wechselnden Formulierungen auf die „**Sachgerechtigkeit**“⁷⁴⁸, für die eine objektive Betrachtung geboten ist⁷⁴⁹. Als Differenzierungsgrund kommen in Betracht

- Praktikabilität der Regelung⁷⁵⁰,
- finanzielle Gesichtspunkte, insbesondere bei Leistungsgesetzen⁷⁵¹,
- Rechtssicherheit⁷⁵²,
- Grundkonzeption⁷⁵³, Grundstruktur⁷⁵⁴, Strukturprinzip⁷⁵⁵ bzw. System des betreffenden Regelungsbereichs⁷⁵⁶, Systemgerechtigkeit⁷⁵⁷.

Entscheidend für die Beurteilung, ob zwei Sachverhalt gleich oder ungleich sind, ist das Differenzierungskriterium, unter dem der Vergleich angestellt wird, wobei zu beachten ist, dass die Auswahl des Differenzierungskriteriums nicht durch einen logischen Denkkakt, sondern aufgrund eines Werturteils erfolgt mit Blick auf ein bestimmtes Ziel, das durch die unterschiedliche Behandlung erreicht werden soll, das sog. Differenzierungsziel⁷⁵⁸. Dieses muss verfassungsgemäß sein, d.h. bei seiner Auswahl ist der Gesetzgeber an die Grundwertentscheidungen des GG gebunden, wie das Sozialstaatsprinzip, das Übermaßverbot, den Verhältnismäßig-

⁷⁴⁷ So: Paehlke-Gärtner in: Umbach / Clemens, Art. 3 Rn. 65.

⁷⁴⁸ BVerfGE 1, 14, 52; BVerfGE 49, 192, 209; BVerfGE 80, 109, 118; BVerfGE 71, 39, 58; BVerfGE 99, 367, 390; BVerfGE 103, 392, 398: „sachlich gerechtfertigt“; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 30; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 13; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 29.

⁷⁴⁹ BVerfGE 75, 246, 268; sowie die Angaben zur Willkür S. 211.

⁷⁵⁰ BVerfGE 17, 337, 354; BVerfGE 41, 126, 188; BVerfGE 55, 159, 169.

⁷⁵¹ BVerfGE 3, 4, 11; BVerfGE 75, 40, 72; BVerfGE 87, 1, 45.

⁷⁵² BVerfGE 15, 313, 319 f.; BVerfGE 72, 302, 327 f.

⁷⁵³ BVerfGE 14, 263, 285.

⁷⁵⁴ BVerfGE 75, 348, 358: der gesetzlichen Unfallversicherung.

⁷⁵⁵ BVerfGE 79, 87, 100.

⁷⁵⁶ BVerfGE 22, 163, 171.

⁷⁵⁷ BVerfGE 1, 208, 246 f.; zurückhaltend: Katzenstein, SGB 1988, 177, 181 f.; kritisch: Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 38 ff.; Bieback, SGB 1989, 46, 49: jedes System ist Teil ein größeren, kann aber auch in kleinere aufgeteilt werden.

⁷⁵⁸ Dürig in: Maunz / Dürig, Art. 3 I Rn. 1 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 16a ff.; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 29 ff.; Starck in: v. Mangoldt / Klein, Art. 3 Rn. 13 ff.

keitsgrundsatz usw., wobei Einzelheiten umstritten sind⁷⁵⁹.

Der Gleichheitssatz ist **nicht nur bei Eingriffen** in die Rechtssphäre des Einzelnen, sondern auch bei der Verteilung staatlicher Vergünstigungen anwendbar. Hierbei hat der Gesetzgeber tendenziell einen größeren Gestaltungsspielraum als bei Eingriffen in die Bürgersphäre, muss allerdings den Kreis der Begünstigten sachgerecht abgrenzen⁷⁶⁰.

cc) Typisierungen

Für diese gelten Sonderregelungen. Bei ihnen nimmt der Gesetzgeber bewusst über die Generalisierung hinaus graduelle Abstufungen vor bzw. sieht von relevanten Merkmalen ab⁷⁶¹. Eine Typisierung muss einen legitimen Zweck haben, für diesen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein⁷⁶². Das BVerfG hat in folgenden Fällen Typisierungen als ausreichenden Differenzierungsgrund zugelassen⁷⁶³:

- Bei der Ordnung von Massenerscheinungen des modernen staatlichen Lebens, die ohne eine gewisse Typisierung der Tatbestände nicht zu bewältigen wären, wie im Bereich der Sozialversicherungsrenten oder der Arbeitslosenversicherung und im Steuerrecht⁷⁶⁴.
- In den Fällen, in denen die Verwaltungspraktikabilität es fordert, insbesondere wenn eine schnelle Entscheidung erforderlich ist⁷⁶⁵.
- Wenn Typisierungen wegen der schweren Ermittelbarkeit des Sachverhalts

⁷⁵⁹ Vgl. BVerfGE 42, 64, 72 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 21, 28 f.; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 31, 71; Schnapp in: v. Münch / Kunig, Art. 20 Rn. 16 ff.; Starck in: v. Mangoldt / Klein, Art. 3 Rn. 16.

⁷⁶⁰ BVerfGE 11, 50, 60; BVerfGE 17, 210, 216; BVerfGE 39, 148, 153; BVerfGE 78, 104, 121; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 4, 10, 24; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 108; Starck in: v. Mangoldt / Klein, Art. 3 Rn. 57 f.; kritisch: Katzenstein, SGB 1988, 177, 182.

⁷⁶¹ Vgl. jüngst: BVerfGE 103, 310, 319 f.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 26; anders: Herzog in: Maunz / Dürig Rn. 25 ff. zu Art 3 Anh, der nicht zwischen Generalisierung und Typisierung unterscheidet.

⁷⁶² Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 113.

⁷⁶³ Vgl. zu Literatur: Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 26; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 21; Katzenstein, SGB 1988, 177, 182 f.; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 111.

⁷⁶⁴ BVerfGE 17, 1, 23; BVerfGE 63, 119, 128; BVerfGE 67, 231, 237; BVerfGE 77, 308, 338; BVerfGE 79, 87, 100; BVerfGE 99, 280, 290; BVerfGE 103, 392, 402.

⁷⁶⁵ BVerfGE 9, 20, 32; BVerfGE 63, 119, 128; BVerfGE 82, 60, 101 f.

notwendig sind⁷⁶⁶.

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit der Verwaltungspraktikabilität als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Sozialrecht bei der Ordnung von Massenerscheinungen setzt dies im Rahmen einer Abwägung voraus, dass bei einer Gleichbehandlung erhebliche verwaltungstechnische Schwierigkeiten entstehen würden, die nicht durch einfachere, die Betroffenen weniger belastende Regelungen behoben werden könnten⁷⁶⁷.

Mit einer Typisierung sind zwangsläufig Benachteiligungen Einzelner verbunden. Deshalb hat das BVerfG folgende Grenze gezogen: Die Benachteiligung darf nur eine kleine Anzahl von Personen betreffen und darf im Einzelfall nicht sehr intensiv oder ohne ausreichende sachliche Grundlage wesentlich stärker belastend sein⁷⁶⁸. Überschreitet die Intensität des Eingriffs das zulässige Maß, ist zumindest eine Härteklausel oder Billigkeitsregelung erforderlich, zumal Billigkeitsklauseln den Spielraum für Typisierungen erhöhen⁷⁶⁹.

Charakteristische Fälle von Typisierungen sind Pauschalierungen, Freigrenzen und Höchstsummen bei Geldbeträgen, Altersgrenzen, Fristen und Stichtage⁷⁷⁰.

dd) Adressaten

Dass Art. 3 Abs. 1 GG auch **den Gesetzgeber bindet**, ist trotz der Formulierung „vor dem Gesetz“ im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG heute ganz überwiegend anerkannt⁷⁷¹.

⁷⁶⁶ BVerfGE 78, 214, 231.

⁷⁶⁷ BVerfGE 103, 225, 235 f.

⁷⁶⁸ BVerfGE 30, 292, 327; BVerfGE 63, 119; BVerfGE 79, 87, 100; BVerfGE 100, 59, 90; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 26; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 21; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 114.

⁷⁶⁹ BVerfGE 48, 102, 114 m.w.N.; BVerfGE 68, 155, 173 f.; BVerfGE 93, 165, 171; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 26; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 21; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 114.

⁷⁷⁰ Vgl. BVerfGE 1, 264, 276; BVerfGE 3, 58, 148; BVerfGE 80, 297, 311; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 26; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 21 f.; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 112 ff.

⁷⁷¹ So schon: BVerfGE 14, 42, 51 f.; Dürig in: Maunz / Dürig, Art. 3 I Rn. 292 ff.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 2; Paehlke-Gärtner in: Umbach / Clemens, Art. 3 Rn. 45, 48; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 2; Starck in: v. Mangoldt / Klein, Art. 3 Rn. 2.

Die dargestellten Grundsätze gelten für den **Verordnungsgeber** entsprechend mit folgenden Besonderheiten⁷⁷²:

- Das Differenzierungskriterium muss nicht nur mit der Verfassung, sondern auch in Übereinstimmung mit dem einfachen Gesetzesrecht stehen, an das die Verwaltung gebunden ist.
- Die Gestaltungsfreiheit der Verwaltung ist sachlich durch Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Ermächtigung gemäß Art. 80 Abs. 1 GG beschränkt.

ee) Anwendungsfälle aus dem Sozialrecht

Konkret zum Sozialrecht weist das Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerfG bei Art. 3 GG nur zum Gleichsatz im Sozialversicherungsrecht über 100 Entscheidungen des BVerfG nach⁷⁷³. Diese alle hier nachvollziehen und würdigen zu wollen, würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Eine Beschränkung auf die Grundlinien anhand der Ausgangsfrage ist daher erforderlich. Dabei ist zu beachten, dass es ausgehend von dem zu prüfenden möglichen Gleichheitsverstoß aufgrund unterschiedlicher BK-Voraussetzungen und BK-Bezeichnungen um einen Vergleich innerhalb eines Systems und bezogen auf den Zugang zu bestimmten Sozialleistungen geht.

Speziell zum Leistungsrecht in der gesetzlichen Unfallversicherung sind neben den Entscheidungen zu der besonderen Problematik der Stichtagsregelung bei BKen folgende Entscheidungen zu beachten:

- Das BVerfG⁷⁷⁴ sah den Ausschluss des zwar schon gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes, das durch eine BK der Mutter geschädigt wurde, von den Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung als mit Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) nicht vereinbar an, weil bei aller Ungleichheit zwischen Mutter und ungeborenem Kind die Gefahrenlage auf-

⁷⁷² So schon: BVerfGE 13, 248, 253; BVerfGE 69, 150, 160; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 8, 36; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 23; Paehlke-Gärtner in: Umbach / Clemens, Art. 3 Rn. 50.

⁷⁷³ Nachschlagewerk, S. 95 - 97; zur Bedeutung des Sozialrechts für das BVerfG vgl. auch: Katzenstein, SGB 1988, 177, 178.

grund deren natürlichen Einheit gleich sei und insofern keine aus der Natur der Sache folgenden oder sonstwie einleuchtenden Gründe für eine Differenzierung zu finden seien. Der Gesetzgeber hat der Entscheidung durch Einbeziehung des nasciturus in den Versicherungsschutz der Mutter gegen BKen früher in § 555a RVO, mittlerweile in § 12 SGB VII Rechnung getragen.

- Die Einbeziehung eines erst nach Eintritt der BK gezeugten Kindes in den Versicherungsschutz der gesetzlichen Unfallversicherung lehnte das BVerfG⁷⁷⁵ hingegen unter Zugrundelegung der neuen Formel ab, denn es gäbe „Gründe von solcher Art und solchem Gewicht“ zwischen den Kindern für die Unterscheidung, dass die am System der gesetzlichen Unfallversicherung orientierte Grenzziehung des Gesetzgebers nicht zu beanstanden sei.
- Den mittlerweile durch § 9 SGB VII abgelösten § 551 RVO hat das BVerfG wiederholt als mit dem Gleichheitssatz vereinbar angesehen: Im sog. Elektro-schweißer-Lungen-Fall⁷⁷⁶ hat es aufgrund der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die erst verletzt sei, wenn ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für eine Differenzierung sich nicht finden lasse, die Nicht-Aufnahme der Erkrankung in die BKVO gebilligt.
- In einem weiteren Verfahren hat es ausgeführt, dass § 551 RVO auf einen möglichst lückenlosen Schutz für alle Versicherten, die an einer durch Berufstätigkeit verursachten Krankheit leiden, ziele. Werde im Einzelfall davon abgewichen, so liege ein Verstoß gegen das vom Gesetzgeber gesetzte System und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor⁷⁷⁷.

Zum Leistungsrecht in anderen Gebieten des Sozialversicherungsrechts hat das BVerfG wie folgt Stellung genommen:

- Die unterschiedliche Bemessung der Witwenrente im Sterbevierteljahr bei Witwen von berufsunfähigen im Gegensatz zu erwerbsunfähigen Versicherten war gleichheitswidrig, weil der Sinn der Regelung (Ausgleich der erhöhten Aufwendungen) bei beiden Witwen gleichermaßen galt und es keinen sachlichen Grund

⁷⁷⁴ BVerfGE 45, 376, 388.

⁷⁷⁵ BVerfGE 75, 348, 357 ff.

⁷⁷⁶ BVerfG SozR 2200 § 551 RVO Nr 11.

für die unterschiedliche Behandlung gab.⁷⁷⁸

- Unter Zugrundelegung der neuen Formel wurde es als durch sachliche Gründe nicht hinreichend gerechtfertigte Ungleichbehandlung angesehen, dass die nur in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten die vollen Leistung für ihre Beiträge erhielten, während zusätzlich auch in der gesetzlichen Unfallversicherung Versicherte bei Übernahme der Heilbehandlung durch den Unfallversicherungsträger möglicherweise ein im Vergleich zum Krankengeld sehr niedriges Verletztengeld erhielten. Dies beruhe auch nicht auf einem konsequent durchgeführten Strukturprinzip und auch die Voraussetzungen für eine typisierende Regelung (Benachteiligung betrifft nur einen kleinen Personenkreis und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz ist nicht intensiv) lägen nicht vor. Es sei mit dem auch in der Sozialversicherung geltenden Beitrags- und Versicherungsprinzip nicht vereinbar, dass Versicherte trotz gleicher Beitragsleistung und medizinisch gleicher Bedarfssituation unterschiedliche Versicherungsleistungen erhalten⁷⁷⁹.

