



HVBG

HVBG-Info 13/1999 vom 16.04.1999, S. 1182 - 1189, DOK 352/017-BSG

**Keine UV-Beitragserstattung bei Leistungserbringung - fehlende
Versicherungspflicht - Formalversicherung - BSG-Urteil vom
02.02.1999 - B 2 U 3/98 R**

Keine UV-Beitragserstattung (§ 26 Abs. 2 SGB IV; § 745 Abs. 1 RVO)
bei Leistungserbringung - fehlende Versicherungspflicht -
Formalversicherung;

hier: BSG-Urteil vom 02.02.1999 - B 2 U 3/98 R - (Zurückverweisung
in das LSG - Aufhebung des Urteils des Bayerischen LSG vom
16.12.1997 - L 3 U 19/96 - = HVBG-INFO 1998, S. 1083-1093)

Das BSG hat mit Urteil vom 02.02.1999 - B 2 U 3/98 R - folgendes
entschieden:

Leitsatz:

Der Anspruch des Unternehmers auf Erstattung von Beiträgen zur
Unfallversicherung, die wegen Fehlens einer
Unfallversicherungspflicht der im Unternehmen Beschäftigten zu
Unrecht entrichtet worden sind, ist ausgeschlossen, wenn vom
Unfallversicherungsträger Leistungen aufgrund von Arbeitsunfällen
für diese Beschäftigten erbracht worden oder noch zu erbringen
sind.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über die Erstattung von Beiträgen zur
gesetzlichen Unfallversicherung für die Jahre 1981 bis 1984.

Die Klägerin war vom 6. April 1981 bis zum 31. Dezember 1987
Mitglied der Beklagten. Die Komplementärin der Klägerin,
die B. Bau-GmbH, war seit dem Jahre 1975 bis zur Mitgliedschaft
der Klägerin gleichfalls im Unternehmerverzeichnis der Beklagten
aufgenommen. Beide Firmen beschäftigten fast ausschließlich
ausländische Staatsbürger, die insbesondere im ehemaligen
Jugoslawien angeworben wurden und von dort direkt in die ehemalige
DDR einreisten, um dort auf Baustellen zu arbeiten.

Am 11. Juni 1976 teilte die B. Bau-GmbH der Beklagten per Formular
den tödlichen Arbeitsunfall eines jugoslawischen Arbeitnehmers auf
einer Baustelle in der ehemaligen DDR ohne Angabe eines Wohnsitzes
in der Bundesrepublik Deutschland mit. Im Rahmen einer
Korrespondenz über die Frage der Versicherungspflicht solcher
Arbeitnehmer schrieb die B. Bau-GmbH am 22. Mai 1978 an die
Beklagte: "... Uns ist es unbegreiflich, daß sich erst heute
- zwei Jahre nach diesem Unfall - herausstellt, daß die
Bau-Berufsgenossenschaft unsere Arbeiter in der DDR nicht
versichert Wir bitten außerdem noch um den Auszug Ihrer
Satzung, woraus eindeutig hervorgeht, daß Sie unsere Arbeitnehmer

nicht versichern können." Laut einer Aktennotiz der Beklagten vom 19. Juli 1978 war seitens der B. Bau-GmbH allerdings telefonisch erklärt worden, daß der Verunglückte in der Bundesrepublik Deutschland eingestellt und dann für ein Jahr zu seiner Tätigkeit in der DDR abgestellt worden sei. In der Folgezeit erhob die Beklagte von der B. Bau-GmbH und später auch von der Klägerin fortlaufend Beiträge für sämtliche Beschäftigten. In dieser Zeit ereigneten sich bei einigen in der DDR tätigen Arbeitnehmern weitere Arbeitsunfälle.

Mit Schreiben vom 15. Juni 1984 bat die Klägerin die Beklagte um Überprüfung ihrer Beitragspflicht, da eine Sozialversicherungspflicht ihrer Beschäftigten in der DDR, deren Einstellung jeweils direkt von der Baustellenleitung vorgenommen werde, nach Mitteilung der Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK) mangels eines Wohnsitzes in der Bundesrepublik Deutschland nicht bestehe. Ab dem 1. Mai 1984 schloß sie daher eine private Unfallversicherung für diese Beschäftigten ab. Am 20. Dezember 1984 beantragte die Klägerin bei der AOK die Erstattung der Beiträge hinsichtlich aller Zweige der Sozialversicherung für den Fall, daß nicht in allen Zweigen der Sozialversicherung ein gültiges Versicherungsverhältnis angenommen werde. Laut Aktennotiz vom 26. Oktober 1984 stellte die Beklagte anläßlich einer Lohnbuchprüfung bei der Klägerin fest, daß diese in M. nur eine kaufmännische Angestellte zur Erstellung der Lohnabrechnung sowie eine Reinigungskraft beschäftigte. Dennoch machte die Beklagte mit Bescheid vom 3. Juni 1985 noch ausstehende Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung für die Zeit von Januar bis April 1984 nebst Säumniszuschlägen geltend.

