

1. Die rückwirkende Aufhebung eines bestandskräftigen Beitragsbescheides zu Ungunsten des Beitragspflichtigen nach § 168 Abs 2 SGB VII (alte Fassung) ist eine Ermessensentscheidung. Die Neufassung dieser Vorschrift durch das UVMG (gebundene Entscheidung) gebietet keine andere Auslegung.
2. Wurden wegen der unrichtigen Veranlagung eines Gesamtunternehmens Lohnsummen einer falschen Gefahraristelle zugeordnet, so kann gleichwohl nicht - unter Beibehaltung der unrichtigen Veranlagung - eine Korrektur der Lohnsummenzuordnung im Rahmen des § 168 Abs 2 SGB VII erfolgen, da sich die Zuordnung an der bestehenden Veranlagung auszurichten hat (hier: Veranlagung als Brauerei statt Gaststätte mit Brauerei als Hilfsunternehmen; unklare Zuordnung der Entgelte des Bedienungspersonals der Gaststätte). Kommt der Unternehmer bei dieser Situation nämlich nicht umhin, Entgelte bei einer an sich unzutreffenden Gefahraristelle auszuweisen, macht er objektiv keine falschen Angaben im Lohnnachweis, wenn er versucht, die Lohnsummen einer möglichst passenden Gefahraristelle zuzuordnen.

§§ 160, 168 Abs 2 SGB VII

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 25.08.2008 – L 1 U 583/08 –
Bestätigung des Gerichtsbescheids des SG Freiburg vom 17.01.2008 - S 10 U 3049/05 -

Zum -redaktionellen - Leitsatz 1:

Siehe Vorbemerkung Ziffer 1 zum Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 01.10.2008 - L 17 U 274/07 -, in dieser Ausgabe, S. 1369-1381.

Zu 2:

Ursache des Rechtsstreits war, dass wegen einer falschen Veranlagung des (Gesamt-)Unternehmens der Klägerin unklar war, welcher Gefahraristelle die Entgelte bestimmter Mitarbeiter (Gaststättenpersonal) zuzuordnen waren. Statt auf (Brauerei-)Gaststätte mit einer Brauerei als Hilfsunternehmen lautete die Veranlagung auf Brauerei, Verwaltung und Vertrieb/Verkauf.

Die Entgelte des Servicepersonals der Gaststätte wurden von der Klägerin der Gefahraristelle "Vertrieb" zugeordnet (Vertrieb von Brauereiprodukten). Die Beklagte beanstandete dies und ordnete die Entgelte der Brauerei zu. Wegen unrichtiger Angaben im Lohnnachweis erließ sie einen Beitragsänderungsbescheid. Eine Änderung der Veranlagung nahm sie nicht vor, wohl auch, weil die Voraussetzungen für eine rückwirkende Änderung nicht erfüllt waren. Nach Ansicht der Klägerin war diese Verfahrensweise unzulässig, da die Beklagte mit den Nachforderungsbescheiden in Wahrheit eine Abänderung des bestandskräftigen Veranlagungsbescheides anstrebe. Es würde nicht die unzutreffende Veranlagung korrigiert, sondern lediglich das Arbeitsentgelt einer weiterhin falschen Gefahraristelle zugeordnet.

Das LSG hat die Beitragsänderungsbescheide für rechtswidrig erachtet; der Lohnnachweis habe keine objektiv "unrichtigen" Angaben enthalten. Nach dem verbindlichen Veranlagungsbescheid sei eine andere Zuordnung des Servicepersonals nicht möglich gewesen. Da das Servicepersonal den Verkauf der Waren bewerkstellige, sei die Zuordnung dieser Entgelte zur Gefahraristelle "Vertrieb" nicht nur naheliegend, sondern auch objektiv richtig gewesen, sei es unter Zugrundelegung einer engen Interpretation der Servicekraft in einer Gaststätte als Verkaufspersonal oder in der Subsumtion unter "sonstige Tätigkeiten", die sich mit dem Vertrieb, Verkauf und Lagertätigkeiten vergleichen lassen würde. Eine Ausweisung unter der Gefahraristelle "Brauerei" sei dagegen offensichtlich unrichtig. Denn das Servicepersonal habe mit der Produktion der Lebensmittel, weder dem Bier, sonstiger Getränke noch den verkauften Speisen, etwas zu tun. Für den Senat sei daher der Einwand der Klägerin, die Beklagte versuche, über den Weg der Verschiebung von Lohnsummen zwischen den Gefahrklassen die unrichtige und für die Vergangenheit nicht mehr zu ändernde Veranlagung quasi durch die Hintertür zu

"korrigieren", durchaus nachvollziehbar. Jedenfalls habe "die Beklagte nichts vorgetragen, was rechtfertigen könnte, für den Fall, dass wie hier die engen Voraussetzungen für die rückwirkende Neuveranlagung des § 160 SGB VII nicht vorliegen, eine Neuordnung der Lohnsummen im Rahmen des § 168 Abs. 2 SGB VII vorzunehmen und dabei die unzutreffende Veranlagung des Gesamtbetriebs, die auch der weiteren Zuordnung der Arbeitsentgelte ihr Gepräge gibt, unverändert zu lassen".

Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache hat der Senat Revision zugelassen, da eine Entscheidung des BSG über die Frage des Bewertungsmaßstabs in § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII für die Frage der objektiven Unrichtigkeit und den Charakter des § 168 Abs. 2 SGB VII als Ermessensvorschrift noch nicht ergangen sei.

Das **Landessozialgericht Baden-Württemberg** hat mit **Urteil vom 25.08.2008**

- L 1 U 583/08 -

wie folgt entschieden:

Tatbestand

Im Streit steht die Rechtmäßigkeit der Beitragsberichtigungsbescheide für die Jahre 1999 bis 2002 bzw. die Beitragsfestsetzung für das Jahr 2003 und die damit verbundene Aufforderung zur Nachzahlung von 13.728,15 EUR für die Jahre 1999 bis 2002.

Die Klägerin betreibt ein Brauereigasthaus (Gewerbeanmeldung der Stadt F. vom 1. Juni 1990). In ihrer Anmeldung zur Beklagten hat die Klägerin als Unternehmensgegenstand die Errichtung und den Betrieb einer Hausbrauerei angegeben, auf die Frage nach dem Hauptbetrieb "Brauerei" mit einem Fragezeichen versehen und darunter vermerkt "langfristig sicher Gaststätte" und die Frage nach weiteren Grundstücken verneint. Daneben hat die Klägerin von April 1993 bis Mai 2000 das Speiserestaurant K. in F. betrieben.

Mit Veranlagungsbescheid vom 24. Oktober 1989 veranlagte die Beklagte das Gesamtunternehmen zur Gefahrklasse 2,9 (Gefahrtarifstelle 12) des ab 1. Januar 1988 geltenden Gefahrtarifs ("Herstellung von Erfrischungsgetränken, Brauereien, Bauereiniederlagen"). Die bei der Klägerin erzielten Arbeitsentgelte wurden in den Beitragsbescheiden für die Jahre 1989 bis 1998 insgesamt dem Unternehmensbereich Produktion (Gefahrklasse 2,9 bzw. ab 1993 bei Gefahrtarifstelle 39 [Brauereien] Gefahrklasse 3,1) zugewiesen.

Mit Bescheid über die Veranlagung zu den Gefahrklassen vom 10. August 1999 veranlagte die Beklagte das Gesamtunternehmen der Klägerin (Brauerei) ab 1. Januar 1999 wie folgt: Gefahrtarifstelle Unternehmensbereich Gefahrklasse 32 Produktion 4,00 33 Büro/Verwaltung 1,00 37 Vertrieb/Verkauf/Lager/sonstige Tätigkeiten 2,60

Weiter war ein "wichtiger Hinweis für die Erstattung der Lohn- und Beschäftigungsnachweise" beigefügt. Die Klägerin wurde aufgefordert, um eine ordnungsgemäße Beitragsberechnung und dadurch eine gerechte Beitragsverteilung zu gewährleisten, im Lohn- und Beschäftigungsnachweis nicht nur die Gesamtarbeitsstunden und das Gesamtarbeitsentgelt nachzuweisen, sondern auch die Aufteilung auf die Unternehmensbereiche ("Davonzahlen") exakt vorzunehmen.

Mit Bescheid vom 5. April 2000 setzte die Beklagte den Beitrag für das Jahr 1999 in Höhe von 25.302,94 DM fest, mit Bescheid vom 5. April 2001 den Beitrag für das Jahr 2000 in Höhe von 15.924,84 DM, für 2001 in Höhe von 8.288,11 EUR (Bescheid vom 11. April 2002), mit Bescheid vom 3. April 2003 den Beitrag für 2002 in Höhe von 10.169,54 EUR.



Dabei wurden die Entgelte jeweils in der Gewerbegruppe 93 (Brauerei) zur Tarifstelle 32, Gefahrklasse 4,0 (Produktion), der Gefahrtarifstelle 33 mit Gefahrklasse 1,0 (Büro/Verwaltung) und der Tarifstelle 37 mit der Gefahrklasse 2,6 (Vertrieb/Verkauf/Lager/sonstige Tätigkeiten) des Gefahrtarifs zugeordnet. In den der Beitragsberechnung jeweils zugrunde liegenden Entgeltnachweisen hatte die Klägerin das Gesamtbruttoarbeitsentgelt aufgeteilt nach den Bereichen Produktion, kaufmännische und verwaltende Tätigkeiten (Büro) sowie Vertrieb/Verkauf/Lager/sonstige Tätigkeiten angegeben. Die jeweiligen Beitragsbescheide haben diese Aufteilung entsprechend in die Berechnung des Beitrags übernommen und den jeweiligen Gefahrklassen zugeordnet.