Als **Zwischenergebnis** sind daher bei der Auslegung des Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG auch für das Sozialrecht die neue Formel sowie das Willkürverbot als dessen Basis zugrunde zulegen, wobei in der konkreten Prüfung die sachlichen Gründe für die unterschiedliche Behandlung zu würdigen sind. Dies erfordert zunächst die Feststellung der Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen und in einem zweiten Schritt deren verfassungsrechtliche Rechtfertigung entsprechend dem oben dargestellten abgestuften Prüfungsmaßstab (besonders streng bei personenbezogenen bzw. personengebundenen Merkmalen oder Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten, geringer bei sachverhaltsbezogenen Merkmalen mit der Grenze Willkürverbot, unklar im Zwischenbereich)⁷⁸⁰. Dabei sind der dem Gesetz- bzw. Verwaltungsgeber bei der Leistungsgewährung zustehende größere Gestaltungsspielraum sowie die Sonderregelungen für Typisierungen zu beachten.

⁷⁷⁷ BVerfGE 58, 369, 373 ff.

⁷⁷⁸ BVerfGE 32, 365, 370 f.

⁷⁷⁹ BVerfGE 79, 87, 98 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. Bryde / Kleindiek, Jura 1999, 36 ff.; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art 3 Rn. 14; Jarass NJW 1997, 2545 ff.

b) Untersuchung des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII

aa) Die Unterschiede zwischen BKen mit und ohne Unterlassungszwang

Die für die Prüfung auf die Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG **zunächst festzustellenden allgemeinen Unterschiede** zwischen BKen, in denen der Unterlassungszwang in die Bezeichnung aufgenommen wurde, und solchen, in denen er nicht aufgenommen wurde, treten klar hervor:

Der Unterlassungszwang ist eine BK-Anerkennungsvoraussetzung und ohne seine Feststellung kann die BK nicht anerkannt werden⁷⁸¹, vorher tritt kein Versicherungsfall ein und die an den Versicherungsfall geknüpften Leistungen gemäß §§ 26 ff. SGB VII, z.B. Heilbehandlung, Verletztenrente, werden nicht erbracht. Möglich sind nur Leistungen gemäß § 3 BKV⁷⁸².

bb) Der anzuwendende Prüfungsmaßstab

Ausgehend von den oben beschriebenen Unterschieden beim Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsgrund kann festgestellt werden, dass beim Unterlassungszwang nicht hinsichtlich personenbezogener Merkmale differenziert wird. Denn die Frage des Unterlassens betrifft nicht den persönlichen Status oder persönliche Eigenschaften. Auch ein Eingriff in andere Grundrechte liegt nicht vor, wie sich aus den obigen Erörterungen zu dem allein einschlägigen Grundrecht Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG ergibt.

Es handelt sich aber auch nicht um eine bloße Differenzierung zwischen Sachverhalten, vielmehr hat die Differenzierung unmittelbar Auswirkungen auf Personen und deren Rechtsstellung.

⁷⁸¹ Siehe S. 51, 53, 59.

In diesem Zwischenbereich⁷⁸³ ist eine Prüfung anhand der Sachgerechtigkeit entsprechend den Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs sowie als äußerste Grenze anhand des allgemeinen Willkürverbots erforderlich. Dabei ist zu beachten ist, dass eine großzügigere Prüfung geboten ist, wenn die Betroffenen sich auf die Regelung einstellen und nachteiligen Auswirkungen durch eigenes Verhalten begegnen können⁷⁸⁴.

Zudem sind die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und die tendenziell schwächere Prüfung im Leistungsrecht zu beachten.

cc) Die Anwendung des Prüfungsmaßstabes

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit die für die Einführung der weiteren Voraussetzung Unterlassungszwang genannten Ziele die aufgezeigten Unterschiede rechtfertigen, und daran anschließend die allgemeine verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Ziele als Differenzierungsgründe.

Als Ziele für den Unterlassungszwang wurden herausgearbeitet⁷⁸⁵:

- Indiz für die Schwere der Krankheit zum Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und zur Verwaltungsvereinfachung,
- Präventionszweck zur Vermeidung einer Verschlimmerung sowohl im Interesse der Erkrankten als auch der Solidargemeinschaft,
- Kausalitätsanzeichen in bestimmten Fallkonstellationen.

(1) Das schon in der ersten Begründung zu den Hautkrankheiten in 1936 genannte Argument der **Verwaltungsvereinfachung** zur Vermeidung unnötiger Verfahren, das bis heute zum **Ausschluss von Bagatellkrankheiten** verwandt wird, ist ein typischer, zulässiger Differenzierungsgrund, weil die Ordnung von heutigen Massenerscheinungen, wie es die BKen mit über 70.000 Verdachtsanzeigen jährlich

⁷⁸² Siehe S. 142.

⁷⁸³ Siehe S. 212 f.

⁷⁸⁴ BVerfGE 55, 72, 89; BVerfGE 90, 22, 26; Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 12 Rn. 20.

⁷⁸⁵ Siehe S. 89.

sind⁷⁸⁶, ohne eine gewisse Typisierung nicht zu bewältigen ist.

Außerdem sind mit einer Bagatell-Erkrankung keine wesentlichen Leistungsansprüche verbunden bzw. die Leistungen werden aufgrund anderer Rechtsvorschriften (§ 3 BKV) und ggf. von anderen Leistungsträgern (Krankenversicherung) erbracht⁷⁸⁷, so dass die gerade bei Typisierungen zu prüfende Intensität des Eingriffs⁷⁸⁸, soweit es sich nur um Bagatell-Erkrankungen handelt und deren Abschluss keine oder fast keine Auswirkungen hat, nicht entgegensteht.

(2) Der zweite Grund „**Prävention**“ ist ein zentrales Anliegen der gesetzlichen Unfallversicherung und ist im Rahmen des SGB VII weiter verstärkt worden⁷⁸⁹. Er entspricht damit der Grundkonzeption dieses Regelungsbereiches und ist folglich ebenfalls ein anerkannter Differenzierungsgrund⁷⁹⁰.

Damit die Prävention aber als Differenzierungsgrund zwischen verschiedenen BKen den Unterlassungszwang rechtfertigt, muss es bei den BKen mit Unterlassungszwang spezielle, über die allgemeine Prävention hinausgehende Gründe für diese besondere Form der Prävention in Gestalt des Unterlassungszwangs geben. Die allgemeine und zum BK-Tatbestand gehörende Tatsache, dass ein Versicherter einer Einwirkung ausgesetzt ist, die eine Erkrankung verursacht, genügt nicht. Denn dies ist bei allen BKen so und abgesehen von den wenigen Fällen, in denen die Erkrankung ein Endstadium erreicht hat, z.B. Taubheit bei der BK 2301 Lärmschwerhörigkeit, ist zumeist aufgrund des bekannten Ursachenzusammenhangs bei weiteren Einwirkungen, weil die Versicherten die gefährdenden Tätigkeiten nicht unterlassen, mit einem Fortschreiten der Erkrankung zu rechnen.

Besondere präventive Gründe können jedoch sein:

- dass es im Gegensatz z.B. zum Gehörschutz bei der BK Nr. 2301 Lärmschwer-

⁷⁸⁶ Siehe die in der Einleitung genannten Zahlen, S 14.

⁷⁸⁷ Siehe S. 86; vgl. BVerfG 63, 152, 166 ff.: Ausschluss von Beamten von den Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung zur medizinischen Rehabilitation unter Verweisung aufs Beihilferecht kein Verstoß; BVerfGE 79, 87, 98: Verstoß beim Ruhen des Spitzbetrags des Verletzten-geldes; Keller, SozVers 1995, 264, 266.

⁷⁸⁸ Siehe S. 215.

⁷⁸⁹ Vgl. die Reihenfolge in § 1 SGB VII sowie §§ 14 ff. SGB VII.

hörigkeit keine ausreichenden Schutzmaßnahmen gibt oder

- dass die Erkrankung zurückgeht oder ausheilt, wenn die Versicherten nicht mehr den schädigenden Einwirkungen ausgesetzt sind.

Denn dass bei allen oder zumindest vielen BKen ein Krankheitsbild vorliegt, das nach Ende der Einwirkung in der Regel abheilt oder sich zumindest nachhaltig bessert, kann nicht festgestellt werden. Verwiesen sei nur auf die BKen Nr. 4101 ff. Erkrankungen durch anorganische Stäube, bei denen sich die Frage einer Besserung durch Vermeiden der Einwirkung in aller Regel schon aufgrund des Krankheitsbildes und der langen Latenzzeiten nicht stellt.

Inwieweit bei den einzelnen BKen mit Unterlassungszwang derartige besondere präventive Gründe vorliegen, ist dort zu erörtern. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer derartigen zusätzlichen BK-Voraussetzung in der Ermächtigungsgrundlage § 9 Abs. 1 SGB VII wird durch den Differenzierungsgrund Präventionszweck gerechtfertigt.

(3) Auch der - wenn auch umstrittene und nur in bestimmten Fallkonstellationen greifende - Gesichtspunkt „**Kausalitätsanzeichen**“ entspricht dem System der gesetzlichen Unfallversicherung, in dem die Kausalität eine zentrale Funktion hat⁷⁹¹.

Fraglich ist jedoch, inwieweit er einen Unterschied zu den BKen ohne Unterlassungszwang zu begründen vermag, weil auch bei ihnen die Kausalität die gleiche zentrale Funktion hat. Auf die dargestellte⁷⁹² Bedeutung dieses Differenzierungsgrundes bei bestimmten BK, wie z.B. der BK Nr. 5101 Hautkrankheiten, ist jedoch zu verweisen. Und da § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII nur die Ermächtigung zum Einsatz des Unterlassungszwangs beinhaltet, sprechen diese Fälle für eine grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen differenzierenden Merkmals.

⁷⁹⁰ Siehe S. 213; ebenso: Keller, SozVers 1995, 264, 266.

⁷⁹¹ Siehe S. 42 ff.

⁷⁹² Siehe S. 88 f.

Letztlich dürfte diesem Gesichtspunkt aber nur eine Hilfsfunktion zu kommen, zumal es für die Begründung des Unterschieds auf alle Differenzierungsgründe zusammen ankommt.

(4) Die abschließende, **allgemeine verfassungsrechtliche Zulässigkeitsprüfung** dieser Ziele als Differenzierungsgründe führt zu folgenden Ergebnissen:

- Die allgemeine **Sachgerechtigkeit** eines Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang kann bei einer BK, die als Massenerscheinung auftritt und bei der das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten in Zukunft aus besonderen präventiven Gründen von Bedeutung ist, nicht geleugnet werden. Insofern bestehen grundsätzliche Unterschiede zu BKen, die nur in kleiner Zahl auftreten oder bei denen keine besonderen präventiven Gesichtspunkte vorliegen. Damit scheidet erst recht ein Verstoß gegen das Willkürverbot aus.
- Auch im Lichte des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**⁷⁹³ führt eine Betrachtung der aufgezeigten entscheidenden Differenzierungsgründe Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen zur Verwaltungsvereinfachung und Prävention aufgrund deren zentralen Funktion im System der gesetzlichen Unfallversicherung und zum Schutz der Versicherten und Beitragszahler zu keinen Bedenken gegen die Möglichkeit einer besonderen BK-Voraussetzung Unterlassungszwang in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII.
- Andere Gesichtspunkte, die für eine **Verfassungswidrigkeit** der aufgeführten Differenzierungsgründe und den mit ihnen verfolgten Ziele sprechen, sind nicht zu erkennen.

dd) Der Vergleich von BKen mit Unterlassungszwang und Arbeitsunfällen

Angesichts der aufgezeigten Gründe, nach denen eine Differenzierung zwischen BKen mit Unterlassungszwang und solchen ohne Unterlassungszwang mit dem

⁷⁹³ Siehe S. 171 ff.

Gleichheitssatz vereinbar ist, spricht erst recht nichts für eine Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Verhältnis zu Arbeitsunfällen.

Es gibt zwar auch Arbeitsunfälle, die nur zu einer Bagatell-Erkrankung führen, die Struktur der Einwirkungen - bei Arbeitsunfällen in der Regel maximal eine Schicht, bei BKen und insbesondere denen mit Unterlassungszwang meistens Jahre⁷⁹⁴ - ist aber grundsätzlich unterschiedlich und von daher stellt sich die Frage nach dem „Unterlassen“ auch ganz anders: Zwar kann auch Arbeitsunfällen durch präventive Maßnahmen vorgebeugt werden, der einzelne Arbeitsunfall ereignet sich aber einfach als unfreiwilliges Geschehen. Ein Arbeitsunfall kann daher nicht „unterlassen“ werden. Bei den Einwirkungen von gefährdenden Tätigkeiten, die eine BK verursacht haben bzw. zu verursachen drohen usw., ist dies anders: Sie können im Rahmen des technisch Möglichen allgemein und bezogen auf den konkreten Versicherten durch dessen Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit verhindert werden. Der präventive Zweck des Unterlassungszwangs bei einer BK hat also im Unterschied zur Prävention bei Arbeitsunfällen eine unmittelbare und direkte Wirkung.