Mit Schreiben vom 24. November 1986 beanstandete die Klägerin gegenüber der Beklagten die Belastung mit Beiträgen seit dem Jahre 1975 und beantragte mit Schreiben vom 12. Dezember 1986 und 2. April 1987 die Rückzahlung der bis zum Jahre 1984 geleisteten Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung. Dies lehnte die Beklagte ab (Bescheid vom 13. Oktober 1987 idF des Widerspruchsbescheides vom 27. September 1988). Die Beiträge seien im fraglichen Zeitraum bis April 1984 nicht zu Unrecht entrichtet worden, da ein wirksamer Versicherungsschutz jedenfalls in einer "Formalversicherung" bestanden habe. Außerdem seien in diesem Zeitraum Versicherungsleistungen erbracht worden, so daß auch dadurch eine Rückzahlungspflicht ausgeschlossen sei.

Das Sozialgericht München (SG) hat die Beklagte dem Grunde nach verurteilt, die Beitragsbescheide von 1982 bis 1985 aufzuheben und die von 1981 bis 1984 für die nicht versicherungspflichtigen Arbeitnehmer gezahlten Beiträge zu erstatten (Urteil vom 14. November 1995). Diese Beitragsbescheide seien rechtswidrig gewesen, weil bei den ohne Inlandsberührung eingesetzten Arbeitnehmern keine Versicherungspflicht bestanden habe. Dem Erstattungsanspruch stehe auch die Ausschlußklausel des § 26 Abs 2 1. Halbsatz des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) nicht entgegen.

Das Bayerische Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 16. Dezember 1997). Die in den Jahren 1982 bis 1985 erlassenen Beitragsbescheide seien wegen fehlender Versicherungspflicht der unmittelbar in der DDR eingesetzten Arbeitnehmer der Klägerin rechtswidrig und ebenso wie der Bescheid vom 13. Oktober 1987 und der Widerspruchsbescheid vom 27. September 1988 gemäß § 44 Abs 1 Satz 1 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) aufzuheben. Etwas anderes ergebe sich ebensowenig aus der bestehenden Formalversicherung oder über § 762 Abs 2 der Reichsversicherungsordnung (RVO). Auch die

vertragliche Begründung einer Unfallversicherung liege nicht vor. Schließlich scheitere der Erstattungsanspruch nicht an der Ausschlußregelung des § 26 Abs 2 SGB IV, da diese auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Eine Begrenzung der Erstattungspflicht bestehe hier nur über die vierjährige Verjährungsfrist des § 27 Abs 2 SGB IV, die vorliegend aber wegen der Begrenzung des Erstattungsbegehrens auf Beiträge ab dem Jahre 1981 eingehalten sei.

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt die Beklagte die Verletzung des § 26 Abs 2 SGB IV. Entgegen den Ausführungen des LSG gelte die Ausschlußklausel des § 26 Abs 2 1. Halbsatz SGB IV uneingeschränkt auch für die gesetzliche Unfallversicherung. Zu Unrecht stütze sich das LSG auf die nicht vergleichbaren Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG) vom 26. Januar 1988 - 2 RU 5/87 - (= BSGE 63, 18 = SozR 1300 § 44 Nr 31) und vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - (= HVBG-Info 1994, 2174). Während in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung die individuellen Gesundheits- und Altersrisiken der Beitragszahler versichert würden, begründe die gesetzliche Unfallversicherung die Ablösung der Unternehmerhaftpflicht gegenüber seinen Arbeitnehmern. Das Prinzip der Äquivalenz zwischen Leistung und Beitrag sei in der gesetzlichen Unfallversicherung nur - im Gegensatz zur Kranken- und Rentenversicherung - nicht auf das individuelle Gesundheitsrisiko, sondern auf das individuelle Haftungsrisiko bezogen. Versicherungsleistungen würden in der gesetzlichen Unfallversicherung somit letztlich an den Unternehmer als den prinzipiell Verantwortlichen geleistet. Wenn dann Leistungen an die Versicherten und damit an den Unternehmer erbracht worden seien, so sei es auch gerechtfertigt, etwaige Erstattungsansprüche des Unternehmers auszuschließen. Im übrigen werde in der gesetzlichen Unfallversicherung auch für jeden einzelnen Beschäftigten das anrechnungsfähige Entgelt, das er verdient habe, festgehalten. Folglich habe jede Leistung auch ein Äquivalent in einem individuellen Entgeltansatz als Berechnungsgrundlage der auf den Unternehmer entfallenden Umlage.