Im Rahmen der am 2. Juni 2003 durchgeführten Betriebsprüfung stellte die Beklagte fest, dass die wirtschaftliche Zielsetzung des Gesamtunternehmens der Betrieb einer Gaststätte sei. Die Brauerei verfolge keine eigenen wirtschaftlichen Ziele und wäre in ihrer jetzigen Form ohne die Gaststätte wirtschaftlich nicht existenzfähig. Daher sei die Brauerei unfallversicherungsrechtlich als Hilfsunternehmen des Gastronomiebetriebs einzustufen. Die Veranlagung sei in die Tarifstelle 4 (Gaststätten und Beherbergungsgewerbe und deren Serviceunternehmen, Gewerbegruppe 16 Gefahrklasse 4,5 - wohl zutreffend: 3,8) zu ändern. Auch sei das Service-Personal zu Unrecht in den Lohnnachweisen unter "Vertrieb, Verkauf, sonstige Tätigkeit" eingruppiert worden, während es unter die zentrale Gefahrenklasse (Produktion) hätte gefasst werden müssen.

Mit Bescheiden vom 8. März 2004 setzte die Beklagte die Beiträge für die Jahre 1999 bis 2002 neu bzw. den Beitrag für 2003 erstmalig und eine Nachforderung in Höhe von 13.728,15 EUR fest. Dabei wurden in den jeweiligen Beitragsbescheiden die Lohnsummen aus den Bereichen Produktion sowie Vertrieb/Verkauf/Lager/sonstige Tätigkeiten addiert und in Summe der (im Vergleich zum Unternehmensbereich Vertrieb/Verkauf etc. höheren) Gefahrklasse Produktion zugeordnet worden. Die Veranlagung als Brauerei wurde unverändert belassen.

Dagegen erhob die Klägerin Widerspruch und brachte vor, der Beklagten sei der Betriebstyp einer Gasthausbrauerei von Anfang an bekannt gewesen. Man bitte, die berichtigten Bescheide zurück zu nehmen und künftig die Bereiche Brauerei und Gastronomie getrennt zu veranlagern. Auch sei die Zuordnung des Servicepersonals zum Bereich "Vertrieb" zutreffend erfolgt; die Beklagte habe im Übrigen das ihr nach § 168 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Siebtes Buch (SGB VII) zustehende Ermessen nicht ausgeübt.

Am 27. Mai 2005 hat die Klägerin Untätigkeitsklage zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben (Az.: S 10 U 2112/05) und zur Begründung ausgeführt, die Behauptung der Beklagten, sie habe unrichtige Angaben in den Lohnnachweisen gemacht, die es rechtfertigen würden, die Beitragsbescheide nach § 168 Abs. 2 SGB VII rückwirkend zu ändern, sei unzutreffend. Vielmehr habe allein die Beklagte die unrichtige Zuordnung der richtigen Angaben zu vertreten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Juni 2005 hat die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurückgewiesen. Die Voraussetzungen für eine Veranlagung des Servicepersonals in der Gefahrtarifstelle 37, wie sie in Teil II Nr. 4 a und 4 b des Gefahrtarifs aufgeführt seien, seien im klägerischen Unternehmen nicht erfüllt. Die Beitragsbescheide hätten nach § 168 Abs. 2 SGB VII rückwirkend geändert werden können, da die Entgeltnachweise unrichtige Angaben enthalten hätten. § 168 Abs. 2 SGB VII verlange eine Ermessensausübung. Für die Rücknahme der Beitragsbescheide spreche das öffentliche Interesse, das im Wesentlichen aus der Einhaltung der Beitragsgerechtigkeit als Ausdruck des Rechts-



staatsprinzips bestehe. Der Belastungsgleichheit aller Beitragszahler sei grundsätzlich Vorrang vor den Interessen Einzelner einzuräumen. Maßgeblich sei die tatsächliche objektive Unrichtigkeit; ein Verschulden sei unerheblich. Wesentliche Gründe, die gegen eine Rücknahme sprechen würden, z.B. eine Unzumutbarkeit aufgrund der gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse oder ein Verschulden der Beklagten, lägen nicht vor. Das grundsätzlich eingeräumte Ermessen sei daher auf Null reduziert. Auch ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch greife nicht ein.

Daraufhin erklärten die Beteiligten die beim SG anhängige Untätigkeitsklage im Vergleichsweg für erledigt.