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzustellen, dass die Aufnahme des Unterlassungszwangs als mögliches weiteres Tatbestandsmerkmal für die BK-Bezeichnung in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII nicht grundsätzlich gegen den Gleichheitssatz in Art. 3 Abs.1 GG verstößt.

c) Untersuchung des Unterlassungszwangs bei den einzelnen BKen

Hinsichtlich der allgemeinen Unterschiede zwischen den BKen mit und ohne Unterlassungszwang, des Prüfungsmaßstabes, der Gründe für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, die sog. Differenzierungsgründe, sowie zum Vergleich mit Arbeitsunfällen wird auf die Ausführungen im vorherigen Abschnitt verwiesen. Hier

⁷⁹⁴ Siehe oben S. 18 f., 40; vgl. zudem nur die BKen Nr. 2108 bis 2110, die „langjährige“ Einwirkungen voraussetzen, wofür in der Regel 10 Jahre nach den Merkblättern für die ärztliche Untersuchung zu diesen BKen zu fordern sind.

soll nun die Untersuchung bezogen auf die einzelnen BKen erfolgen.

Allgemein kann zunächst festgestellt werden, dass aus den verglichen mit dem Gesetzgeber weiteren Einschränkungen des Ordnungsgeber⁷⁹⁵ nichts gegen die genannten BKen mit Unterlassungszwang herzuleiten ist:

- Entgegenstehende einfach gesetzliche Regelungen sind nicht zu erkennen.
- Art. 80 Abs. 1 GG tragen die BK-Bezeichnungen Rechnung⁷⁹⁶.

Im Weiteren müssen nun, da der Ordnungsgeber grundsätzlich an dieselben Vorgaben wie der Gesetzgeber gebunden ist, die oben genannten Ziele und Differenzierungsgründe für den Unterlassungszwang, deren grundsätzliche Sachgerechtigkeit und Verfassungsmäßigkeit soeben bejaht wurde, in Bezug auf die einzelnen BKen mit Unterlassungszwang untersucht werden.

aa) Differenzierungsgrund Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und Verwaltungsvereinfachung

(1) Dieser Differenzierungsgrund führt bei den zunächst zu betrachtenden und in der Tabelle der Einleitung⁷⁹⁷ angegebenen **absoluten Zahlen** der Verdachtsanzeigen der einzelnen BKen mit Unterlassungszwang zu folgenden Ergebnissen:

- Zumindest bei der BK Nr. 1315 Erkrankungen durch Isocyanate mit insgesamt 90 Anzeigen und der BK Nr. 2104 Vibrationsbedingte Durchblutungsstörungen an den Händen mit insgesamt 81 Anzeigen in einem Jahr kann dieser Grund keinerlei Geltung beanspruchen.
- Bei der BK Nr. 2108 Lendenwirbelsäule mit über 10.000 Anzeigen und der BK Nr. 5101 Hauterkrankungen mit rund 18.000 Verdachtsanzeigen von insgesamt 70.000 bis 80.000 jährlich ist dies sicherlich anders. Diese sind von erheblicher quantitativer Bedeutung.
- Bei den übrigen BKen mit Unterlassungszwang mit von ca. 600 Verdachtsanzeigen pro Jahr bei der BK Nr. 2109 bis ca. 3500 Verdachtsanzeigen pro Jahr

⁷⁹⁵ Vgl. oben S. 216.

⁷⁹⁶ Siehe S. 199.

⁷⁹⁷ Siehe Tabelle S. 14.

bei der BK Nr. 4301 ist die zur Rechtfertigung der Differenzierung positiv festzustellende Erforderlichkeit der Verwaltungsvereinfachung bei insgesamt rund 70.000 bis 80.000 Verdachtsanzeigen pro Jahr zwar nicht derart eindeutig feststellbar, aber zumindest mitzuerwägen. Zumal dies bei der Vorgängerin der BK Nr. 4301 ein in den Verordnungsmaterialien genannter Grund ist⁷⁹⁸.

(2) Des Weiteren ist unter den Gesichtspunkten **Sachgerechtigkeit oder Geeignetheit** im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu klären, ob dieser Differenzierungsgrund überhaupt das leistet, was er leisten soll: Verwaltungsvereinfachung. D.h., führt er zum Ausschluss einer größeren Anzahl nicht entschädigungswürdiger Fälle aus der Sachbearbeitung.

Insofern liegen nur begrenzt exakte Zahlen vor. Die vorhandenen Zahlen stellen sich bei den einzelnen BKen für den Bereich der gewerblichen Berufsgenossenschaften⁷⁹⁹ für 1999⁸⁰⁰ wie folgt dar:

(1)	(2)	(3)	(4)			(5)	(6)	(7)
BK Nr.	BK-Verdacht bestätigt	aber kein Versicherungsfall	Gründe, warum kein Versicherungsfall					Bedeutung des Unterlassungszwangs
			weder schwer noch rückfällig	keine Notwendigkeit der Tätigkeitsaufgabe	Notwendigkeit bejaht, aber keine Aufgabe		% (5) + (6) von (2)	
1315	73	8	2	4	2		8,2	
2101	41	16	-	14	2		39,0	
2104	26	5	2	3	-		11,5	
2108	344	92	2	80	10		26,2	
2109	8	4	-	2	2		50,0	
2110	19	3	-	3	-		15,8	
4301	1346	573	14	426	133		41,5	
4302	284	68	8	51	9		21,1	
5101	8665	7162	3509	3459	194		42,2	

⁷⁹⁸ BR-Drs. 115/61, S. 7.

⁷⁹⁹ Zu dessen entscheidender Bedeutung siehe S. 14.

⁸⁰⁰ BK-DOK `99 S. 72, 80.

Die Spalten (1) bis (6) wurden aus der genannten Veröffentlichung übernommen und sollen nicht weiter kritisch gewürdigt werden⁸⁰¹. Die Spalte (7) beruht auf einer eigenen Berechnung - Spalte (5) plus (6) in Relation zur Spalte (2) - und gibt in Prozent an, in wieviel Fällen mit bestätigtem BK-Verdacht die Frage der Tätigkeitsaufgabe von Bedeutung war.

Als Auswertung ist feststellbar:

- Bei den BKen Nr. 1315, 2104 und 2110 hatte die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang im Rahmen der BK-Anerkennung bzw. Ablehnung (Spalte 6) nur eine geringe Bedeutung von unter 20 % und damit noch nicht einmal in jedem fünften Fall.
- Bei den übrigen BKen hatte sie eine größere Bedeutung.
- Vor allem bei den auch von den Gesamtzahlen her wichtigen BKen Nr. 4301 und 5101 war der Unterlassungszwang von großer praktischer Bedeutung, weil es in über 40 % der Fälle mit bestätigtem BK-Verdacht auf die Frage der Tätigkeitsaufgabe ankam.

Als **Zwischenergebnis** zum Differenzierungsgrund Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und Verwaltungsvereinfachung ist festzustellen:

- Bei den BKen Nr. 5101 und Nr. 4301 ist er aufgrund der Fallzahlen als nachvollziehbar und sachgerecht anzusehen.
- Bei der von der absoluten Anzahl der Verdachtsanzeigen her zahlenmäßig relevanten BK Nr. 2108 ist der Unterlassungszwang für die Entscheidung der Fälle, in denen der BK-Verdacht bestätigt wurde, zumindest noch in jedem vierten Fall von Bedeutung. Insgesamt spielt er jedoch aufgrund der insgesamt niedrigen Anerkennungsquote bei der BK Nr. 2108 eine geringe Rolle.
- Bei den übrigen BKen können, ggf. abgesehen von der häufig zusammen mit der BK Nr. 4301 zu prüfenden BK Nr. 4302, aufgrund der niedrigen Fallzahlen Gründe der Verwaltungsvereinfachung als Rechtfertigungsgrund nicht geltend gemacht werden.

⁸⁰¹ Z.B. ist die Spalte 4 „schwer und rückfällig“ bei keiner der genannten BKen außer bei der BK Nr. 5101 ein Tatbestandsmerkmal, so dass nicht nachvollziehbar ist, wie bei den anderen BKen in den entsprechend erfassten Fällen der Versicherungsfall rechtmäßigerweise verneint wurde.

bb) Differenzierungsgrund Prävention

Dieser macht eine genaue Betrachtung der einzelnen BKen auch in medizinischer Hinsicht erforderlich. Für die folgenden Ausführungen ist daher die Einschränkung zu beachten, dass sie aufgrund allgemein zugänglicher arbeitsmedizinischer Standardliteratur erfolgen, für eine abschließende verfassungsrechtliche Prüfung jedoch weitere Feststellungen mittels spezieller medizinischer Fachgutachten notwendig erscheinen.

(1) Präventive Gesichtspunkte bei den einzelnen BKen

BK Nr. 1315 Erkrankungen durch Isocyanate:

Als Krankheitsbild können typischerweise obstruktive Atemwegserkrankungen, Hauterkrankungen und Augenschädigungen auftreten⁸⁰². Nach Beendigung der Exposition bildet sich ein Teil der Symptome in etwa der Hälfte aller Fälle wieder völlig zurück⁸⁰³. Angesichts dessen ist ein durch die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang bewirkter besonderer präventiver Grund gegeben, weil davon ausgegangen werden kann, dass ein Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten nicht nur eine Verschlimmerung oder ein Wiederaufleben der Erkrankung verhindert, sondern sogar eine Besserung bewirkt.

BK Nr. 2101 Erkrankungen der Sehnenscheiden usw.:

Spezielle präventive Überlegungen, die den Unterlassungszwang rechtfertigen würden, sind schon in den Verordnungsmaterialien aufgeführt, die meisten derartigen Erkrankungen würden durch ärztliche Behandlung günstig verlaufen und ohne bleibenden Schaden abklingen⁸⁰⁴. Aufgrund dessen sowie des insbesondere erfassten chronischen Krankheitsbildes⁸⁰⁵ kann davon ausgegangen werden, dass ein Unterlassen bzw. Nicht-Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten sich auf die Entwicklung der Krankheit auswirkt, zumal die Krankheit bei rechtzeitiger und

⁸⁰² Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1315 unter III., BArbBl. 1993, Heft 3, S. 48, 49 f.

⁸⁰³ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1315 unter IV., BArbBl. 1993, Heft 3, S. 48, 50.

⁸⁰⁴ BR-Drs. 115/61, S. 7.

sachgemäßer Behandlung nur selten zur Aufgabe der beruflichen Beschäftigung führt⁸⁰⁶.

BK Nr. 2104 Vibrationsbedingte Durchblutungsstörungen der Hände:

Die Erkrankung ist anfangs revisibel und verliert sich bei fehlender Exposition; auch in fortgeschrittenen Fällen kann das Unterlassen zu einer Besserung führen⁸⁰⁷. Ein durch das Tatbestandsmerkmal Unterlassungszwang bewirkter besonderer präventiver Gründe ist gegeben.

BK Nr. 2108 Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten oder durch langjährige Tätigkeiten in extremer Rumpfbeugehaltung:

Nach dem Merkblatt zur BK Nr. 2108 „müssen chronische oder chronisch-rezidivierende Beschwerden und Funktionseinschränkungen bestehen, die therapeutisch nicht mehr voll kompensiert werden können und die den geforderten Unterlassungstatbestand begründen“⁸⁰⁸. Obwohl diese BK eine langjährige Belastung, wofür i.d.R. 10 Jahre verlangt werden⁸⁰⁹, voraussetzt, ist eine Reduzierung der Wirbelsäulenbeanspruchung, sei es durch Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten oder durch andere Maßnahmen, für die weitere Entwicklung der Krankheit sehr wichtig, wie vor allem auch die Erörterung von Maßnahmen gemäß § 3 BKV zeigt⁸¹⁰. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass ein Unterlassen bzw. Nicht-Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten sich auf die Entwicklung der Krankheit auswirkt.

BK Nr. 2109 Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Halswirbelsäule durch langjähriges Tragen schwerer Lasten auf der Schulter:

Auch nach dem Merkblatt zur BK Nr. 2109 „müssen chronische oder chronisch-rezidivierende Beschwerden und Funktionseinschränkungen bestehen, die thera-

⁸⁰⁵ Mehrtens / Perlebach, M 2101 Rn. 2; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 479.

⁸⁰⁶ Steeger in: Konietzko / Dupuis IV - 7.8.1, S. 2, 5 f.

⁸⁰⁷ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2104 (am Ende), BArbBl. 1979, Heft 7-8, S. 72.

⁸⁰⁸ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2108 unter IV., BArbBl. 1993, Heft 3, S. 50, 52 f.

⁸⁰⁹ Vgl. nur Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2108 unter IV., BArbBl. 1993, Heft 3, S. 50, 52; Mehrtens / Perlebach, M 2108 Rn. 3; Schönberger / Mehrtens / Valentin, S. 531.

apeutisch nicht mehr voll kompensiert werden können und die den geforderten Unterlassungstatbestand begründen“⁸¹¹. Da diese BK im Verhältnis zur BK Nr. 2108 nur von untergeordneter Bedeutung ist, sind die Ausführungen in der Literatur entsprechend spärlich, zumeist wird auf die BK Nr. 2108 verwiesen⁸¹², im Übrigen wird ebenso wie bei der BK Nr. 2108 eine Anwendung des § 3 BKV erörtert⁸¹³. Von daher ist ebenso wie bei der BK Nr. 2108 davon auszugehen, dass sich das Unterlassen auf die Entwicklung der Krankheit auswirkt.

BK Nr. 2110 Bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjährige, vorwiegend vertikale Einwirkungen von Ganzkörperschwingungen im Sitzen:

Auch nach dem Merkblatt zur BK Nr. 2110 „müssen chronische oder chronisch-rezidivierende Beschwerden und Funktionseinschränkungen bestehen, die therapeutisch nicht mehr voll kompensiert werden können und die den geforderten Unterlassungstatbestand begründen“⁸¹⁴. Ebenso wie bei der BK Nr. 2109 wird, abgesehen von der arbeitstechnischen Voraussetzung, im Wesentlichen auf die BK Nr. 2108 verwiesen⁸¹⁵ und von einer positiven präventiven Auswirkung des Unterlassens auf die Erkrankung ist auszugehen.

BK Nr. 4301 Durch allergisierende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankungen (einschließlich Rhinopathie):

Das Anfangsstadium der Erkrankung sowie das Stadium ohne Sekundärkomplikationen sind bei Fortfall der Exposition im Allgemeinen reversibel; im Stadium mit Sekundärkomplikationen sind diese je nach Weiterentwicklung der Erkrankung im Allgemeinen nicht mehr reversibel⁸¹⁶. Angesichts der Reversibilität eines Teils der Krankheitsbilder und der unmittelbaren Verursachung der Erkrankung durch bestimmte Stoffe ist über die allgemeine präventive Wirkung des Unterlassens

⁸¹⁰ Vgl. Mehrstens / Perlebach, M 2108 Rn. 11; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 539 f., 541.