Selbst wenn man davon ausgehe, daß eine bloße "Formalversicherung" nicht zum Ausschluß der Unternehmerhaftung führe, so sei der Ausschluß des Erstattungsanspruchs nicht unbillig. Denn für die bereits von der gesetzlichen Unfallversicherung aufgrund der Formalversicherung entschädigten Arbeitnehmer scheitere eine zivilrechtliche Klage bereits mangels Schadens. Auch hinsichtlich der übrigen - versicherten - Arbeitnehmer sei zumindest im vorliegenden Fall nicht von einer unbilligen Belastung auszugehen, da die erbrachten Leistungen die gezahlten Beiträge überstiegen. Im übrigen sei die Formalversicherung hier auf ausdrückliches Betreiben der Klägerin zustande gekommen. Es habe zwischen den Beteiligten Einigkeit darüber bestanden, daß bis zum 30. April 1984 ein (fingiertes) Versicherungsverhältnis bestehen bleiben sollte und erbrachte Leistungen nicht rückabgewickelt werden sollten. Dieses widersprüchliche Begehren der Klägerin habe das LSG nicht gewürdigt.

Die Beklagte beantragt (sinngemäß),
das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom
16. Dezember 1997 sowie das Urteil des Sozialgerichts München
vom 14. November 1995 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und erklärt, daß sie keine Stellungnahme abgebe. Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)).

II

Die Revision der Beklagten ist insofern begründet, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen ist. Ob bzw in welchem Umfang die Beitragsbescheide der Beklagten für den Zeitraum vom 6. April 1981 bis zum 30. April 1984 iS des § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X nicht rechtmäßig sind und der Klägerin ein Erstattungsanspruch nach § 26 Abs 2 1. Halbsatz SGB IV zusteht, vermag der Senat aufgrund des festgestellten Sachverhaltes nicht abschließend zu entscheiden.

Die zu berücksichtigenden Vorschriften der gesetzlichen Unfallversicherung sind noch die der RVO, da sich das Streitverhältnis in einem Zeitraum ereignet hat, der vor dem Inkrafttreten des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) am 1. Januar 1997 liegt (Art 36 des Unfallversicherungs-Einordnungsgesetzes (UVEG), § 212 SGB VII). Dies ergibt sich auch aus § 219 Abs 1 Satz 2 SGB VII, wonach die Vorschriften der RVO über die Aufbringung der Mittel für die vor 1997 liegenden Haushaltsjahre weiter anzuwenden sind.

Die Regelung des § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X findet nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats grundsätzlich auch auf Beitragsbescheide der Berufsgenossenschaften (BGen) Anwendung (s ua BSG Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - = HVBG-Info 1994, 2174). Danach ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn sich im Einzelfall ergibt, daß bei Erlaß des Verwaltungsaktes ua das Recht unrichtig angewandt worden ist, und soweit deshalb ua Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind. Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, kann nicht abschließend festgestellt werden.

Wie das LSG zunächst zutreffend ausgeführt hat, unterlagen die ohne Inlandsberührung in der ehemaligen DDR beschäftigten Mitarbeiter der Klägerin nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung der Bundesrepublik Deutschland (§ 539 Abs 1 Nr 1 RVO). Diese scheidet an der Bestimmung des § 3 Nr 1 SGB IV; ein Fall der Ausstrahlung iS des § 4 Abs 1 SGB IV liegt nicht vor. Etwas anderes ergibt sich auch nicht nach § 6 SGB IV aus über- und zwischenstaatlichem Recht. Die insoweit bestehenden Vereinbarungen mit Jugoslawien setzen der Begründung des Versicherungsschutzes grundsätzlich eine Entsendung von einem in den anderen Vertragsstaat voraus (Art 6 Abs 1 des deutsch-jugoslawischen Abkommens über Soziale Sicherheit vom 12. Oktober 1968 - BGBl 1969 II 1438 und 1568 - idF des Abkommens vom 30. September 1974 zur Änderung des Abkommens vom 12. Oktober 1968 - BGBl 1975 II 390 -).

Entgegen der Auffassung des LSG hat jedoch zumindest bis Dezember 1983 für die in der ehemaligen DDR beschäftigten Arbeitnehmer der Klägerin auch keine sog Formalversicherung bestanden. Dieses Rechtsinstitut beruht im wesentlichen auf dem Vertrauensschutz desjenigen, der wegen der Aufnahme in das Unternehmerverzeichnis als Mitglied und zugleich als Versicherter unbeanstandet Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung entrichtet hat, obwohl materiell-rechtlich die Voraussetzungen zur Begründung eines Versicherungsverhältnisses nicht vorgelegen haben