Gegen die Beitragsberichtigungsbescheide vom 8. März 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 28. Juni 2005 hat die Klägerin am 22. Juli 2005 Klage beim SG erhoben und verweist zur Begründung im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen. Darüber hinaus führt sie aus, die Beklagte strebe mit den Nachforderungsbescheiden in Wahrheit eine Abänderung des bestandskräftigen Veranlagungsbescheids an, was rechtlich unzulässig sei. Zudem verkenne die Beklagte, dass das Unternehmen der Klägerin nicht als Brauerei anzusehen sei. Mit den Korrekturbedeiden würde damit nicht die unzutreffende Veranlagung korrigiert, sondern die unzutreffende Veranlagung belassen und lediglich das Arbeitsentgelt der weiterhin falschen Gefahrtarifstelle zugeordnet. Auch die durchgeführten Erwägungen zur Ermessensausübung seien fehlerhaft, da sie keine Abwägung der jeweiligen Interessenlage im konkreten Fall erkennen lasse.

Die Beklagte hat erwidert, sie habe keine Änderung der Veranlagung für die Vergangenheit durchgeführt. Darüber hinaus berechtige nicht die bloße Möglichkeit, Entgelte für Vertrieb etc. getrennt nachzuweisen, automatisch auch zum entsprechenden Nachweis, wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen würden.

Das SG hat am 14. März 2006 einen Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten durchgeführt. Auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.

Mit Gerichtsbescheid vom 17. Januar 2008 hat das SG die angefochtenen Bescheide aufgehoben und zur Begründung ausgeführt, die angefochtenen Bescheide seien mangels ordnungsgemäßer Ermessensausübung rechtswidrig und daher aufzuheben. Die Beitragsberichtigungsbescheide vom 8. März 2004 seien reine Abrechnungsbescheide, Ermessenserwägungen nicht erkennbar. Der Widerspruchsbescheid habe diesen Mangel nicht geheilt. Insbesondere die von der Beklagten angenommene Ermessensreduzierung auf Null könne nicht nachvollzogen werden, da Argumente, die die eigentliche Ermessensentscheidung zu einer gebundenen hätten werden lassen, von der Beklagten nicht vorgebracht worden seien.

Gegen den ihr am 28. Januar 2008 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Beklagte am 6. Februar 2008 Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt sie vor, sie habe Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt. Darüber hinaus sei in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob § 168 Abs. 2 SGB VII überhaupt eine Ermessensnorm darstelle; jedenfalls dürften an die Ermessensausübung keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden.

Die Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 17. Januar 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie stützt sich zur Begründung im Wesentlichen auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung des SG und das eigene Vorbringen im Klageverfahren.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der Verwaltungsakten beider Instanzen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die gemäß §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und nach § 151 SGG auch im Übrigen zulässige Berufung ist unbegründet. Die Beklagte war nicht berechtigt, nach § 168 Abs. 2 SGB VII rückwirkend Beiträge neu zu berechnen, da es bereits an unrichtigen Angaben der Klägerin in den Lohnnachweisen fehlt, sie jedenfalls aber das ihr in § 168 Abs. 2 SGB VII eingeräumte Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt hat.

Gemäß § 165 Abs. 1 Satz 1 SGB VII hat der Unternehmer zur Berechnung der Umlage innerhalb von sechs Wochen nach Ablauf eines Kalenderjahres die Arbeitsentgelte der Versicherten und die geleisteten Arbeitsstunden in der vom Unfallversicherungsträger geforderten Aufteilung zu melden (Lohnnachweis). Der Unfallversicherungsträger teilt den Beitragspflichtigen den von ihnen zu zahlenden Beitrag schriftlich mit (§ 168 Abs. 1 SGB VII). Der Beitragsbescheid darf mit Wirkung für die Vergangenheit zuungunsten der Beitragspflichtigen nur dann aufgehoben werden, wenn der Lohnnachweis unrichtige Angaben enthält oder sich die Schätzung als unrichtig erweist (§ 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII).

Die Klägerin hat in den Nachweisen zur Beitragsberechnung ab dem Jahr 2000 das Gesamtarbeitsentgelt ihrer Beschäftigten auf die Unternehmensbereiche Produktion, kaufmännische und verwaltende Tätigkeiten sowie Vertrieb/Verkauf/Lager/sonstige Tätigkeiten aufgeteilt, entsprechend der Veranlagung der Klägerin durch den Veranlagungsbescheid vom 10. August 1999.