⁸¹¹ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2109 unter IV., BArbBl. 1993, Heft 3, S. 53, 55.

⁸¹² Vgl. z.B. Mehrstens / Perlebach, M 2109 Rn. 2.

⁸¹³ Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 541.

⁸¹⁴ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2110 unter IV. letzter Satz, BArbBl. 1993, Heft 3, S. 55, 57.

⁸¹⁵ Vgl. Mehrstens / Perlebach, M 2110, Anmerkungen; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 534, 539 ff.

⁸¹⁶ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4301 unter III., BArbBl. 1979, Heft 7-8, S. 73.

hinaus zumindest teilweise von besonderen präventiven Gründen auszugehen.

BK Nr. 4302 Durch chemisch-irritativ oder toxisch wirkende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankungen:

Auch bei dieser BK kann je nach Verlaufsform Reversibilität nach Expositions-ende gegeben sein⁸¹⁷ und somit kann auch bei ihr von einer präventiven Wirkung des Unterlassens allgemein und einer besonderen in bestimmten Fällen ausgegangen werden.

BK Nr. 5101 Hauterkrankungen:

Das Krankheitsbild und der Verlauf hängen von Art, Menge und Einwirkungsdauer der schädigenden Faktoren sowie der individuellen Reaktion ab; viele Ekzeme zeigen bei Wegfall der Exposition eine Besserung bzw. Abheilung, bei erneutem Kontakt kommt es häufig zu einem Rezidiv des Ekzems⁸¹⁸. Der besondere präventive Charakter des Unterlassungszwangs gerade bei der BK Nr. 5101 liegt auf der Hand, weil er in „vielen“ Fällen nicht nur eine Verschlimmerung der Krankheit verhindert, sondern in den genannten Fällen zu einer Besserung führt.

(2) Rechtliche Bewertung

Da Prävention ein zentrales Anliegen der gesamten gesetzlichen Unfallversicherung ist und damit für alle BKen gilt, sind für einen Differenzierungsgrund Prävention besondere präventive Gesichtspunkte notwendig, um den Unterschied zwischen den BKen mit und ohne Unterlassungszwang zu rechtfertigen⁸¹⁹. D.h., die Feststellung, dass der Unterlassungszwang und das damit verbundene Ende der Einwirkung bei den genannten BKen aus präventiven Gründen sinnvoll ist, beweist noch nicht, dass dies im Vergleich zu den anderen BKen ein sachgerechter und damit zulässiger Differenzierungsgrund ist. Vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn die spezielle Prävention Maßnahme Unterlassungszwang gerade bei der jeweiligen BK mit Unterlassungszwang über die allgemeinen Folgen der Präventi-

⁸¹⁷ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4302 unter III., BArbBl. 1979, Heft 7-8, S. 74, 75.

⁸¹⁸ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 5101 unter III., BArbBl. 1996, Heft 6, S. 22, 23.

on hinaus sachgerecht ist und z.B. zum Abheilen oder einer nachhaltiger Besserung der Krankheit führt, bei den anderen BKen, denen ohne Unterlassungszwang, aber nicht oder zumindest nicht in diesem Maße.

Der Vergleich der oben festgestellten präventiven Wirkungen des Unterlassungszwangs bei den BKen mit Unterlassungszwang mit anderen BKen, die ihnen ähnlich sind, zeigt folgende Ergebnisse:

- Nicht nur bei den hier zu untersuchenden BKen aufgrund mechanischer Einwirkungen mit Unterlassungszwang, den BKen Nr. 2101, 2108, 2109, 2110, ist aufgrund des chronischen Krankheitsbildes eine positive Wirkung des Unterlassungszwangs festzustellen, sondern auch bei anderen ähnlichen BKen ohne Unterlassungszwang, z.B. den BKen Nr. 2102 Meniskusschäden⁸²⁰ und Nr. 2105 Chronische Erkrankungen der Schleimbeutel.
- Dasselbe gilt bezüglich den BKen mit Atemwegserkrankungen, von denen die BKen Nr. 4301 und Nr. 4302 den Unterlassungszwang voraussetzen, nicht aber die BK Nr. 4201 Exogen-allergische Alveolitis⁸²¹ und Nr. 4202 Erkrankungen der tieferen Atemwege und der Lunge durch Rohbaumwoll-, Rohflachs- oder Rohhanfstaub (Byssinose)⁸²².

Die Frage, warum bei diesen BKen kein Unterlassungszwang als Anerkennungsvoraussetzung gefordert wird, liegt auf der Hand, zumal bei der BK Nr. 4201 Abgrenzungsprobleme mit der BK Nr. 4302 bestehen⁸²³.

Aber auch bei völlig anderen BKen ist dieselbe Feststellung zu treffen:

- BK Nr. 1305 Erkrankungen durch Schwefelkohlenstoff: Insbesondere bei jünge-

⁸¹⁹ Siehe S. 221 f.

⁸²⁰ Vgl. das Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2102, BArbBl. 1990, Heft 2, S. 135.

⁸²¹ Die Erkrankung entwickelt sich oft erst nach jahrzehntelanger Exposition, es können akute, subakute und chronische Krankheitsverläufe unterschieden werden; einzelne Krankheitsschübe können folgenlos ausheilen oder zu fortschreitender Lungenfibrose führen: Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4201 unter III., 1., 2. Abs., BArbBl. 1989, Heft 11, S. 63, 64.

⁸²² Auch bei dieser BK sind bestimmte Krankheitsstadien nach Wegfall der Exposition reversibel: Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4202 unter III., 2. Abs., BArbBl. 1989, Heft 11, S. 65; Schönberger / Mehrrens / Valentin, S. 1023

ren Personen können auftretende Schäden weitgehend abheilen⁸²⁴. Trotzdem ist die Anerkennung dieser BK nicht mit einem Unterlassungszwang verbunden.

- BK Nr. 1317 Polyneuropathie oder Enzephalopathie: Bestimmte Krankheitsbilder und -stadien sind nach Wegfall der Exposition reversibel⁸²⁵, ohne dass sie mit der zusätzlichen Einschränkung Unterlassungszwang verbunden ist.

Bei den BKen Nr. 4301, 4302 und 5101 ist darüber hinaus zu beachten, dass der festgestellte besondere Präventionszweck 'Abheilung' nicht in allen Fällen gilt. Er kann daher bei ihnen nur unter dem Gesichtspunkt „Typisierung“ als gerechtfertigt angesehen werden, wofür aber das Argument Massenerscheinung zur Begründung reicht⁸²⁶. Für diesen typisierenden Differenzierungsgrund spricht auch, dass durch den Unterlassungszwang klassischerweise Bagatell-Erkrankungen ausgeschlossen werden und durch die erörterten Ausnahmen⁸²⁷ besonderen Fallgestaltungen Rechnung getragen werden kann.

Als vorläufiges **Zwischenergebnis** ist - vorbehaltlich der einleitenden Einschränkung zu den medizinischen Grundlagen dieser Erkenntnisse - zum Präventionszweck als Differenzierungsgrund festzustellen:

- Bei allen BKen mit Unterlassungszwang liegen präventive Gründe zur Rechtfertigung der BK-Voraussetzung Unterlassungszwang vor. Aber auch bei verschiedenen anderen BKen ohne Unterlassungszwang wäre ein solcher aus präventiven Gründen sinnvoll.
- Besondere präventive Gründe zur Rechtfertigung des Unterlassungszwangs sind bei den BKen Nr. 1315, 2104, 4301, 4302, 5101 feststellbar.
- Bei den BKen Nr. 2101, 2108, 2109, 2110 kann der Präventionszweck nur allgemein und damit eingeschränkt als Differenzierungsgrund anerkannt werden kann.

⁸²³ Vgl. nur Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 1018 f, 1033 f.

⁸²⁴ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1305 unter IV., in: Mehrhoff / Muhr, S. 215, 216.

⁸²⁵ Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1317 unter III., BArbBl. 1997, Heft 12, S. 31, 32; Schönberger / Mehrstens / Valentin, S. 329 f., 332.

⁸²⁶ Siehe S. 215.

⁸²⁷ Siehe S. 164 ff.

cc) Differenzierungsgrund Kausalitätsanzeichen

Dieser kann nur bei einigen der BKen mit Unterlassungszwang und dort auch nur bei bestimmten Fallgestaltungen von Bedeutung sein⁸²⁸. Denkbar ist insbesondere bei den BKen Nr. 1315, 4301, 4302, 5101, dass durch eine gewisse Zeit des Unterlassens der gefährdenden Tätigkeiten und die Entwicklung der Krankheit Erkenntnisse für die Beurteilung des Ursachenzusammenhangs gewonnen werden können.

Bei den anderen BKen mit Unterlassungszwang scheidet der Differenzierungsgrund Kausalitätsanzeichen von vornherein zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieses zusätzlichen Tatbestandsmerkmal aus.

Da der Unterlassungszwang als Kausalitätszeichen aber auch bei den BKen Nr. 1315, 4301, 4302, 5101 nicht in allen Fällen gesichert ist, kann er nicht durchweg als sachgerechtes Differenzierungskriterium angesehen werden. Insofern ist wiederum, wie beim Differenzierungsgrund Prävention, ein Rückgriff auf den Gesichtspunkt Typisierung notwendig.

dd) Zwischenergebnis und Würdigung

(1) Als Zwischenergebnis kann zum Vorliegen der verschiedenen Differenzierungsgründe bei den einzelnen BKen mit Unterlassungszwang festgestellt werden:

- Bei der BK Nr. 5101 liegen alle drei Differenzierungsgründe (Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und Verwaltungsvereinfachung, besondere präventive Gründe sowie - eingeschränkt - Kausalitätsanzeichen) vor.
- Bei der BK Nr. 4301 gilt im Wesentlichen dasselbe.
- Für die BK 4302 gilt dies mit der Einschränkung, dass für sie aufgrund der geringeren Anzahl von Verdachtsanzeigen mit nur ca. 2000 pro Jahr der Gesichtspunkt der Verwaltungsvereinfachung kein größeres Gewicht hat.
- Bei der BK Nr. 1315 liegen die Differenzierungsgründe besondere präventive

⁸²⁸ Siehe S. 88.

Gründe sowie - eingeschränkt - Kausalitätsanzeichen vor.

- Bei der BK Nr. 2104 ist zumindest der Differenzierungsgrund besondere präventive Gründe gegeben.
- Bei der BK Nr. 2108 kann aufgrund der insgesamt hohen Fallzahl auf den Differenzierungsgrund Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und Verwaltungvereinfachung verwiesen werden.
- Bei den BKen Nr. 2101, 2109, 2110 konnte keiner der Differenzierungsgrund eindeutig festgestellt werden. Nur der Differenzierungsgrund Präventionszweck gilt allgemein auch für diese BKen, ohne dass er - verglichen mit verschiedenen anderen BK ohne die Voraussetzung Unterlassungszwang - in einer besonderen Ausprägung gegeben ist.

(2) Hieraus unmittelbar auf einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bei diesen zuletzt genannten BKen Nr. 2101, 2109, 2110 schließen zu wollen, wäre verfrüht. Denn der Prüfungsmaßstab zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist in doppelter Hinsicht verringert, weil

- zwar nicht rein sachverhaltsbezogene, aber auch nicht typisch personenbezogene bzw. grundrechtsrelevante Merkmale betroffen sind⁸²⁹ und
- es nicht um einen direkten Eingriff, sondern um Leistungsgewährung geht, bei der der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber einen größeren Gestaltungsspielraum hat.

Insofern ist auf die Entscheidung des BVerfG⁸³⁰ im sog. Elektroschweißer-Lungen-Fall hinzuweisen, nach der aufgrund der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers der Gleichheitssatz erst verletzt sei, wenn ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für eine Differenzierung sich nicht finden lasse⁸³¹. Zudem gilt es zu beachten, dass der Präventionszweck des Unterlassungszwangs nicht gegenüber allen BKen kein Differenzierungsgrund ist, sondern nur gegenüber einem Teil von ihnen.

⁸²⁹ Siehe S. 219.

⁸³⁰ BVerfG SozR 2200 § 551 RVO Nr 11.

Ob von daher im Ergebnis bei diesen BKen schon ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt, kann angesichts der hier eingeschränkten, tatsächlichen medizinischen Grundlagen⁸³² nicht abschließend beurteilt werden, es ist jedoch gut möglich.

d) Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen hat das BVerfG ein Verwerfungsmonopol (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG), nicht aber für die von Verordnungen. Die Verfassungswidrigkeit einer Verordnung, wie der BKV und ihrer BK-Bezeichnungen, kann von jedem Gericht festgestellt werden⁸³³.

Fraglich ist jedoch, was die Folgerungen aus einer Verfassungswidrigkeit des Unterlassungszwangs bei einer der genannten BKen Nr. 2101, 2109, 2110 wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG wäre: Normalerweise führt der Verstoß einer Rechtsverordnung gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht, zu deren Nichtigkeit⁸³⁴.

Das BVerfG erklärt bei Verstößen einer Regelung gegen Art. 3 Abs. 1 GG die Regelung abweichend von § 78 S. 1, § 82 Abs. 1, § 95 Abs. 3 BVerfGG nur ausnahmsweise für nichtig. Da es seitens des Gesetzgebers meistens mehrere Möglichkeiten zur Behebung der Ungleichheit gibt, stellt es, um der Gewaltenteilung Rechnung zu tragen, in der Regel nur fest, dass das Gesetz mit dem Gleichheitssatz unvereinbar ist⁸³⁵. Auch das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO sieht in § 47 Abs. 5 S. 4 VwGO unter bestimmten Fällen Ausnahmen von der grundsätz-

⁸³¹ Vgl. BSGE 84, 30, 33 ff. grundsätzlich zum Beurteilungsspielraum des Ordnungsgebers bei BKen.