(BSG Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - = HVBG-Info 1994, 2174). Der Senat hat ein derartiges formales Versicherungsverhältnis als Rechtsgrundlage eines wirksamen Unfallversicherungsschutzes angenommen, wenn ein zunächst mit Recht in das Unternehmerverzeichnis eingetragener Betrieb trotz einer sein Ausscheiden rechtfertigenden Betriebsveränderung weiter im Verzeichnis geführt wird und die Beiträge weiter eingezogen werden (BSGE 34, 230, 232, 234 = SozR Nr 1 zu § 664 RVO mwN). Gleiches gilt auch ohne Katastereintragung allein durch Heranziehung des Unternehmers zur Beitragsleistung (BSGE 34, 230, 232 = SozR Nr 1 zu § 664 RVO mwN; BSG Urteil vom 28. Juni 1991 - 2 RU 65/90 - = HVBG-Info 1991, 1839). Grundlegend für den formal-rechtlichen Versicherungsschutz ist somit die Anerkennung eines gesamten Betriebes oder der Person eines Unternehmers als bei der BG versichert (so bereits RVA AN 1892, 324).

Nach den Feststellungen des LSG war im vorliegenden Fall die Klägerin zu Recht als Mitglied in das Unternehmerverzeichnis der Beklagten eingetragen. Aus diesem Umstand ergibt sich jedoch kein formal-rechtliches Versicherungsverhältnis für die aus Jugoslawien in die ehemalige DDR bis Ende Dezember 1983 entsandten Mitarbeiter der Klägerin. Hinsichtlich der Begründung eines formal-rechtlichen Versicherungsverhältnisses einzelner Arbeitnehmer ist zu berücksichtigen, daß der BG regelmäßig die Möglichkeit fehlt, eine genaue Prüfung durchzuführen, ob die einzelnen, ihr in den Lohnnachweisen angegebenen Personen auch tatsächlich versicherungspflichtige Tätigkeiten ausführten oder nicht. In diesen Fällen muß sich die BG in der Regel darauf beschränken, ihren Mitgliedern die für die Versicherung in Betracht kommenden Grundsätze möglichst eingehend darzulegen und es danach den Mitgliedern überlassen zu prüfen, ob und mit welchem Teil des Arbeitsentgeltes ein einzelner Arbeitnehmer in den einzureichenden Lohnnachweisen aufzuführen ist. Wenn dennoch nicht versicherte Personen oder solche Personen ohne nähere Erläuterung aufgeführt werden, so kann dieser Irrtum über die Versicherungspflicht allein, welcher meist auf die Rechtsunkenntnis der Arbeitgeber zurückzuführen ist, eine Versicherung nicht erzeugen. Etwas anderes ist nur dann gerechtfertigt, wenn jemand mit Wissen der Organe der BG oder so, daß es diesen Organen bei der erforderlichen Aufmerksamkeit nicht unbekannt bleiben konnte, eine an sich nicht versicherte Person in den Lohnnachweisen mit aufgezählt und die BG jahraus jahrein Beiträge nach Maßgabe dieser Lohnnachweise erhoben hat, ohne ihrerseits irgendwelche Erhebungen und Feststellungen zu veranlassen (so bereits RVA AN 1892, 324; vgl auch BSGE 34, 230, 233 = SozR Nr 1 zu § 664 RVO; Handbuch der Unfallversicherung, 3. Aufl 1909, Bd I S 571 f; Schulte-Holthausen, Unfallversicherung, 4. Aufl 1929, § 659 RVO Anm 6 III; Lauterbach/Watermann, Gesetzliche Unfallversicherung, 3. Aufl, § 543 RVO Anm 7a).

Für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 1983 ist davon auszugehen, daß die Klägerin entsprechend den bei der Beklagten üblichen Grundsätzen des summarischen Lohnnachweises lediglich die Lohnsummen der bei ihr Beschäftigten angegeben hat. Eine Namensnennung, Angaben über gewöhnliche Aufenthaltsorte oder der Beschäftigungsbereiche der Mitarbeiter dürften wie üblich gegenüber der Beklagten nicht erfolgt sein. Folglich hatte diese keine positive Kenntnis von den tatsächlichen Verhältnissen und hätte diese auch bei der erforderlichen Aufmerksamkeit nicht erlangen können. Dies gilt auch unabhängig davon, ob sich die Beklagte eine gegenüber der B. Bau-GmbH vor dem Jahre 1981 möglicherweise erlangte Kenntnis der tatsächlichen Umstände