Nach Teil II des ab 1. Januar 1999 geltenden Gefahrtarifs Ziff. 4 b ist der Vertrieb selbst hergestellter Waren gesondert zu den unter den Gefahrtarifstellen 34 bis 38 festgesetzten Gefahrklassen zu veranlagern, wenn er die Bedingungen des Buchstabens a erfüllt und überwiegend außerhalb des Grundstücks des Herstellungsunternehmens erfolgt; wird nicht an Ort und Stelle verzehrt, sondern geschieht der Vertrieb über Ladengeschäfte, genügt es, wenn die Bedingungen des Buchstabens a erfüllt sind. In Nr. 4 a ist bestimmt, dass für den Fall, dass sich ein Unternehmen aus mehreren Unternehmensteilen zusammensetzt (Hauptunternehmen, Nebenunternehmen), jeder Unternehmensteil gesondert veranlagt wird, wenn er von den anderen räumlich getrennt ausgeübt wird, ein eigener Personalstamm für ihn vorhanden ist und das Arbeitsentgelt getrennt nachgewiesen werden kann. Unternehmensteile, bei denen eine dieser Voraussetzungen fehlt, werden nach der Gefahrklasse des Hauptunternehmens veranlagt.

Die Beklagte hat dazu ausgeführt, dass das Servicepersonal der Gaststätte schon deshalb nicht der Gefahrtarifstelle 37 zuzuordnen sei, weil die Voraussetzungen für einen "Vertrieb" im Sinne der Gefahrtarifstelle 37 in Verbindung mit Teil II Ziff. 4 b des Gefahrtarifs

nicht vorliegen würden. Daher habe die Klägerin auch im Sinne des § 168 Abs. 2 SGB VII unrichtige Angaben gemacht.

Der Senat geht jedoch bei seiner Beurteilung davon aus, dass der Veranlagungsbescheid den Maßstab für die Beurteilung bildet, was objektiv unrichtig ist oder nicht, auch wenn dieser möglicherweise seinerseits objektiv rechtswidrig, aber bestandskräftig ist, da Veranlagungs- und Beitragsbescheid aufeinander aufbauen (vgl. insoweit BSG vom 5. Juli 2005 - SozR 4-2700 § 157 Nr. 2) und Teil II Ziff. 1 b des Gefahrtarifs deutlich macht, dass die festgesetzten Gefahrklassen alle Tätigkeiten für ein Unternehmen erfassen.

Die Beklagte verkennt, dass die Gefahrtarifssatzung für die Beitragserhebung keine unmittelbare Wirkung zeitigt, sondern der Umsetzung durch den Veranlagungsbescheid bedarf. Der Veranlagungsbescheid ist die für den Beitragspflichtigen verbindliche Festsetzung, nach welchem Gefährdungsrisiko das Unternehmen nach der gültigen Satzung eingestuft wird (ständige Rechtsprechung, vgl. BSG SozR 2200 § 734 Nr. 4). Der Veranlagungsbescheid der Beklagten hat insoweit die bestandskräftige Regelung getroffen, dass das Unternehmen mit drei Unternehmensbereichen zu drei unterschiedlichen Gefahrklassen als Ausdruck eines unterschiedlich einzuschätzenden Gefährdungsrisikos zu behandeln ist. Die im Veranlagungsbescheid genannten Unternehmensbereiche sind nach der Satzung einer getrennten Veranlagung zur eigenen Gefahrarifstelle auch zugänglich. Die Gefahrarifstelle 37 erfasst nicht nur den Vertrieb von Waren, sondern auch den Verkauf, das Lager und sonstige Tätigkeiten. Eine Tätigkeit, die den Absatz der Waren bezweckt, ist dem Gefährdungsrisiko dieser Gefahrarifstelle sowohl nach Sinn und Zweck wie auch nach dem Wortlaut der Satzungsregelung zuzuordnen. Damit entspricht die Aufteilung der Lohnnachweise auf die Brauereitätigkeit (Produktion), Verwaltung und das Servicepersonal der konkret vorgenommenen, verbindlichen Veranlagung der Klägerin. Eine andere Zuordnung des Servicepersonal war nach dem Veranlagungsbescheid nicht möglich, auch wenn das Betreiben einer Gaststätte im Gefahrarif gesondert in der Gefahrarifstelle 16 (Gefahrarif 1988) bzw. in der Gefahrarifstelle 4 (Gefahrarif 1999) erfasst ist. Die - hier rechtswidrige - Zuordnung eines Hilfs- oder Nebenunternehmens erlaubt nach der Satzung gerade die pauschale Erfassung des Warenabsatzes, weshalb die Regelung des Veranlagungsbescheids zu der Gefahrarifstelle 37 auch nicht ins Leere ging.