⁸³² Siehe S. 228.

⁸³³ BVerfGE 1, 184, 195 ff.; BVerfGE 48, 29, 35; Benda / Klein, Rn. 767 ff.; Ulsamer in: Maunz, § 80 Rn. 36.

⁸³⁴ Vgl. nur Rubel in: Umbach / Clemens, Art. 80 Rn. 62; zum verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren: § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO.

⁸³⁵ Vgl. nur: BVerfGE 8, 28, 36 ff.; BVerfGE 100, 226, 247; BVerfGE 105, 73, 133; Gubelt in: v. Münch / Kunig, Art. 3 Rn. 47 m.w.N.; Rübner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 125; ähnlich Jarass in: Jarass / Pieroth, Art. 3 Rn. 29.

lichen Nichtigkeit vor.

Auf die verfahrensrechtliche Situation bei der inzidenten Überprüfung der Verfassungswidrigkeit einer BK-Bezeichnung in der BKV ist dies aufgrund der anderen Verfahrensstruktur nicht übertragbar. Zu klären ist nur, ob die Verfassungswidrigkeit des Unterlassungszwangs nur zur Nichtigkeit dieser einen BK-Voraussetzung „Unterlassungszwang“ oder der gesamten BK führt.

Sowohl im verfassungsrechtlichen Normenkontrollverfahren⁸³⁶ wie im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren⁸³⁷ ist anerkannt, dass die Verfassungswidrigkeit abtrennbarer Teile nur die Nichtigkeit dieser abtrennbaren Teile nach sich zieht und die Vorschrift im Übrigen Bestand haben kann. Dass der Unterlassungszwang als BK-Voraussetzung bei den BKen mit Unterlassungszwang ein abtrennbarer Teil ist, ergibt sich aus seiner besonderen Stellung: Er ist ein weiteres, aufgrund des Systems der gesetzlichen Unfallversicherung nicht zwingend notwendiges Tatbestandsmerkmal⁸³⁸, mit dem bestimmte Ziele verfolgt werden.

Des Weiteren ist zu bedenken, dass die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der BK-Voraussetzung Unterlassungszwang nichts an den anderen BK-Voraussetzungen und insbesondere an den medizinischen Erkenntnissen über den Ursachenzusammenhang zwischen besonderen Einwirkungen aufgrund der versicherten Tätigkeit und entsprechenden Krankheiten ändern. Daher wäre, wenn die BK-Bezeichnung insgesamt als nichtig angesehen wird, in den entsprechenden Erkrankungsfällen eine Anerkennung als Wie-BK nach § 9 Abs. 2 SGB VII zu prüfen⁸³⁹ und diese könnte - vorbehaltlich der schon genannten im Einzelfall erforderlichen weiteren, vor allem medizinischen Beweiserhebungen - kaum verneint werden. Auch dies spricht für eine auf die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang begrenzte Nichtigkeit bei den jeweiligen BKen, die wie gesagt, durch jedes Gericht festgestellt werden kann.

⁸³⁶ Vgl. nur: Benda / Klein, Rn. 1262 ff.

⁸³⁷ BVerwG, DÖV 1993, 876; Kopp / Schenke, § 47 Rn. 91.

⁸³⁸ Siehe S. 51.

Zusammenfassend ist zur Vereinbarkeit des Unterlassungszwangs mit Art. 3 Abs. 1 GG festzustellen:

- Als entscheidender Prüfungsmaßstab ist auf die feststellbaren Differenzierungsgründe abzustellen, wobei zu beachten ist, dass bei sachverhaltsbezogenen Merkmalen und bei der Leistungsgewährung der Prüfungsmaßstab geringer ist.
- Die maßgeblichen Differenzierungsgründe sind die mit dem Unterlassungszwang verfolgten Zwecke: Ausschluss von Bagatell-Erkrankungen und Verwaltungsvereinfachung, Prävention und (eingeschränkt) Kausalitätsanzeichen.
- Die Aufnahme des Unterlassungszwangs als mögliches weiteres Tatbestandsmerkmal für die BK-Bezeichnung in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG.

Hinsichtlich der Vereinbarkeit der einzelnen BK-Bezeichnungen mit Unterlassungszwang mit Art. 3 Abs. 1 GG ist festzustellen:

- Bei der BK Nr. 5101, der BK Nr. 4301 und der damit eng zusammenhängenden BK Nr. 4302 sowie den BKen Nr. 1315 und Nr. 2104 ist der Unterlassungszwang aufgrund der vorliegenden Differenzierungsgründe als hinreichend gerechtfertigt und nicht gleichheitswidrig anzusehen.
- Auch für die BK Nr. 2108 ist dies aufgrund ihrer zahlreichen Verdachtsanzeigen vertretbar.
- Bei den BKen Nr. 2101, 2109, 2110 bestehen trotz der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgeber gewisse Bedenken, die vorbehaltlich einer näheren medizinischen Prüfung zu einer Nichtigkeit des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang bei diesen BKen führen können, die von jedem Gericht festgestellt werden kann.

⁸³⁹ Siehe S. 54 f.

Zusammenfassend ist zur verfassungsrechtlichen Überprüfung insgesamt festzustellen:

- Die Regelung des Unterlassungszwangs in § 9 Abs. 1 SGB VII und die des Unterlassungszwangs in den einzelnen BK-Bezeichnungen verstoßen nicht gegen Art. 80 Abs. 1 GG.
- Gleiches gilt für Art. 12 Abs. 1 GG.
- Ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG scheidet aus.
- Mit Art. 3 Abs. 1 GG sind § 9 Abs. 1 SGB VII sowie die BK-Bezeichnungen Nr. 1315, 2104, 2108, 4301, 4302, 5101 ebenfalls vereinbar.
- Bei den BKen Nr. 2101, 2109, 2110 bestehen hinsichtlich der Vereinbarkeit des Unterlassungszwangs als weitere BK-Voraussetzung mit Art. 3 Abs. 1 GG - vorbehaltlich einer weiteren medizinischen Prüfung - Bedenken.

XII. Internationale Aspekte

Bei der Erörterung internationaler Übereinkommen, Regelungen usw. sind vor allem die verschiedenen Ebenen und die unterschiedlichen Adressaten oder Begünstigten auseinanderzuhalten:

1. Internationale Arbeitsorganisation

Seitens des internationalen Rechts haben auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts die Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen, die räumlich umfassendste und weiteste Geltung. Diese schaffen aber in der Regel keine unmittelbaren Rechte für Einzelpersonen, sondern verpflichten nur die Mitgliedsstaaten, zu denen auch die Bundesrepublik Deutschland gehört, zur Transformation der entsprechenden Regelungen in nationales Recht⁸⁴⁰.

Im vorliegenden Zusammenhang hervorzuheben ist das IAO-Übereinkommen Nr. 118 vom 28.06.1962 über die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern in der Sozialen Sicherheit, das durch Gesetz vom 21.08.1970⁸⁴¹ in deutsches Recht übernommen wurde und den Leistungsexport bei Wohnsitz im Ausland auch bei BKen vorsieht.

Direkte Vorschriften über BKen enthält das IAO-Übereinkommen Nr. 121 vom 08.07.1964 über Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, das durch Gesetz vom 29.10.1971⁸⁴² in deutsches Recht übernommen wurde. Neben Regelungen des geschützten Personenkreises, den bei Eintritt eines Arbeitsunfalls oder einer BK zu erbringenden Leistungen wird auch eine Definition des Arbeitsunfalls

⁸⁴⁰ Vgl. Raschke in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 74 Rn. 7 f.; Schuler, S. 624 ff.

⁸⁴¹ BGBl. II S. 802

⁸⁴² BGBl. II S. 1169.

und von BKen gefordert, wobei das System einer BK-Liste eines der ausdrücklich genannten Verfahren ist. Notwendige Änderungen im deutschen Recht wurden vorgenommen⁸⁴³, so dass mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass das deutsche BK-Recht in Übereinstimmung mit dem Abkommen steht.

2. Europa, insbesondere Europäische Union

Auf **europäischer Ebene** ist zunächst zu beachten, dass die Unfallversicherung in den verschiedenen Staaten Europas unterschiedlich organisiert ist bis zum Verzicht auf ein eigenes derartiges Sondersystem in den Niederlanden⁸⁴⁴. Hinsichtlich der BKen besteht in den meisten europäischen Staaten indes ein ähnliches System wie in Deutschland: BK-Liste mit Öffnungsklausel⁸⁴⁵. Das Erfordernis eines Unterlassungszwangs bei bestimmten BKen ist jedoch, wie ein Vergleich des BK-Rechts in Europa zeigt, eine deutsche Besonderheit⁸⁴⁶.

Innerhalb der Europäischen Union (EU) ist maßgeblich für die Anwendung grenzüberschreitenden Sozialrechts die „Verordnung (EWG) 1408/72 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern,“ vom 14.06.1971⁸⁴⁷ mit grundsätzlichen, die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufeinander abstimmen, d.h. koordinierenden Regelungen sowie die Verordnung (EWG) 574/72 vom 21.03.1972⁸⁴⁸, die vor allem Durchführungsvorschriften zu der zuvor genannten Verordnung enthält.

⁸⁴³ Vgl. BT-Drs. VI/2187, VI/2097, S. 3, 26 ff.

⁸⁴⁴ Mehrhoff, BG 1996, 487 m.w.N.

⁸⁴⁵ Brucq / Mehrhoff, BG 1997, 732 ff.; Mehrhoff, BG 1996, 487; vgl. auch die vergleichende Studie „Die Berufskrankheiten in Europa“, S. 17 f.

⁸⁴⁶ Kranig, BG 2002, 236, 244; vgl. auch die Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 22.05.1990 betreffend die Annahme einer Europäischen Liste der Berufskrankheiten, ABl. EG Nr. L 160/39 v. 26.06.1990, die kein derartiges Erfordernis bei einer BK vorsieht; siehe S. 246.

⁸⁴⁷ Letzte Neufassung veröffentlicht in: ABl. EG Nr. L 28 v. 30.01.1997.

⁸⁴⁸ Letzte Neufassung veröffentlicht in: ABl. EG Nr. L 28 v. 30.01.1997.

Ziele dieser gegenüber dem nationalen Recht vorrangigen⁸⁴⁹ Verordnungen sind

- die Gleichbehandlung der Angehörigen der Mitgliedsstaaten in allen Mitgliedsstaaten ohne Rücksicht auf die konkrete Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 3 VO (EWG) 1408/72),
- bei grenzüberschreitenden Beschäftigungen das zuständige Sozialversicherungssystem zu bestimmen und dabei sowohl eine Doppelversicherung als auch eine Nichtanwendung der Systeme zu verhindern (Grundregel: Beschäftigungsland-Prinzip)⁸⁵⁰.

a) Art. 57 VO (EWG) Nr. 1408/71

Dieser regelt Leistungen bei BKen in Fällen, in denen der Betreffende in mehreren Mitgliedstaaten dem gleichen Risiko ausgesetzt war. Sein Abs. 1 lautet im Wesentlichen: Haben von einer BK betroffene Personen nach den Rechtsvorschriften von zwei oder mehr Mitgliedsstaaten eine Tätigkeit ausgeübt, die ihrer Art nach geeignet war, eine solche Krankheit zu verursachen, so werden die Leistungen, auf die sie oder ihre Hinterbliebenen Anspruch haben, ausschließlich nach den Rechtsvorschriften jenes letzten dieser Mitgliedstaaten gewährt, dessen Voraussetzungen - ggf. unter der Berücksichtigung der folgenden Absätze - erfüllt sind.

Diese Regelung wird allgemein dahingehend ausgelegt, es komme darauf an, wo der Versicherte zuletzt gefährdend tätig war⁸⁵¹, obwohl der Verordnungstext auf den letzten Mitgliedsstaat abstellt, dessen Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Unterschied kann dann von Bedeutung sein, wenn in dem letzten Mitgliedstaat, in dem der Versicherte entsprechenden Einwirkungen ausgesetzt war, die Voraussetzungen für die BK nicht erfüllt sind, weil z.B. nicht das geforderte Ausmaß an Einwirkungen vorliegt oder andere Voraussetzungen nicht gegeben sind⁸⁵². Nach den Durchführungsbestimmungen gemäß Art. 67 Abs. 3, 4 VO

⁸⁴⁹ Vgl. nur Art. 249 Abs. 2 EGV n.F.

⁸⁵⁰ Vgl. Raschke in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 73 Rn. 56 ff.

⁸⁵¹ Haverkate / Huster, Rn. 284; Mehrhoff, BG 1996, 487, 488; Nehls in: Hauck, SGB VII, K § 9 Rn. 52; Steinmeyer, S. 963, 971: „Den letzten beißen die Hunde!“.

⁸⁵² Vgl. Haverkate / Huster, Rn. 284; Steinmeyer, S. 963, 972 f.

(EWG) 574/72 ist dann der letzte Staat zuständig, in dem die Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind, damit eine Entschädigung nur dann nicht gewährt wird, wenn sie nach keinem der betroffenen Systeme zu zahlen ist. Im Ergebnis kommt es damit nicht auf den Mitgliedstaat an, in dem die letzte gefährdende Tätigkeit verrichtet wurde, sondern auf den zeitlich letzten Mitgliedsstaat, dessen Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Dies belastet zwangsläufig das sozial großzügigste System und steht durch seine „negative Prämie“ einer sozial fortschrittlichen innerstaatlichen Regelung eher entgegen⁸⁵³. Denn eine Lastenteilung oder ein Lastenausgleich findet nur bei „sklerogenen Pneumokoniosen“ statt (Art. 57 Abs. 5 VO (EWG) 1048/71). In Verbindung mit Abs. 1 bedeutet dies, dass der aufgrund seiner letzten Zuständigkeit ausschließlich zuständige Träger eine Art „Europäische Gesamt-BK-Rente“ ohne Proratisierung oder sonstige Lastenteilung zahlt⁸⁵⁴.