überhaupt in bezug auf die Klägerin zurechnen lassen müßte. Denn selbst wenn dies so wäre, ergäbe sich nach den Ermittlungen der Beklagten laut Aktennotiz vom 19. Juli 1978 kein Anhaltspunkt für eine nicht versicherungspflichtige Beschäftigung der Mitarbeiter in der ehemaligen DDR. Bis zum Schreiben der Klägerin vom 15. Juni 1984 bestand für die Beklagte keine Veranlassung, insoweit an der Versicherungspflicht sämtlicher Beschäftigten der Klägerin zu zweifeln. In derartigen Fällen muß sich die BG bei einer Nachprüfung darauf beschränken, ihren Mitgliedern die für die Versicherung in Betracht kommenden Grundsätze näher darzulegen. Sie ist in den überwiegenden Fällen nicht in der Lage oder es kann ihr nicht zugemutet werden, im einzelnen genau festzustellen, ob alle in den Lohnnachweis aufgenommenen Personen auch tatsächlich versicherungspflichtig beschäftigt werden oder nicht. Es bleibt dann dem betreffenden Mitgliedsunternehmen überlassen, in eigener Verantwortung zu prüfen, welche Beschäftigungen als versicherungspflichtig in Betracht kommen. Denn mit der Einreichung des Lohnnachweises erfüllt der Unternehmer nicht eine Aufgabe der BG, sondern eigene Pflichten iS des § 741 Abs 1 RVO. Etwaige dennoch bestehende Zweifelsfragen können durch die Einholung einer Auskunft bei der BG beseitigt werden (BSG SozR Nr 43 zu § 539 RVO; LSG Rheinland-Pfalz vom 27. Juni 1990 = HVBG-Info 1991, 90). Hiervon ausgehend beruht hier die fälschliche beitragsrechtliche Berücksichtigung in erster Linie auf einer von der Klägerin selbst zu vertretenden Unkenntnis. Es wäre insbesondere nach der Kenntnis ihrer Geschäftsführerin laut Schreiben vom 22. Mai 1978 ihre Aufgabe gewesen, die tatsächlichen Umstände gegenüber der Beklagten darzustellen und ggf eine Aufklärung über den Versicherungsschutz unter vollständiger und zutreffender Darlegung der tatsächlichen Gegebenheiten zu verlangen.

Entgegen der Auffassung der Revision haben die Beteiligten aber auch keinen Unfallversicherungsschutz für die aus Jugoslawien entsandten Beschäftigten vereinbart. Es kann dahinstehen, ob die Beklagte überhaupt eine § 762 Abs 2 RVO entsprechende Einrichtung geschaffen hat und ob nicht auch nach dieser Vorschrift grundsätzlich eine Entsendung aus dem Inland vorgelegen haben muß (s hierzu: BSGE 40, 57, 61 = SozR 2200 § 539 Nr 8; Lauterbach/Watermann, aaO, § 762 RVO Anm 10). Denn es fehlt bereits an einem Antrag der Klägerin iS des § 762 Abs 3 Satz 2 RVO. Entsprechend den Feststellungen des LSG scheidet eine vertragliche Begründung der Formalversicherung zudem am Schriftformerfordernis iS des § 56 SGB X.

Demgegenüber ist für den Zeitraum vom 1. Januar bis 30. April 1984 zwischen den Beteiligten eine Formalversicherung begründet worden. Zum Zeitpunkt des Erlasses der diesen Zeitraum betreffenden Beitragsbescheide war der Beklagten nach dem vorangegangenen Schriftverkehr mit der Klägerin, der AOK und insbesondere nach der Lohnbuchprüfung laut Aktenvermerk vom 26. Oktober 1984 bekannt, daß die in der ehemaligen DDR beschäftigten Mitarbeiter der Klägerin nicht in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherungspflichtig sind. Dennoch hat sie pauschal deren Unfallversicherungsschutz bescheidmäßig anerkannt und somit nach den oben genannten Grundsätzen eine Formalversicherung begründet. Diese scheidet für den Zeitraum vom 1. Januar bis 30. April 1984 auch nicht an der Kenntnis der Klägerin von der fehlenden Versicherungspflicht ihrer Beschäftigten. Ein formales Versicherungsverhältnis scheidet nur dann am fehlenden Vertrauensschutz, wenn der zu Unrecht erfolgte Beitragseinzug auf einem qualifizierten Verschulden - insbesondere Arglist - des so Versicherten beruht (BSGE 36, 71, 73 = SozR Nr 40 zu § 539 RVO;

BSG SozR 2200 § 776 Nr 8). Dies gilt auch in den Fällen, in denen es - wie hier - um die Begründung einer Formalversicherung für einzelne Arbeitnehmer geht. Denn der Vertrauensschutz des Unternehmers in den Bestand des Versicherungsschutzes erstreckt sich auch auf die Befreiung von der Unternehmerhaftpflicht gegenüber seinen Beschäftigten (BSG SozR 2200 § 539 Nr 126). Ein qualifiziertes Verschulden kommt somit in entsprechender Anwendung des § 45 Abs 2 Nr 2 und § 48 Abs 1 Nr 2 und 4 SGB X nur bei mindestens grob fahrlässigem Verhalten in Betracht (BSG SozR 2200 § 776 Nr 8). Ein derartiges Verhalten der Klägerin ist nach den Feststellungen des LSG zu verneinen. Die Klägerin hat beginnend mit Schreiben vom 15. Juni 1984 die Beklagte über die tatsächlichen Umstände in Kenntnis gesetzt und konnte dieser die rechtliche Beurteilung überlassen. Insbesondere der Abschluß privater Unfallversicherungsverträge für ihre in der DDR beschäftigten Mitarbeiter erst ab 1. Mai 1984 belegt das Vertrauen der Klägerin in einen bis zum 30. April 1984 bestehenden Versicherungsschutz.