Insoweit ist aus Sicht des Empfängers des Veranlagungsbescheids, der verschiedene Tätigkeitsbereiche seines Unternehmens im Lohnnachweis entsprechend den vorgegebenen Gefahrarifstellen nachzuweisen hat, eine Zuordnung des Entgelts des Servicepersonals nach dem objektiven Empfängerhorizont vorzunehmen. Die Klägerin hatte die Entgelte der Mitarbeiter, die für den Verkauf der in der Brauerei hergestellten Waren und der in der Gaststätte ansonsten angebotenen Speisen und Getränken zuständig sind, einer der von der Beklagten vorgegebenen Gefahrarifstellen zuzuordnen. Da das Servicepersonal den Verkauf der Waren bewerkstelligt, war die Zuordnung dieser Entgelte zur Gefahrarifstelle 37 nicht nur naheliegend, sondern auch objektiv richtig, sei es unter Zugrundelegung einer engen Interpretation der Servicekraft in einer Gaststätte als Verkaufspersonal oder in der Subsumtion unter "sonstige Tätigkeiten", die sich mit dem Vertrieb, Verkauf und Lagertätigkeiten vergleichen lassen.

Schon deshalb ist der Senat der Auffassung, dass keine objektiv "unrichtigen" Angaben in den Lohnnachweisen enthalten sind, wenn das Entgelt des Servicepersonals dem Unternehmensbereich Vertrieb/Verkauf/Lager/sonstige Tätigkeiten zugeordnet wird. Ob die Voraussetzungen für die Zuordnung des Servicebereichs unter die Alternative "Vertrieb" unter Verweis auf Teil II Ziff. 4 a i.V.m. Ziff. 4 b erfüllt sind, ist deshalb unbeachtlich. Glei-



ches gilt für die Frage, ob und inwieweit bei einer - insoweit zwischen den Beteiligten unstrittig - unrichtigen Veranlagung des Betriebs mit einer Brauerei als Hauptunternehmen die Gaststätte überhaupt zutreffend als Nebenunternehmen im Sinne des Teils II Ziff. 4 a i.V.m. 4 b hätte qualifiziert werden können, was jedoch ebenfalls Voraussetzung dafür wäre, "Vertrieb" im Sinne der genannten Vorschriften anzunehmen.

Die Einwände der Beklagten vermögen dem gegenüber nicht zu überzeugen. Sie hat zur Begründung insoweit im Wesentlichen ausgeführt, allein die "Möglichkeit", Entgelte von Beschäftigten zur Gefahrtarifstelle 37 zu veranlagen, wie sie durch den Veranlagungsbescheid geschaffen worden sei, rechtfertige noch nicht die entsprechende Meldung, wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen würden. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass eine Veranlagung zur entsprechenden Gefahrtarifstelle nur erfolgen kann, wenn auch die Voraussetzungen für die Zuordnung erfüllt sind. Genau dies ist jedoch der Fall gewesen.

Darüber hinaus hat die Beklagte den Betrieb der Klägerin auch in den Jahren 1999 bis 2003 als Brauerei geführt. Der Betrieb der Brauereigaststätte war ihr jedoch bekannt gewesen, auch im Jahr 1999, als die Klägerin neu veranlagt worden ist. Welcher Gefahrklasse das Servicepersonal in der Gaststätte hätte zugeordnet werden können, wenn nicht der Gefahrtarifstelle 37, hat die Beklagte nicht widerspruchsfrei dargelegt. Soweit sie dies in den angefochtenen Bescheiden versucht hat, über die Gefahrtarifstelle 32 "Produktion" zu lösen, ist dieser Weg offensichtlich unrichtig. Denn das Servicepersonal hat mit der Produktion der Lebensmittel, weder dem Bier, sonstiger Getränke noch den verkauften Speisen, etwas zu tun. Darüber hinaus kann dem vorliegenden Gefahrtarif Teil II auch nicht entnommen werden, dass die für den Bereich Produktion vergebene Gefahrklasse quasi als "Auffanggefahrklasse" zu verstehen ist. Damit führen die "korrigierten" Beitragsbescheide erst zu einer unrichtigen Zuordnung der einzelnen Geschäftsbereiche, wenn als Unternehmenszweck "Brauerei" beibehalten wird. Daher ist auch der Einwand der Klägerin, die Beklagte versuche, über den Weg der Verschiebung von Lohnsummen zwischen den Gefahrklassen die unrichtige und für die Vergangenheit nicht mehr zu ändernde Veranlagung quasi durch die Hintertür zu "korrigieren", durchaus nachvollziehbar. Jedenfalls hat die Beklagte nichts vorgetragen, was rechtfertigen könnte, für den Fall, dass wie hier die engen Voraussetzungen für die rückwirkende Neuveranlagung des § 160 SGB VII nicht vorliegen, eine Neuordnung der Lohnsummen im Rahmen des § 168 Abs. 2 SGB VII vorzunehmen und dabei die unzutreffende Veranlagung des Gesamtbetriebs, die auch der weiteren Zuordnung der Arbeitsentgelte ihr Gepräge gibt, unverändert zu lassen.

Doch selbst wenn man davon ausgehen würde, dass Maßstab für die Bewertung der objektiven Unrichtigkeit nicht der - bestandskräftige - Veranlagungsbescheid, sondern die tatsächlichen Verhältnisse sind und deshalb die Klägerin objektiv unrichtige Angaben schon deshalb gemacht hätte, weil sie nicht als Brauerei zu veranlagen gewesen wäre und ihr deshalb auch keine Gefahrtarifstelle 37 zuzuordnen gewesen wäre, war die Berufung zurückzuweisen. Denn die Beklagte hat von dem ihr in § 168 Abs. 2 SGB VII eingeräumten Ermessen nicht ordnungsgemäß Gebrauch gemacht.

Der Senat vertritt, wie das SG, die Auffassung, dass die Beklagte bei der Entscheidung über die rückwirkende Aufhebung der Bescheide Ermessen auszuüben gehabt hätte.

Für die Notwendigkeit, eine Ermessensentscheidung zu treffen, spricht der Wortlaut der Vorschrift "darf". Hätte der Gesetzgeber eine gebundene Entscheidung gewollt und die Berufsgenossenschaft verpflichten wollen, beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 168 Abs. 2 SGB VII rückwirkend höhere als die ursprünglich festgesetzten Bei-



träge zu erheben, wäre die Formulierung "wird aufgehoben , wenn ..." oder "wird nur aufgehoben , wenn ..." zu erwarten gewesen. Dies wird durch die Gesetzesbegründung zu § 168 Abs. 2 SGB VII bestätigt, in der es heißt: "Die Vorschrift zählt die Fälle auf, in denen ein Beitragsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit zu Ungunsten des Unternehmers aufgehoben werden kann; sie entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht (§ 749 RVO). Im übrigen richtet sich die Aufhebung von Beitragsbescheiden nach den §§ 44 ff. SGB X" (BT-Drucksache 13/2204). Auch diese Formulierung "kann" und der Hinweis auf die §§ 44 ff SGB X sprechen dafür, dass § 168 Abs. 2 SGB VII Ermessen verlangt. Angesichts dessen schließt sich der Senat der neueren Rechtsprechung der Landessozialgerichte (LSG) an, die § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII als Ermessensvorschrift ansehen (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 10. Juli 2007 – L 7 U 2777/07 – ER-B und Urteil vom 29. Januar 2008 - L 9 U 5354/05; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. März 2007 – L 2 U 46/03; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. Februar 2004 – L 2 ER 59/03 U; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12. Februar 2008 - 2 U 221/06) sowie der überwiegend vertretenen Literaturmeinung (Platz in Lauterbach, Unfallversicherung, 4. Aufl., Stand April 2007, § 168 SGB VII RdNr. 4; Freischmidt in Hauck, SGG VII, Gesetzliche Unfallversicherung, § 168 RdNr. 11; Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, Stand Januar 2008, § 168 SGB VII RdNr. 4). Dagegen wurde die Notwendigkeit von Ermessen vom LSG Niedersachsen, Urteil vom 29.7.1997 – L 3 U 223/97 – in Breithaupt 1997 Seite 939, 942 m.w.N. verneint. Aus dem Urteil des LSG Berlin vom 30.4.2002 – L 2 U 55/00 – in JURIS lässt sich nicht entnehmen, dass das LSG Ermessen für erforderlich gehalten hätte. Das Sozialgericht (SG) Dortmund, Urteil vom 25.7.2002 – S 17 U 45/00 – hält die Berufsgenossenschaft nach § 749 Nr. 3 RVO für verpflichtet, einen Änderungsbescheid zu erlassen. Ricke im Kassler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Stand September 2007, § 168 SGB VII RdNr. 4 sowie Bigge in jurisPR SozR 22/07 Anm. 3 und in die BG 2008 S. 133 ff verneinen die Notwendigkeit von Ermessen. Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich mit der Frage von Ermessen bei § 749 RVO nicht auseinandergesetzt, ein solches aber auch nicht gefordert (BSG, Urteile vom 12.12.1985 in SozR 2200 § 734 Nr. 5 und 6).

Das ihr eingeräumte Ermessen hat die Beklagte nicht rechtsfehlerfrei ausgeübt, insbesondere sind die Voraussetzungen der von ihr (hilfsweise) angenommenen Ermessensreduzierung auf Null nicht gegeben.

Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 3 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) muss die Begründung von Ermessensentscheidungen auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

In den Ausgangsbescheiden vom 8. März 2004 hat die Beklagte keinerlei Ermessen ausgeübt. Sie hat lediglich "Beitragsberichtigungsbescheide" erlassen. Im Widerspruchsbescheid hat die Beklagte ausgeführt, für die Rücknahme der Beitragsbescheide spreche das öffentliche Interesse, das im Wesentlichen aus der Einhaltung der Beitragsgerechtigkeit als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips bestehe. Der Belastungsgleichheit aller Beitragszahler sei grundsätzlich Vorrang vor den Interessen Einzelner einzuräumen. Maßgeblich sei die tatsächliche objektive Unrichtigkeit; ein Verschulden sei unerheblich. Wesentliche Gründe, die gegen eine Rücknahme sprechen würden, z.B. eine Unzumutbarkeit aufgrund der gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse oder ein Verschulden der Beklagten, lägen nicht vor. Das grundsätzlich eingeräumte Ermessen sei daher auf Null reduziert.

Diese Erwägungen reichen - selbst bei nicht überzogenen Ansprüchen an die Begründung von Ermessenserwägungen - nicht aus, von einem ordnungsgemäß ausgeübten Ermessen auszugehen.



Die Existenz des § 168 Abs. 2 SGB VII ist bereits Ausdruck der vom Gesetzgeber grundsätzlich erstrebten Beitragsgerechtigkeit und Belastungsgleichheit der Beitragszahler. Das von der Beklagten als Gesichtspunkt herangezogene Argument gibt daher lediglich den Normzweck des § 168 Abs. 2 SGB VII wider, reicht aber nicht als Begründung dafür aus, weshalb im vorliegenden Fall von dem eingeräumten Ermessen in der Art wie geschehen Gebrauch gemacht worden ist. Weitere Erwägungen hat die Beklagte nicht in ihre Entscheidung eingestellt. Sie hat als Argumente, die aus ihrer Sicht möglicherweise gegen eine rückwirkende Aufhebung sprechen könnten, lediglich ausgeführt, dass wesentliche Gründe, z.B. unzumutbare finanzielle Nachteile für die Klägerin oder ein Verschulden der Beklagten, nicht vorliegen würden. Dabei hat sie in ihre Erwägungen nicht eingestellt, dass sie durch die unrichtige Veranlagung, die nicht rückwirkend korrigiert werden kann, einen wesentlichen Beitrag dazu geleistet hat, dass die Klägerin, wie geschehen, die Lohnnachweise ausgefüllt hat. Sie hat - wenn man nicht schon davon ausgeht, dass die Frage der objektiven Richtigkeit im Sinne des § 168 Abs. 2 SGB VII auf der Grundlage des Veranlagungsbescheids zu beurteilen ist - jedenfalls den Rechtsschein gesetzt, dass der Betrieb einer Brauereigaststätte - mit von Anfang an zutreffenden Angaben der Klägerin zum Unternehmensgegenstand - die Veranlagung als Brauerei rechtfertigt und es zumindest aus Sicht des Empfängers so verstanden werden kann, dass der Verkauf der in der Brauerei hergestellten Waren auch unter die Gefahrtarifstelle 37 gezogen und die in diesem Bereich angefallenen Lohnsummen auch dazu gemeldet werden müssen.

Erst recht sind Gesichtspunkte dafür, dass das Ermessen auf Null reduziert sein könnte, nicht ersichtlich. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, warum nur - nach vorangegangener Abwägung der widerstreitenden Interessen - die Entscheidung, die angefochtenen Bescheide zurückzunehmen, rechtmäßig sein soll und das Rücknahmeermessen daher auf Null reduziert war. Dies hat sich auch nicht nach § 41 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB X (Begründung wird nachträglich gegeben) i.V.m. Abs. 2 bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem erkennenden Senat nachgeholt.

Keine andere Beurteilung der Rechtsfrage ist dadurch geboten, dass der Gesetzgeber am 26. Juni 2008 (Ausschussdrucksache 16 (11) 1055) § 168 Abs.2 SGB VII geändert und das Wort "darf" durch das Wort "ist" ersetzt und die Wörter "aufgehoben werden" durch "aufzuheben" ersetzt und zur Begründung ausgeführt hat, dass es sich bei der Änderung lediglich um eine Klarstellung handle. Unabhängig davon, ob die Begründung, die zur Änderung des § 168 Abs. 2 SGB VII gegeben ist, überzeugt, ist dem Willen des Gesetzgebers bei Einführung des § 168 Abs. 2 SGB VII (und nur darauf kommt es an) nicht zu entnehmen, dass er die im Bundestagsausschuss vertretene Auffassung ebenfalls geteilt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG, 154 Abs. 2, 162 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Revision war nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen, da eine Entscheidung des BSG über die Frage des Bewertungsmaßstabs in § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII für die Frage der objektiven Unrichtigkeit und den Charakter des § 168 Abs. 2 SGB VII als Ermessensvorschrift noch nicht ergangen ist.