Im Übrigen werden Feststellungen oder der Eintritt bestimmter Tatsachen in einem Mitgliedsstaat so behandelt, als ob sie auch in allen anderen Mitgliedsstaaten erfolgt wären, einschließlich der wechselseitigen Anrechnung von bestimmten Zeiten der Einwirkung (Art. 57 Abs. 2 bis 4 VO (EWG) Nr. 1408/71)⁸⁵⁵. D.h. z.B. für das langjährige schwere Heben und Tragen bei der BK Nr. 2108 sind nicht nur die in Deutschland zurückgelegten Einwirkungen, sondern auch frühere oder zwischenzeitliche in anderen EU-Staaten zu berücksichtigen. Der Hintergrund für diese sinnvolle Regelung sind die häufig über viele Jahre und unterschiedliche Beschäftigungsverhältnisse hinweg andauernden BK-Einwirkungen.

b) Bedeutung für die BK-Voraussetzung Unterlassungszwang

Auch die neben der Exposition zur Entschädigung einer BK zusätzlich zu erfüllenden BK-Voraussetzungen, wie z.B. Unterlassen der gefährdenden Tätigkeiten,

⁸⁵³ Raschke in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 73 Rn. 173.

⁸⁵⁴ Raschke in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 73 Rn. 166; kritisch zu dieser Regelung: Raschke, BG 1997, 254, 260 f.; dsl., BG 1998, 414, 416 ff.

sind dann als gegeben anzusehen, wenn sie in einem anderen EU-Mitgliedstaat eingetreten sind⁸⁵⁶. Übertragen auf den Unterlassungszwang bedeutet dies, dass sein Eintritt in einem anderen Staat genügt, auch wenn es dort keine entsprechende BK gibt und damit auch keine Leistungen geben kann. Vielmehr wären beim Vorliegen der Voraussetzungen vom zuständigen deutschen Unfallversicherungsträger die BK anzuerkennen und die gesetzlichen Leistung zu erbringen, auch wenn nur ein Teil der Einwirkungen in Deutschland war.

Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass kein tatsächliches Unterlassen bei Ausübung einer gefährdenden Tätigkeit in einem anderen Staat vorliegt⁸⁵⁷. Ohne tatsächliches Unterlassen sind die Voraussetzungen des Unterlassungszwangs aber nicht erfüllt und eine Anerkennung der BK in Deutschland scheidet aus. Die Versicherten sind dann auf die Leistungen des Trägers in dem ggf. letzten vorherigen Mitgliedstaat zu verweisen, in dem es eine entsprechende BK gibt, deren Voraussetzungen erfüllt sind.

Um in solchen Fällen Streitigkeiten zwischen den Trägern über das Vorliegen des Unterlassungszwangs zu vermeiden, schlägt Raschke⁸⁵⁸ vor, Art. 57 VO (EWG) 1408/71 um die wechselseitige Anerkennung des Eintritts weiterer Voraussetzungen zu ergänzen, damit die mit ihm beabsichtigte Koordinierung nicht durch die nationale Aufnahme weiterer, bisher nicht berücksichtigter Entschädigungsvoraussetzungen leerläuft. Da es sich bei dem Unterlassungszwang im Gegensatz zu Raschke aber nicht um eine „in den letzten Jahren“ entstandene deutsche Besonderheit handelt und durch die Aufnahme einer solchen Voraussetzung in Art. 57 VO (EWG) 1408/71 die Probleme bei der Auslegung und Handhabung des Unterlassungszwangs nicht gelöst werden, ist für eine derartige Änderung kein nachhaltiger Grund zu erkennen, zumal Art. 57 VO (EWG) 1408/71 nur koordinierendes EU-Sozialrecht ist.

⁸⁵⁵ Vgl. Fuchs in: SDSRV 36 S. 136 ff.

⁸⁵⁶ Mehtens / Perlebach, M 5101 Rn. 6.

⁸⁵⁷ Vgl. als Beispiel: BSG v. 31.03.1981 - 2 RU 81/80 (Italienischer Maurer): Tätigkeitsaufgabe in Deutschland wegen einer BK Haut, Rückgang nach Italien, dort vorübergehend Wiederaufnahme der Tätigkeit: Das BSG hat zutreffenderweise keinen Unterschied gemacht, inwieweit die Sachverhalte sich zum Teil in Italien ereigneten.

Denn auch wenn das deutsche BK-Recht mit dem Unterlassungszwang bei bestimmten BKen eine Voraussetzung aufstellt, die alle anderen Länder nicht kennen, verstößt dies nicht gegen das EU-Recht oder konkret die VO (EWG) 1408/72, weil diese nicht die BK-Voraussetzungen vorgeben, sondern nur die einzelnen nationalen Regelungen koordinieren will.

Im Übrigen hat jeder Träger die Entscheidungen des anderen zunächst zu akzeptieren: Stellt der Träger eines Mitgliedstaates, in dem die entsprechende Tätigkeit zuletzt ausgeübt wurde, fest, dass die Voraussetzungen für eine Leistungsgewährung nicht erfüllt sind, so hat er den gesamten Vorgang an den Träger des Mitgliedstaates abzugeben, in dem der Betroffene vorher eine entsprechende Tätigkeit ausgeübt hat (Art. 67 Abs. 3 VO (EWG) 574/72) und ggf. ist das Verfahren zu wiederholen (Art. 67 Abs. 4 VO (EWG) 574/72). Wird aber gegen die ablehnende Entscheidung des ersten Trägers ein Rechtsbehelf eingelegt, so hat er den für die vorherige Beschäftigung, an den der Vorgang abgegeben wurde, zu informieren (Art. 68 VO (EWG) 574/72).

c) Europäische Liste der BKen

Wie sich aus dem soeben Gesagten ergibt, wird das zentrale Problem eines grenzüberschreitenden und Europa weiten BK-Rechts durch die nur koordinierende VO (EWG) 1408/71 nicht gelöst: Die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in der Frage, welche Krankheiten unter welchen Voraussetzungen als BK anerkannt werden, bleiben bestehen⁸⁵⁹.

Dieses Problem ist nicht durch eine reine Koordinierung lösbar, vielmehr ist eine Angleichung der Unfallversicherungssysteme notwendig⁸⁶⁰. Denn das EG-Verordnungsrecht harmonisiert bisher nicht, sondern will nur sicherstellen, dass

⁸⁵⁸ Raschke in: Freizügigkeit und Soziale Sicherheit, S. 160 f.; dsl., BG 1998, 414, 416; Haverkate / Huster, Rn. 282.

⁸⁵⁹ Haverkate / Huster, Rn. 284.

Personen durch den Wechsel von einem Staat in einen anderen keine Nachteile in der Sozialversicherung erleiden. Aber auch unerwünschte Vorteile sollen verhindert werden⁸⁶¹.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat daher mehrfach Empfehlungen an die Mitgliedsstaaten gerichtet, ihr Recht an der **Europäischen Liste der BKen** auszurichten⁸⁶². Die letzte Empfehlung vom 26.06.1990 benennt in ihrem Anhang z.B. nach einer größeren Anzahl von Hautkrankheiten und Hautkarzinomen durch bestimmte Stoffe wie Ruß, Teer usw. als eine Art Auffangtatbestand unter der Nr. 202 „Hauterkrankungen durch berufliche Exposition gegenüber nach wissenschaftlichen Erkenntnissen allergisierenden oder irritativ wirkenden Stoffen, die anderweitig nicht erfasst sind“, führt aber weder hier noch an anderer Stelle eine Art Unterlassungszwang oder ähnliches als Anerkennungsvoraussetzung auf.

Diese Empfehlungen sind aber gemäß Art. 249 Abs. 5 EGV n.F. (früher Art. 189 Abs. 5) nicht verbindlich, was der EuGH⁸⁶³ auch in einer Entscheidung zur Vorgängerliste bestätigt hat, weil diese nur empfehlenden Charakter habe und der einzelne Bürger aus ihr keine direkten Rechte ableiten könne. Der EuGH hat aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass die Empfehlung nicht als rechtlich völlig wirkungslos angesehen werden könne, sondern von den innerstaatlichen Gerichten bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen sei, insbesondere dann, wenn die Empfehlung geeignet sei, Aufschluss über innerstaatliche oder gemeinschaftliche Bestimmungen zu geben.

Inwieweit mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags am 01.05.1999 eine partielle Harmonisierung der Unfallversicherungssysteme aufgrund der neuen Kompetenz zum Erlass sozialpolitischer Mindestvorschriften (vgl. Art. 136, 137

⁸⁶⁰ Haverkate / Huster, Rn. 284.

⁸⁶¹ Raschke in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 73 Rn. 6; Steinmeyer, S. 963, 964 f., 973 f.

⁸⁶² Vgl. Empfehlungen v. 23.07.1962, Abl. EG Nr. 80 v. 09.08.1962, S. 2188; Empfehlung v. 20.07.1966, Abl. EG Nr. 147 v. 09.08.1966, S. 2696; Empfehlung v. 22.05.1990, Abl. EG Nr. L 160/39 v. 26.06.1990.

⁸⁶³ EuGH-Entscheidung v. 13.12.1989 in der Rechtssache C-322/88, Grimaldi, Slg. 1989, 4407, 4420 f.

EGV n.F., insbesondere die Abs. 2, 3 des Letzteren) zulässig ist⁸⁶⁴ und zu neuen Entwicklungen hin zu einem Europäischen BK-Recht führt, bleibt abzuwarten.

3. Verhältnis zu Staaten außerhalb der EU

Im Verhältnis zwischen Deutschland und einem anderen Staat, der nicht Mitglied der EU ist, und dessen Bürgerinnen und Bürger sind vor allem **Internationale Sozialversicherungsabkommen**⁸⁶⁵ von Bedeutung.

Diese folgen zwar gewissen Systemen sind aber jeweils konkret ausgehandelt:

- Es gibt Abkommen, die keinerlei Regelungen über die gesetzlichen Unfallversicherung enthalten, z.B. das Abkommen mit den USA⁸⁶⁶.
- In anderen Abkommen ist die gesetzlichen Unfallversicherung miteinbezogen, z.B. in das Abkommen mit der Türkei⁸⁶⁷.

Die BK-Regelungen der meisten Sozialversicherungsabkommen enthalten abweichend vom EG-Recht eine Rentenproratisierung, aber ähnlich wie im EG-Recht eine wechselseitige Berücksichtigung der in dem anderen Vertragsstaat zurückgelegten Expositionszeiten⁸⁶⁸. Entsprechendes gilt für die neben der Exposition zur Entschädigung einer BK zusätzlich zu erfüllenden Voraussetzungen, wie z.B. Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit: Sie sind dann als gegeben anzusehen, wenn sie in einem Abkommensstaat eingetreten sind und das Sozialversicherungsabkommen Bestimmungen enthält, nach denen die im anderen Vertragsstaat

⁸⁶⁴ Vgl. Haverkate / Huster, Rn. 285, 39 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. den aktuellen Überblick in: Dokumentation der Abkommen, BArbBl. 2001, Heft 1, S. 14 ff.

⁸⁶⁶ Vgl. Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über Soziale Sicherheit v. 07.01.1976, geändert durch Zusatzabkommen v. 02.10.1986 u. 06.03.1995, abgedruckt in: Sozialversicherung - International -, das nur Regelungen über die Rentenversicherung enthält.

⁸⁶⁷ Vgl. Art. 21 ff. des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über Soziale Sicherheit v. 30.04.1964 in der Fassung des Zusatzabkommens v. 02.11.1984, abgedruckt in: Sozialversicherung - International.

⁸⁶⁸ Vgl. Raschke in: Hdb. Sozialversicherungsrecht, Bd. 2 Unfallversicherung, § 74 Rn. 41 ff.; Art. 21 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über Soziale Sicherheit, a.a.O.; Mehrtens / Perlebach, M 5101 Rn. 6.

zurückgelegten Expositionszeiten zu berücksichtigen sind⁸⁶⁹.

Es kommt also immer auf das konkrete, jeweilige Abkommen an.

Zusammenfassend ist zu den internationalen Aspekten festzustellen:

Von den weltweit geltenden Übereinkommen der IAO ist insbesondere das über den Leistungsexport im BK-Recht unmittelbar anwendbar.

Innerhalb Europas ist der Unterlassungszwang eine deutsche Besonderheit. Innerhalb der Europäischen Union ist insbesondere Art. 57 VO (EWG) 1408/71 zu beachten, nach dem Leistungen von dem Träger des letzten Mitgliedsstaats, dessen Voraussetzungen erfüllt sind, zu erbringen sind und hinsichtlich der Berücksichtigung von Einwirkungen und des Eintritts bestimmter weiterer Voraussetzungen, wie z.B. dem Unterlassungszwang, nicht zwischen Deutschland und den anderen Staaten der EU sowie deren Bürgerinnen und Bürger zu unterscheiden ist.

Im Verhältnis zu anderen Staaten und ihren Bürgerinnen und Bürgern ist auf das jeweilige Sozialversicherungsabkommen abzustellen. Die Spannweite reicht von einer wechselseitigen Nichtberücksichtigung bis zu einer Rechtslage ähnlich wie im Verhältnis zu EU-Staaten.

⁸⁶⁹ Mehtens / Perlebach, M 5101 Anm. 6.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Die Anerkennungsvoraussetzung Unterlassungszwang für BKen in ihrer heutigen Form „die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können“ gilt für neun der 68 anerkannten Listen-BKen. Obwohl diese BKen untereinander von sehr unterschiedlicher quantitativer Bedeutung sind, umfassen sie insgesamt über die Hälfte aller BK-Verdachtsanzeigen und damit aller Verwaltungsverfahren in BK-Sachen.

Der Unterlassungszwang hatte bei der Einführung seiner Vorgängerregelung in 1936 zunächst die Funktion, Bagatell-Erkrankungen auszuschließen und unnötige Verwaltungsverfahren zu vermeiden. Im Laufe der Jahre ist der Präventionszweck hinzugekommen. Zudem kann er in bestimmten Fällen auch als Kausalitätsanzeichen dienen.

Bei den BKen mit Unterlassungszwang tritt ohne Vorliegen des Unterlassungszwangs kein Versicherungsfall ein, greift aber auch die Stichtagsregelung nicht. Möglich ist jedoch eine Befundanerkennung gemäß § 9 Abs. 4 SGB VII.

Zur näheren Bestimmung der Voraussetzungen des Unterlassungszwangs ist von Folgendem auszugehen:

- Der Begriff „Tätigkeit“ umfasst alle Tätigkeiten ohne Rücksicht auf ihren qualitativen Wert oder quantitative Bedeutung für die Gesamtheit der am Arbeitsplatz ausgeübten Tätigkeiten. Tätigkeiten im unversicherten, privaten, nicht gewerblichen Bereich sind nicht zu berücksichtigen.
- „Ursächlich-waren“ meint den üblichen Ursachenzusammenhang zwischen Einwirkung und Erkrankung im Sinne der Theorie der wesentlichen Bedingung. Das „Ursächlich-sein-können“ betrifft die zukünftige Entwicklung und will nach Beendigung des gefährdenden Zustandes als anschließendes Dauerverhalten erreichen, dass die Erkrankten auch in Zukunft keine gefährdende Tätigkeit

ausüben. Zur Bewertung einer Tätigkeit als gefährdend ist mittels einer umfassenden Betrachtung der möglichen Einwirkung, der möglichen Erkrankung und des möglichen Ursachenzusammenhangs zu prüfen, inwieweit eine konkret-individuelle Gefährdung vorliegt.

- Das Unterlassen der gefährdenden Tätigkeit setzt voraus:
 - Den objektiven Zwang zum Unterlassen der ausgeübten, schädigenden Tätigkeit(en), der nicht gegeben ist, wenn Maßnahmen gemäß § 3 BKV ausreichen.
 - Das tatsächliche, objektive Unterlassen der schädigenden und gefährdenden Tätigkeit(en), nicht aber der Gesamt-Tätigkeit. Eine Verminderung der Gefährdung genügt nicht.
 - Ein Ursachenzusammenhang zwischen objektivem Zwang und tatsächlichem Unterlassen ist nicht erforderlich, so dass die Gründe und Motive für das Unterlassen dahingestellt bleiben können.

Die in der Praxis relevante Frage nach den Beweisanforderungen für den Unterlassungszwang ist angesichts seiner verschiedenen Elemente unterschiedlich zu beantworten: Abweichend von dem normalen Beweismaßstab des Vollbeweises genügt Wahrscheinlichkeit, wenn es um die Beurteilung einer medizinischen oder naturwissenschaftlichen Kausalitätsfrage geht.

Für die Folgen des Unterlassens gelten keine Besonderheiten, er hat keine spezifischen Auswirkungen auf die jeweiligen BK-Leistungen gemäß §§ 26 ff. SGB VII. Ebenso wenig gelten Besonderheiten für die weiteren zukünftige Entwicklung: Die allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen, insbesondere §§ 45, 48 SGB X, sind ohne Besonderheiten anzuwenden.

Ausnahmen vom Unterlassungszwang sind in Einzelfällen aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips des GG und in entsprechender Anwendung des § 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I zulässig und notwendig. Sie sind vor allem begründet, wenn das Ziel 'Prävention' auch mit anderen Mitteln erreicht werden kann oder im Rahmen einer Güterabwägung die Schwere der sich aus dem Unterlassungszwang ergebenden Belastungen angesichts der sich ergebenden Gefährdungen nicht zu rechtfertigen

ist bzw. aus einem wichtigen Grund unzumutbar ist.

Diese Ausnahmen sind aber hinsichtlich ihrer Notwendigkeit vor allem am Präventionszweck des Unterlassungszwangs und den mit ihm einhergehenden Leistungen zu prüfen. Ausnahmen können aber auch durch das Verhalten des Unfallversicherungsträgers oder ähnlicher Stellen aus Vertrauensschutzgründen begründet sein. Zur konkreten Ausgestaltung der Ausnahmen kommen insbesondere zeitlich begrenzte Übergangsregelungen in Betracht.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Aufnahme des Unterlassungszwangs als mögliches weiteres Tatbestandsmerkmal für die BK-Bezeichnung in § 9 Abs. 1 SGB VII und gegen den Unterlassungszwang als besondere BK-Voraussetzung bei einzelnen BK im Rahmen der BKV sind aus Art. 80 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG nicht herleitbar. Gleiches gilt hinsichtlich des Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG für § 9 Abs. 1 SGB VII sowie die BKen Nr. 1315, 2104, 2108, 5101, 4301, 4302. Bei den BKen Nr. 2101, 2109, 2110 bestehen insofern - vorbehaltlich einer weiteren medizinischen Prüfung - gewisse Bedenken.

In Europa ist der Unterlassungszwang eine deutsche Besonderheit, deren Auswirkungen aber dadurch etwas nivelliert werden, dass hinsichtlich seines Eintritts z.B. innerhalb der EU nicht zwischen Deutschland und den anderen Mitgliedsstaaten zu unterscheiden ist.

Als **Ausblick** hinsichtlich der weiteren Entwicklung des Unterlassungszwangs sprechen gerade diese letzten Punkte für ein hohes Maß an Zurückhaltung beim zukünftigen Einsatz des Unterlassungszwangs als BK-Voraussetzung und eine kritische Reflexion seiner bisherigen Verwendung.

Denn trotz der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Unterlassungszwangs bestehen bei einzelnen BKen Bedenken. Aber auch soweit keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, sollte in jedem Einzelfall kritisch geprüft werden, welche spezifische Rechtfertigung es für dieses besondere weitere Tatbestandsmerkmal gibt und ob es notwendig ist, an dem Unter-

lassungszwang festzuhalten. Bei zukünftigen BKen sollten die Gründe, warum ein Unterlassungszwang notwendig ist, in die zur Veröffentlichung vorgesehene wissenschaftliche Begründung aufgenommen werden.

Für eine zurückhaltende bzw. kritische Überprüfung der bisherigen Verwendung spricht außerdem, dass der Unterlassungszwang eine deutsche Besonderheit ist und aufgrund der zunehmenden internationalen Verflechtungen auch insofern zu Schwierigkeiten führen dürfte.

Selbst bei der BK Nr. 5101, die mit 26,2 % aller BK-Verdachtsanzeigen von erheblicher quantitativer Bedeutung ist, stellt sich die Frage, ob zur Vereinfachung wirklich der Unterlassungszwang notwendig ist oder ob dies nicht auch durch andere Tatbestandsmerkmale wie die Schwere der Erkrankung oder die wiederholte Rückfälligkeit geleistet werden kann.

Der mit dem Unterlassungszwang verfolgte Präventionszweck kann jedoch nur unterstrichen werden. Die präventive Wirkung des Unterlassens von gefährdenden Tätigkeiten ist aber nicht nur bei BKen mit Unterlassungszwang feststellbar, so dass eigentlich Bedarf an einer Regelung besteht, die auch bei anderen BKen zu einer Art Unterlassungszwang führen kann.

Die Lösung zwischen den Überlegungen zu einem zurückhaltenden Einsatz des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang einerseits und den zu einem Bedarf an erweiterten präventiven Regelungen andererseits könnte in einer umfassenden, generellen Einsatzmöglichkeit, von der aber nur im begründeten Einzelfall Gebrauch gemacht wird, liegen. Als entsprechendes verwaltungsverfahrensrechtliches Instrument kommt eine Auflage als Nebenbestimmung gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 4 SGB X in Betracht: Danach kann ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen verbunden werden mit einer Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Diese Auflage muss durch Rechtsvorschrift zugelassen sein und soll sicherstellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden (§ 32 Abs. 1 SGB X). Dies könnte durch eine entsprechende Änderung des Unterlassungszwangs in § 9

Abs. 1 SGB VII erreicht werden, bei den einzelnen BK-Bezeichnungen wäre dann ggf. keine besondere Aufnahme des Unterlassungszwangs notwendig. Ggf. könnte auch nicht die Anerkennung der BK als solcher von dem Unterlassungszwang abhängig gemacht werden, sondern nur die Erbringung bestimmter Leistungen, wie z.B. der Verletztenrente. Dies alles müsste jedoch noch näher geprüft werden.

Die Voraussetzungen und Folgen des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang selbst sind nach der heutigen Rechtslage trotz mancher Schwierigkeiten im Einzelfall aufgrund des weiten Begriffs der Tätigkeit, der objektiven Bestimmung des Unterlassens (ohne Ursachenzusammenhang) weitgehend geklärt, vor allem wenn hinsichtlich der gefährdenden Tätigkeiten, die ursächlich sein können, auf eine konkret-individuelle Gefährdung abgestellt wird.

Literaturverzeichnis

Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertengesetz, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn 1996.

Barta, Heinz, Kausalität im Sozialrecht: Entstehung und Funktion der sogen. Theorie der wesentlichen Bedingung, Berlin 1983.

Bauer, M., Die Vierte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten, Nachdruck in: Bauer, Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, S. 161 ff.

Bauer, M., Die Bedeutung der Fünften Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten in der arbeitsmedizinischen Gesetzgebung, Nachdruck aus BArbBl. 1952, Heft 9, S. 413 ff. in: Bauer, Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, S. 22 ff.

Bauer, M., Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, Stuttgart 1953.

Benda, Ernst / Klein, Eckhart, Verfassungsprozessrecht, Ein Lehr- und Handbuch, 2. A., Heidelberg 2001.

Benz, Manfred, Die Übergangsleistung nach § 3 Abs. 2 Berufskrankheiten-Verordnung (BeKV), BG 1988, 596 ff.

Benz, Manfred / Borsch-Galetke, Elisabeth / Priebeler, Klaus, Die allergische obstruktive Atemwegserkrankung (Nr. 4301 der Anlage 1 zur BeKV) und § 3 BeKV (Gefahrbegriff, Diagnose, Präventivmaßnahmen), BG 1991, 667 ff.

Benz, Manfred, Arbeitsplatzerhaltende Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BeKV, BG 1995, 367 ff.

Benz, Manfred, Die Übergangsleistungen nach § 3 Abs. 2 und 3 BeKV, BG 1996, 496 ff.

Benz, Manfred, Der Versicherungsfall der Berufskrankheiten mit Unterlassungszwang, SGB 1996, 526 ff.

Die Berufskrankheiten in Europa, hrsg. von Eurogip, Paris 2000.

Bieback, Karl-Jürgen, Gleichbehandlungsgrundsatz und Sozialrecht, SGB 1989, 46 ff.

BK-DOK `99, Dokumentation des Berufskrankheiten-Geschehens in Deutschland, hrsg. v. Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Sankt Augustin 2001.

Bley, Helmar, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit, Berlin 1975.

Bley, Helmar, Die (Un)Zumutbarkeit als Sozialrechtsbegriff, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, hrsg. v. Wolfgang Gitter u.a., Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, S. 19 ff.

Blome, Otto, Die „neue“ Berufskrankheitenliste 1993, BG 1993, 426 ff.

Blome, Otto, Die „neue“ Berufskrankheiten-Verordnung (BKV), BG 1998, 360 ff.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Rudolf Dolzer / Klaus Vogel, Loseblatt, Heidelberg, Stand: 96. Lieferung, Mai 2001.

Breuer, Joachim, Berufskrankheitenrecht ohne Kausalitätsbeweis?, NZS 1995, 146 ff.

Bryde, Brun-Otto / Kleindiek, Ralf, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, 36 ff.

Brucq, Danielle de / Mehrhoff, Friedrich, Berufskrankheiten außerhalb der BK-Listen, Ein Vergleich in 12 europäischen Ländern, BG 1997, 732 ff.

Butz, Martin, Beruflich verursachte Krebserkrankungen, hrsg. v. Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, 8. A., Sankt Augustin 2002.

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien, New York 1991.

Crisolli, Julius / Schwarz, Martin / Gerke, Jürgen / Schmidt, Karl Heinz, Hessisches Beamtengesetz mit Beamtenversorgungsgesetz, Kommentar, Loseblatt, Neuwied, Stand: Mai 2002.

Dokumentation der Abkommen, BArbBl. 2001, Heft 1, S. 14 ff.

Duden, Bd. 4, Grammatik der deutschen Gegenwartssprache, 4. A., Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 1984.

Elster, Welf, Berufskrankheitenrecht, Kommentar zum Recht der Berufskrankheiten, Loseblatt, Sankt Augustin, Stand: 2. A., 8. Lieferung, August 1994.

Erlenkämper, Arnold / Fichte, Wolfgang, Sozialrecht, 3. A., Köln, Berlin, Bonn, München 1996.

Freischmidt, Dieter, Liste umgestaltet, BArbBl. 1977, Heft 2, S. 52 ff.

Freizügigkeit und Soziale Sicherheit: Die Durchführung der Verordnung (EWG) 1408/71 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer in Deutschland, hrsg. v. Bernd Schulte / Klaus Barwig, Baden-Baden 1999.

Fuchs, Maximilian, Soziale Sicherung für den Fall des Arbeitsunfalls und der Berufskrankheit, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV) Band 36, Europäisches Sozialrecht, Wiesbaden 1992, S. 123 ff.

Gagel, Alexander, Der Herstellungsanspruch - Seine Bedeutung im Konzept der Korrekturinstrumente nach neuerer Rechtsprechung -, SGB 2000, 517 ff.

Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften 2000, hrsg. v. Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften, Sankt Augustin 2001.

Gesetzliche Unfallversicherung. Mit Nebenbestimmungen, Berufskrankheiten und Fremdrentenrecht, Textausgabe, hrsg. v. Jürgen Nehls, 2. A., München 1997.

Gitter, Wolfgang, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, Tübingen 1969.

Grimm, Wolfgang, Unfallversicherung, Kommentar zu den Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen (AUB) mit Sonderbedingungen, 2. A., München 1994.

Handbuch der Sozialversicherung, Bd. 3 Gesetzliche Unfallversicherung - SGB VII -, hrsg. von Otto Ernst Krasney / Klaus Burchardt / Wolfgang Wiester, 12. A., Loseblatt, Sankt Augustin, Stand: 115. Lieferung, Januar 2002.