Ob allerdings wegen des bis zum Jahre 1983 fehlenden Versicherungsverhältnisses bzw der vom 1. Januar bis 30. April 1984 begründeten Formalversicherung für die entsprechenden Zeiträume ein Erstattungsanspruch ganz oder auch nur teilweise besteht, kann der Senat nicht abschließend entscheiden.

Gemäß § 26 Abs 2 1. Halbsatz SGB IV sind zu Unrecht entrichtete Beiträge zu erstatten, es sei denn, daß der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruches aufgrund dieser Beiträge oder für den Zeitraum, für den die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind, Leistungen erbracht oder zu erbringen hat. Nach der Rechtsprechung des Senats sind grundsätzlich auch in der gesetzlichen Unfallversicherung zu Unrecht entrichtete Beiträge nach § 26 Abs 2 SGB IV zu erstatten (BSGE 63, 18, 24 = SozR 1300 § 44 Nr 31; BSG Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - = HVBG-Info 1994, 2174). Hinsichtlich § 26 Abs 2 1. Halbsatz Teilsatz 2 SGB IV (Verfallklausel) hat der Senat aber entschieden, daß gegen dessen uneingeschränkte Anwendbarkeit in der gesetzlichen Unfallversicherung erhebliche Bedenken bestehen (Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 -, aaO). Er hat allerdings offengelassen, ob die Verfallklausel in der gesetzlichen Unfallversicherung anzuwenden ist, wenn zu Unrecht entrichtete Beiträge im Umlageverfahren (§§ 740 ff RVO) erhoben worden sind (BSGE 63, 18, 24 = SozR aaO). In der letztgenannten Entscheidung, in der sich die Rechtswidrigkeit der Beitragserhebung aus einer unrichtigen Einstufung in die Gefahrklasse des Fahrtarifs ergab, hat der Senat die Anwendbarkeit der Verfallklausel deshalb verneint, weil es an jeder Form eines Zusammenhangs zwischen den zu erstattenden Beiträgen und erbrachten oder zu erbringenden Leistungen fehlte. In der Entscheidung vom 5. Juli 1994 - aaO - scheiterte ihre Anwendung daran, daß Leistungen weder erbracht worden noch zu erbringen waren. Nach den bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) hat die Beklagte im hier streitigen Beitragszeitraum aufgrund von Arbeitsunfällen Versicherungsleistungen für einige der nicht in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherungspflichtigen Arbeitnehmer der Klägerin erbracht. Dementsprechend ist iS des § 26 Abs 2 1. Halbsatz Alternative 2 SGB IV der Erstattungsanspruch der Klägerin betreffend der zu Unrecht entrichteten Beiträge für den Zeitraum zunächst für die Zeit 1981 bis 1983 ausgeschlossen, soweit aufgrund eines oder mehrerer Versicherungsfälle (in diesem Beitragszeitraum) Leistungen erbracht worden sind. Diese sog zweite Verfallklausel des § 26 Abs 2 1. Halbsatz

Alternative 2 SGB IV ist auch in der gesetzlichen Unfallversicherung anzuwenden.

In der Literatur wird die Verfallklausel für die gesetzliche Unfallversicherung überwiegend nur im Ausnahmefall des individuellen Beitragsverfahrens (zB § 545 RVO) für anwendbar gehalten, weil ansonsten eine individualisierbare Beziehung zwischen Beiträgen und Leistungen fehle (Hauch/Haines, SGB IV, K § 26 RdNr 8; KassKomm-Seewald, § 26 SGB IV RdNr 20; Krauskopf/Baier, SozKV, § 26 SGB IV RdNr 16). Demgegenüber vertritt Schwerdtfeger die Ansicht, daß die Anwendbarkeit der Verfallklausel davon abhängt, aus welchem Grund der Beitrag (Umlage) zu Unrecht entrichtet worden sei. Bei falsch angesetztem Arbeitsentgelt sei der Erstattungsanspruch unter den Voraussetzungen des "es-sei-denn-Satzes" verfallen. Eine Individualisierung des Entgeltansatzes in Bezug auf eine Leistung sei möglich, weil gemäß § 745 Abs 1 RVO für jeden einzelnen Beschäftigten "das anrechnungsfähige Entgelt, das er verdient hat", festgehalten werde. Folglich ergebe sich der Erstattungsbetrag für Unfallversicherungsbeiträge aus einer Neuberechnung nach § 745 RVO (Schwerdtfeger, Gesamtkomm SGB IV, § 26 Anm 2 Buchst a, 7 Buchst c, 9 Buchst a). In ähnlicher Weise hält auch Brandenburg (Anm zum Urteil des Senats vom 26. Januar 1988 - 2 RU 5/87 - = SGB 1989, 309) die Verfallklausel des § 26 Abs 2 1. Halbsatz Alternative 2 SGB IV für anwendbar. Diese Ausschlußklausel greife immer dann, wenn die Umstände, aufgrund deren die Beitragserhebung fehlerhaft sei, während der zur Korrektur anstehenden Beitragszeit auch für die Erbringung von Leistungen dem Grunde oder der Höhe nach - zugunsten des Empfängers - bestimmend gewesen seien.

Die Regelung des § 26 Abs 2 1. Halbsatz Alternative 2 SGB IV hat den Zweck, bei einer Fehlversicherung ein Versicherungsverhältnis zu fingieren, wenn der Versicherungsträger Leistungen erbracht hat. Ein so "Versicherter" soll sich, wenn er die Leistungen in Anspruch genommen hat, nicht auf der Beitragsseite so verhalten können, als habe eine Mitgliedschaft nicht vorgelegen, um so mit einem auf die vollen Beiträge gerichteten Erstattungsanspruch jede finanzielle Beteiligung an den Aufwendungen der Versichertengemeinschaft rückgängig zu machen. Dieser Gedanke hat als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Verbot widersprüchlichen Verhaltens = venire contra factum proprium) in der gesetzlichen Regelung seinen Niederschlag gefunden (BSGE 68, 264, 267 = SozR 3-2400 § 26 Nr 3). Im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung kommt somit als faktisch "Versicherter" und Beitragszahler iS des § 26 Abs 2 1. Halbsatz Alternative 2 SGB IV nur der Unternehmer in Betracht. Er wird aufgrund seiner Beitragsleistung gegenüber seinen versicherungspflichtig Beschäftigten von der Unternehmerhaftpflicht befreit (BSG SozR 2200 § 539 Nr 126). Nichts anderes geschieht in tatsächlichem Sinne bei einem fingierten Versicherungsverhältnis. Für den Beitragszeitraum ist der Unternehmer entweder wegen der Leistungserbringung durch die BG von seiner Haftung gegenüber den betroffenen Beschäftigten befreit worden oder das Haftungsrisiko hat sich nicht realisiert. Diese faktische Freistellung vom Haftungsrisiko entspricht typischerweise einem bestehenden Versicherungsverhältnis. Ein nicht hinnehmbares Risiko einer zivilrechtlichen Haftung besteht danach für den Unternehmer nicht. Selbst wenn ein faktisches Versicherungsverhältnis nicht zum Ausschluß der Unternehmerhaftung (§§ 636 f RVO; §§ 104 f SGB VII) führt, hätte eine zivilrechtliche Klage mangels eines verbliebenen Schadens kaum Erfolgsaussicht. Ein evtl weitergehender Anspruch eines Beschäftigten auf Schmerzensgeld über § 847 Abs 1 des

Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bedeutet gleichfalls keine unbillige Härte, da hier ein Verschulden des Verursachers vorausgesetzt wird. Letztlich käme bei der Entscheidung eines derartigen Falles durch die zuständige Zivilgerichtsbarkeit auch die Überlegung einer entsprechenden Anwendung der Regelungen der §§ 636 ff RVO in Betracht. Es wäre somit unbillig (widersprüchlich), wollte der Unternehmer trotz Haftungsbefreiung einen Teil oder die gesamten Beiträge eines Leistungsfalles herausverlangen. Dies ist entsprechend der Rechtsprechung des Senats nur möglich, wenn es an jeder Form eines Zusammenhanges zwischen den zu erstattenden Beiträgen und den erbrachten oder zu erbringenden Leistungen fehlt, weil die nach Art und Höhe gleiche Leistung auch ohne die zu Unrecht entrichteten Beiträge zu gewähren gewesen wäre (BSGE 63, 18 = SozR 1300 § 44 Nr 31; Krauskopf/Baier, SozKV § 26 SGB IV RdNr 15).

Von diesen Grundsätzen ausgehend kann für den Beitragszeitraum von 1981 bis 1983 über einen Erstattungsanspruch der Klägerin erst entschieden werden, wenn feststeht, ob die Beklagte Arbeitsunfälle der an sich nicht versicherten Beschäftigten im betreffenden Zeitraum anerkannt und hierfür - ggf durchgehend - Leistungen erbracht hat.