Handbuch der Unfallversicherung, Die Reichsunfallversicherungsgesetze, dargestellt von Mitgliedern des Reichs-Versicherungsamtes, Leipzig 1901.

Handbuch des Sozialversicherungsrechts, hrsg. v. Bertram Schulin, Bd. 2 Unfallversicherung, München 1996.

Haverkate, Görg / Huster, Stefan, Europäisches Sozialrecht: Eine Einführung, Baden-Baden 1999.

Heilmann, Joachim / Aufhauser, Rudolf, Arbeitsschutzgesetz, Kommentar, Baden-Baden 1999.

Jarass, Hans D., Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, NJW 1997, 2545 ff.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 6. A., München 2002.

Jung, Anmerkung zum Urteil des BSG v. 10.08.1999 - B 2 U 20/98 R, SGB 2000, 174, 176 f.

Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Gesamtedaktion: Klaus Niesel, Loseblatt, München, Stand: 38. Lieferung, August 2002.

Kater, Horst / Leube, Konrad, Gesetzliche Unfallversicherung, SGB VII, Kommentar, München 1997.

Katzenstein, Dietrich, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1982 bis 1987, SGB 1988, 177 ff.

- Keller, Wolfgang, Das tätigkeitsbezogene Merkmal bei Berufskrankheiten, SozVers 1995, 264 ff.
- Koch, Hans-Joachim / Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre, München 1982.
- Konen, Johannes, Allgemeine Unfallversicherungs-Bedingungen (AUB 88): Motive und Erläuterungen, Karlsruhe 1990.
- Konstanty, Reinhold, Forderungen des DGB zur Fortentwicklung des Entschädigungsrechts der gesetzlichen Unfallversicherung, SozSich 1975, 167 ff.
- Kopp, Ferdinand O. / Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. A., München 2000.
- Kozian, Herbert / Pöhl, Klaus-Dieter, Zusammenhang zwischen Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit und Berufskrankheit - ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 572 RVO?, Kompaß 1995, 16 ff.
- Kranig, Andreas, Berufskrankheiten im europäischen Vergleich, BG 2002, 236 ff.
- Krasney, Otto Ernst, Abgrenzung der Risiken in der gesetzlichen Unfallversicherung - Fragen und Vorschläge zu einem SGB VII, VSSR 1993, 81 ff.
- Krasney, Otto Ernst, Die „Wie-Beschäftigten“ nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII, NZS 1999, 577 ff.
- Krasney, Otto Ernst / Udsching, Peter, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 3. A., Berlin 2002.
- Kreßel, Eckhard, Öffentliches Haftungsrecht und Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, Frankfurt 1990.
- Krisa, Petra, Beweiserleichterungen im Berufskrankheitenrecht durch Belastungsdokumentationen, BG 1993, 788 ff.
- Ladage, Klaus, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch: Ein Sonderfall materiell-rechtlicher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,

Sankt Augustin 1990.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin, Heidelberg, New York 1991.

Laß, Ludwig, Unfallversicherung, 3. und 4. A., Berlin, 1914.

Lauterbach, Herbert, Gesetzliche Unfallversicherung, Kommentar, hrsg.v. Friedrich Watermann, 3. A., Loseblatt, Stuttgart, Berlin, Köln, Stand: 62. Lieferung, Januar 1996.

Lauterbach, Herbert, Unfallversicherung, Sozialgesetzbuch VII, Kommentar, hrsg.v. Friedrich Watermann, 4. A., Loseblatt, Stuttgart, Berlin, Köln, Stand 15. Lieferung, Oktober 2001.

Mangoldt, Hermann v. / Klein, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, hrsg. v. Christian Starck, 4. A., München 1999.

Maunz, Theodor, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblatt, München, Stand: 20. Lieferung, Juni 2001.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, München, Stand: Juli 2001.

Mehrhoff, Friedrich, Berufskrankheiten in der Europäischen Union, BG 1996, 487 ff.

Mehrhoff, Friedrich / Muhr, Gert, Unfallbegutachtung, 10. A., Berlin, New York 1999.

Mehrtens, Gerhard, Die berufsbedingte Hauterkrankung zwischen altem und neuem Recht, BG 1977, 472 ff.

Mehrtens, Gerhard, Der Eintritt des Versicherungsfalles bei Berufskrankheiten, die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung der Krankheit ursächlich waren oder sein können, SozVers 1978, 151 ff.

Mehrtens, Gerhard, Gesetzliche Unfallversicherung, Siebtes Buch Sozialgesetzbuch, Handkommentar, Loseblatt, Berlin, Stand: November 2002.

Mehrtens, Gerhard / Perlebach, Edith, Die Berufskrankheitenverordnung (BKV), Loseblatt, Berlin, Stand: 42. Lieferung, August 2002.

Merdian, Josef, Gefährdungs- und Risikobeurteilung, BG 1997, 290 ff.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1305 v. 24.02.1964, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, abgedruckt in: Mehtens / Perlebach, M 1305; Mehrhoff / Muhr, S. 215 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1315, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1993, Heft 3, S. 48 ff.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 1317, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1997, Heft 12, S. 31 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2101 v. 18.02.1963, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, abgedruckt in: Mehtens / Perlebach, M 2101; Mehrhoff / Muhr, S. 230.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2102 v. 11.10.1989, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1990, Heft 2, S. 135.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2104 v. 10.07.1979, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1979, Heft 7/8, S. 72 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2105 v. 18.02.1963, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, abgedruckt in: Mehtens / Perlebach, M 2105; Mehrhoff / Muhr, S. 233.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2108 v. 01.03.1993, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1993, Heft 3, S. 50 ff.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2109 v. 01.03.1993, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1993, Heft 3, S. 53 ff.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 2110 v. 01.03.1993, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1993,

Heft 3, S. 55 ff.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4201 v. 16.08.1981, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1989, Heft 11, S. 63 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4202 v. 16.08.1989, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1989, Heft 11, S. 65 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4301 v. 10.07.1979, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1979, Heft 7/8, S. 73 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 4302 v. 10.07.1979, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1979, Heft 7/8, S. 74 f.

Merkblatt für die ärztliche Untersuchung zu Nr. 5101, hrsg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, BArbBl. 1996, Heft 6, S. 22 ff.

Meyer-Ladewig, Jens, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 7. A., München 2002.

Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Vorschläge der Kommission zum Abbau der Arbeitslosigkeit und zur Umstrukturierung der Bundesanstalt für Arbeit unter Leitung von Peter Hartz, Berlin 2002.

Mrozynski, Peter, Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB I), 2. A., München 1995.

Münch, Ingo v. / Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. A., München 2000.

Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. v. Bundesverfassungsgericht, Loseblatt, Heidelberg, Stand: 113. Ergänzungslieferung, März 2002.

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. A., München 2002.

- Pittroff, Richard, Die neue Berufskrankheiten-Verordnung - Auslegungsfragen, BG 1979, 37 ff.
- Plog, Ernst / Wiedow, Alexander / Lemhöfer, Bernt / Bayer, Detlef, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz mit Beamtenversorgungsgesetz, Loseblatt, Neuwied, Stand: Oktober 2002.
- Podzun, Hanns, Der Unfallsachbearbeiter, hrsg. v. Jürgen Nehls / Albert R. Platz, Loseblatt, Berlin, Stand: Juni 2002.
- Pöhl, Claus-Dieter, Unterlassung der gefährdenden Tätigkeit im Berufskrankheiten-Recht, BG 2000, 475 ff.
- Raschke, Ulrich, EWG-Verordnung Nr. 1408/71: Anwendung und Perspektiven, BG 1997, 254 ff.
- Raschke, Ulrich, Deutsche gesetzliche Unfallversicherung: Anmerkungen zur Weiterentwicklung der EWG-Verordnung Nr. 1408/71, BG 1998, 414 ff.
- Raschke, Ulrich, Deutsche gesetzliche Unfallversicherung: Anmerkungen zur Weiterentwicklung der EWG-Verordnung Nr. 1408/71, in: Freizügigkeit und Soziale Sicherheit, 155 ff.
- Reinhardt, Michael, Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93 ff.
- Ricke, Wolfgang, Das Lärmschwerhörigkeitsurteil des BSG: Unnötig provoziert?, BG 1990, 476 ff.
- Ricke, Wolfgang, Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität in der gesetzlichen Unfallversicherung: Aus dem Leben eines Taugenichts!, BG 1996, 770 ff.
- Ricke, Wolfgang, Anmerkung zum Urteil des BSG v. 23.03.1999 - B 2 U 12/98 R, SGB 1999, 576, 583 f.
- Ricke, Wolfgang, Verstoß gegen Versichertenrechte zur Gutachterausswahl und Teilnahme an Unfalluntersuchungen in der gesetzlichen Unfallversicherung, NZS 2002, 357 ff.

- Römer, Wolfgang, Der Gefahrbegriff des § 3 BeKV, BG 1994, 237 ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. A., München 1999.
- Sattelmacher, Paul / Sirp, Wilhelm / Schuschke, Winfried, Bericht, Gutachten und Urteil, 32. A., München, 1994
- Schieckel, Anmerkung zum Urteil des BSG v. 30.10.1959 - 2 RU 237/57, SGB 1960, 212, 214.
- Schimanski, Werner, Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, SozVers 1995, 124 ff.
- Schmalz, Dieter, Die juristische Falllösung, Karlsruhe, Heidelberg 1976.
- Schmidt-de Caluwe, Reimund, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Berlin 1992.
- Schmitt, Jochem, SGB VII, Gesetzliche Unfallversicherung, Kommentar, München 1998.
- Schnellenbach, Helmut, Beamtenrecht in der Praxis, 5. A., München 2001.
- Schönberger, Alfred, Zur Auslegung des Begriffes „Aufgabe der beruflichen Beschäftigung oder jeder Erwerbsarbeit“ im Sinne der 6. BKVO, BG 1962, 409 ff.
- Schönberger, Alfred / Mehrtens, Gerhard / Valentin, Helmut, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, 5. A., Berlin 1993.
- Schönberger, Alfred / Mehrtens, Gerhard / Valentin, Helmut, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, 6. A., Berlin 1998.
- Schroth, Anmerkung zum Urteil des BSG v. 26.02.1992 - 9a RV 4/91, SGB 1993, 238 f.
- Schuler, Rolf, Das internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1988.
- Schütz, Erwin / Maiwald, Joachim, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Gesamtausgabe, Kommentar, 5. A., Loseblatt, Heidelberg, Stand: November 2002.
- SGB - Sozialversicherung, Kommentar zum gesamten Recht der Sozialversicherung einschließlich zwischenstaatlicher Abkommen und h-

ternationaler Übereinkommen (SGB-SozVers-GesKomm), hrsg. v. Helmar Bley / Wolfgang Gitter / Hans-Joachim Gurgel / Helmut Heinze / Anton Knopp / Paul Müller / Norbert Schneider-Danwitz / Kurt Schroeter / Gunther Schwerdtfeger, Loseblatt, Wiesbaden, Stand: 141. Lieferung, Oktober 2002.

SGB I Allgemeiner Teil, Kommentar, hrsg. v. Karl Hauck / Ulrich Becker, Berlin, Loseblatt, Stand: Mai 2002.

SGB VII Gesetzliche Unfallversicherung, Kommentar, hrsg. v. Karl Hauck / Wolfgang Keller (Bandherausgeber), Loseblatt, Berlin, Stand: 17. Lieferung, Oktober 2002.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV), Band 39, Wiesbaden 1994.

Sozialversicherung - International -, hrsg. v. Bernd Kerger, Loseblatt, Remagen, Stand: 127. Nachtragslieferung, Juli 2002.

Spinnarke, J., Gesetzeszweck und Wirklichkeit bei den beruflichen Hauterkrankungen, BG 1972, 103 ff.

Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, Bände 1997 bis 2001, hrsg. v. Statistischem Bundesamt, Wiesbaden, im jeweiligen Jahr.

Steinmeyer, Heinz-Dietrich, Die deutsche gesetzliche Unfallversicherung und das europäische koordinierende Sozialrecht, in: Festschrift für Wolfgang Gitter, hrsg. v. Meinhard Heinze / Jochem Schmitt, Wiesbaden 1995, S. 963 ff.

Steeger, D., Berufskrankheiten des Stütz- und Bewegungsapparates, in: Konietzko, Johannes / Dupuis, Heinrich, Handbuch der Arbeitsmedizin, Loseblatt, Landsberg, Stand: April 2002.

Stockmeier, Hermann / Huppenbauer, Bettina, Motive und Erläuterungen zu den Allgemeinen Unfallversicherungs-Bedingungen (AUB 99), Karlsruhe 2000.

- Stork, Heinz, Berufskrankheiten, die zur Unterlassung aller Tätigkeiten gezwungen haben, die für die Entstehung der Krankheit ursächlich waren oder sein können, SdL 1977, 519 ff.
- Stresemann, E. / Koch, B., Der § 3 der BeKV in der Begutachtung obstruktiver Atemwegserkrankungen, BG 1992, 719 ff.
- Umbach, Dieter C. / Clemens, Thomas, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg, 2002.
- Wahrig, Deutsches Wörterbuch, hrsg. v. Gerhard Wahrig, Wiesbaden, Stuttgart 1984.
- Wannagat, Georg, SGB - Sozialgesetzbuch, Kommentar zum Recht des Sozialgesetzbuchs, hrsg. v. Georg Wannagat / Eberhard Eichenhofer, Bd. Gesetzliche Unfallversicherung, Loseblatt, Köln, Berlin, Bonn, München, Stand: 7. Lieferung, 2001.
- Wendland, Marie-Elisabeth, Siebente Berufskrankheiten-Verordnung, BArbBl. 1968, Heft 19-20, S. 549 ff.
- Wiester, Wolfgang, Über die Aufgabe der Unfallversicherungsträger, die Richtwerte zur Bemessung der MdE überprüfen zu lassen, NZS 2001, 630 ff.
- Wittmann, Anmerkung zum Urteil des BSG v. 27.04.1972 - 7 RU 15/70, SGB 1973, 268, 270 f.
- Wulffen, Matthias v., Sozialgesetzbuch: Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X) - Kommentar, 4. A., München 2001.