Auch für den Beitragszeitraum der Formalversicherung (1. Januar bis 30. April 1984) fehlen Feststellungen des LSG über das Vorliegen eines entschädigungspflichtigen Versicherungsfalles sowie ggf über die Dauer des Leistungszeitraums. Zwar gilt eine im Rahmen einer Formalversicherung jedenfalls gegenüber einem an sich auch zuständigen Unfallversicherungsträger erbrachte Beitragszahlung grundsätzlich als zu Recht erfolgt (BSGE 36, 71 = SozR Nr 40 zu § 539 RVO; Lauterbach/Watermann, Gesetzliche Unfallversicherung, 3. Aufl § 543 Anm 7a; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, 11. Aufl, S 512). Auch wird eine rückwirkende Beendigung der Formalversicherung generell als unstatthaft angesehen (BSG Urteil vom 26. September 1986 - 2 RU 54/85 - = HVBG-Info 1987, 33; BSG Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - = HVBG-Info 1994, 2174, jeweils mwN). Andererseits steht dem Unfallversicherungsträger als anderem Subjekt und Partner des formal-rechtlichen Mitgliedschafts- und Versicherungsverhältnisses kein eigener Vertrauensschutz zu (BSG Urteil vom 28. Juni 1991 - 2 RU 65/90 - = HVBG-Info 1991, 1839 mwN; BSG Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - = aaO). Daraus folgt, daß jedenfalls dann, wenn noch kein Versicherungs- und Leistungsfall eingetreten ist, das formal-rechtliche Mitglied als zugleich Versicherter auf den ihm allein zustehenden Vertrauensschutz verzichten kann, um damit dem formalen Rechtsverhältnis die sachliche Rechtfertigung zu entziehen und seine rückwirkende Aufhebung zu verlangen (BSG Urteil vom 5. Juli 1994 - 2 RU 33/93 - = aaO). Gleiches gilt auch hinsichtlich des zu Recht in das Mitgliederverzeichnis aufgenommenen Unternehmers bzgl des ihm allein zustehenden Vertrauensschutzes auf Haftungsfreistellung gegenüber seinen formal-rechtlich versicherten Beschäftigten.

Über die Frage, ob die Klägerin für den Zeitraum von Januar bis April 1984 insoweit durch ihr Erstattungsbegehren wirksam auf ihren Vertrauensschutz verzichtet hat, kann aber erst entschieden werden, wenn feststeht, ob in dem genannten Zeitraum bei einem der formal versicherten Beschäftigten ein Versicherungs- und Leistungsfall eingetreten ist. Der Eintritt eines Versicherungs- und Leistungsfalles kann bei einem formal versicherten Beschäftigten ebenfalls einen Verzicht des Unternehmers auf sein Vertrauen in die Befreiung von der Unternehmerhaftpflicht ausschließen. Ein derartiger Verzicht zu Lasten Dritter würde gleichfalls ein widersprüchliches Verhalten

(venire contra factum proprium) darstellen und verstieße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Ein Unternehmer kann nicht erst einen unrichtigen Beitragsbescheid hinnehmen und Vertrauen in die Befreiung von der Unternehmerhaftpflicht erlangen und dann nachträglich - nach Realisierung des Risikos und Leistungserbringung durch den Unfallversicherungsträger - auf den Versicherungsschutz wieder verzichten. Dies ginge auch zu Lasten eines in aller Regel beim individuell betroffenen Beschäftigten entstandenen Vertrauens. Auch bei einem möglichen Verzicht auf den Vertrauensschutz in den Bestand einer Formalversicherung des Unternehmers ist eine Beitragsaufspaltung nicht möglich. Eine Formalversicherung besteht entweder vollständig auch gegenüber den nicht in der Unfallversicherung versicherungspflichtig Beschäftigten oder überhaupt nicht. Der Unternehmer kann nicht für einzelne Arbeitnehmer die Haftungsbefreiung in Anspruch nehmen, sich also insoweit auf Vertrauensschutz berufen, und hinsichtlich der übrigen auf den Vertrauensschutz verzichten, um die Beiträge zurückzuverlangen. Sollten die nachzuholenden Feststellungen des LSG ergeben, daß während des Zeitraums der Formalversicherung kein entschädigungspflichtiger Arbeitsunfall vorgelegen hat oder für einen solchen Leistungen nicht bis zum Ablauf des Zeitraums erbracht worden sind, so kann ein Verzicht der Klägerin in Frage kommen. In diesem Falle würde allerdings ein Erstattungsanspruch an § 26 Abs 2 1. Halbsatz Alternative 2 SGB IV scheitern, wenn aus einem seit dem Jahre 1981 durchgehend bestehenden faktischen Versicherungsverhältnis noch Leistungen erbracht worden sind.

Das LSG hat hierzu insgesamt, von seinem Standpunkt aus zu Recht, keine Feststellungen getroffen. Diese sind nunmehr nachzuholen. Der Rechtsstreit war zu diesem Zweck an das LSG zurückzuverweisen (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG).

Das LSG hat auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden.