

Rechtmäßigkeit eines Beitragskorrekturbescheides gemäß § 168 Abs. 2 SGB VII - Beweislast - Auslegung des Gefahrtarifs gewerblicher Berufsgenossenschaften;  
hier: Urteil des Sozialgerichts (SG) Freiburg vom 25.2.2003  
- S 9 U 2233/01 -

Das SG Freiburg hat mit Urteil vom 25.2.2003 - S 9 U 2233/01 -

(s. Anlage) Folgendes entschieden:

### **Leitsatz**

1. Die objektive Beweislast für die Voraussetzungen eines Beitragskorrekturbescheides gemäß § 168 Abs 2 SGB 7 liegt grundsätzlich beim Unfallversicherungsträger.
2. Der Bezeichnung des Unternehmenszweiges "Kaufmännisches, technisches Personal" im Gefahrarif einer gewerblichen Berufsgenossenschaft lässt sich nicht entnehmen, dass die korrespondierende Tarifstelle ausschließlich im Büro tätigen Versicherten vorbehalten sein soll (vgl BVerfG vom 17.5.1960 - 2 BvL 11/59 = BVerfGE 11, 126).

### **Orientierungssatz**

Anders als bei der erstmaligen Beitragsfestsetzung, bei der das Gesetz bei mangelhafter Mitwirkung des Unternehmers in begrenztem Umfang gestattet, vom Unternehmer nicht erbrachte Angaben oder Nachweise durch Schätzung zu ersetzen (§ 165 Abs 3 SGB 7), setzt die Beitragskorrektur den Nachweis der Unrichtigkeit der der früheren Beitragsfestsetzung zu Grunde liegenden Angaben voraus.

### Anlage

Urteil des SG Freiburg vom 25.2.2003 - S 9 U 2233/01 -

### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines Beitragskorrekturbescheids.

Die Klägerin ist aufgrund Unternehmensverschmelzung Rechtsnachfolgerin unter anderem der Firma S GmbH, die vom 1.1.1986 bis 31.12.1998 Mitglied der Beklagten war. Bei einer Betriebsprüfung am 8.12.1999 monierte der Prüfer der Beklagten, M, dass die Lohn- und Gehaltssummen der bei dieser Rechtsvorgängerin der Klägerin beschäftigten Bauleiter für die Jahre 1995 bis 1998 anders als bei den übrigen Vorgängerfirmen ausschließlich unter dem Unternehmenszweig "kaufmännisches und technisches Personal" mit der Gefahrklasse 1,0 nachgewiesen worden seien. Nach Auffassung der Beklagten war dies unkorrekt, da die Bauleiter nicht ausschließlich Bürotätigkeiten ausführten. Sie vertrat daher die Auffassung, dass deren Entgelte ganz oder teilweise in dem Unternehmenszweig "Hochbau aller Art" mit der Gefahrklasse 8,5 nachzuweisen gewesen wären. Laut Mitteilung des Prüfers vom 13.12.1999 bezeichneten anlässlich der Prüfung der frühere kaufmännische Leiter der Berichtsfirma, S, sowie deren Lohnbuchhalter G ein Verhältnis der kaufmännischen Tätigkeiten der Bauleiter gegenüber den gewerblichen von 70 zu 30 als realistisch. Bei einer weiteren Besprechung am 10.12.1999 widersprach allerdings den Aufzeichnungen des Prüfers zufolge S unter Berufung auf den Geschäftsführer der Berichtsfirma dieser Einschätzung. Der gewerbliche Teil der Bauleitertätigkeit belaufe sich auf lediglich 20 bis 25 Prozent. Demgegenüber habe der Bauleiter W bei dieser Gelegenheit einen Außendienstanteil von 30 Prozent auf der Grundlage von Stundenaufzeichnungen von Mai 1999 als korrekt bezeichnet. Der kaufmännische Leiter der Klägerin, Sch, habe schließlich die Auffassung vertreten, dass die Entgelte der Bauleiter zutreffenderweise voll im kaufmännischen Unternehmenszweig nachgewiesen worden seien. Gegebenenfalls sei ein Musterprozess zu führen. Die Beklagte informierte die Klägerin mit Schreiben vom 29.3.2000 über ihre Absicht, Beitragskorrekturbescheide zu erlassen und dabei 30 Prozent der Entgelte der Bauleiter von Gefahrklasse 1,0 in Gefahrklasse 8,5 umzurechnen. Sie vertrat darüber hinaus die Auffassung, dass es sich dabei um eine entgegenkommende Regelung handele. Nach dem einschlägigen Gefahrarif seien Arbeitsentgelte der Versicherten in dem Unternehmenszweig nachzuweisen, in dem sie beschäftigt werden. Die Entgelte von Bauleitern seien regelmäßig voll in der gewerblichen Gefahrklasse nachzuweisen. Der Unternehmenszweig "kaufmännisches und technisches Büropersonal" stelle eine Ausnahmeregelung vom ansonsten geltenden Gewerbeprinzips dar. Dort könnten daher nur die Gehälter für typische Bürotätigkeiten nachgewiesen werden. Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 18.7.2000 legte die Klägerin Stundenaufzeichnungen ihrer Bauleiter Schi. und M von Mai 2000 vor. Aus diesen ergibt sich ein Anteil der auf Baustellen verbrachten Arbeitsstunden an der Gesamtarbeitszeit von ca. 24 Prozent. Mit Bescheiden vom 16.10.2000 korrigierte die Beklagte ihrer Ankündigung gemäß die von der Rechtsvorgängerin der Klägerin zu zahlenden Beiträge und setzte die folgenden Nachforderungen fest: Für 1995 DM 3917,33, für 1996 DM 5796,23, für 1997 DM 6429,08, für 1998 DM 7339,87. Gegen diese Bescheide erhob die Klägerin mit Schreiben vom 14.12.2000 Widerspruch. Zur Begründung wurde vorgetragen, dass die Bauleiter weniger als 25 Prozent der Gesamtarbeitszeit auf Baustellen verbracht hätten. Ihre Entgelte seien daher nach dem Gefahrarif der

Beklagten voll in Gefahrklasse 1,0 einzustufen. Zum Beleg nahm der Bevollmächtigte der Klägerin auf die vorgelegten beispielhaften Stundenaufzeichnungen von Mai 2000 Bezug. Ergänzend führte er aus, dass es durch den Einsatz modernster Kommunikationsmittel nur noch erforderlich sei, dass Bauleiter einer geringen Bruchteil ihrer Arbeitszeit tatsächlich auf der Baustelle anwesend sind.

Mit Widerspruchsbescheid vom 9.7.2001 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Sie vertrat in erster Linie die Auffassung, dass das kaufmännische und technische Personal im Gefahrarif der Beklagten eine Ausnahmestellung innehatte. Darunter sei daher nur das Personal zu verstehen, das sich ausschließlich mit derartiger Tätigkeit im Büro befasse. Dies ergebe sich aus Systematik und Wortlaut des Gefahrarifs. Diese Voraussetzung erfüllten die Bauleiter nicht, da sie einen Bezug zu den Baustellen vor Ort hätten und schon auf Grund der zu den Baustellen zurückzulegenden Wege und der Tätigkeit im Arbeitsumfeld der Baustellen einem erhöhten Unfallrisiko unterworfen seien. Die Beklagte sei nichtsdestoweniger entgegenkommend bereit gewesen, entsprechend der von den Bauleitern tatsächlich ausgeführten Tätigkeiten lediglich 30 Prozent der Bezüge im gewerblichen Bereich zu verrechnen. Dabei sei von der vom Betriebsprüfer nach den tatsächlichen Verhältnissen geschätzten Quote auszugehen. Diese berücksichtige insbesondere, dass Fahrten zur Baustelle und von der Baustelle weg sowie Kontrollen oder Besprechungen innerhalb des Baustellenbereichs auf jeden Fall zum gewerblichen Bereich zu zählen seien. Die Stundenaufzeichnungen von Mai 2000 ließen keinen zwingenden Rückschluss auf die Verhältnisse in den Jahren 1995 bis 1998 zu. Mit Rechtsanwaltschreiben vom 9.7.2001 gelangten drei eidesstattliche Versicherungen der Bauleiter W, T und Se. zur Akte, in denen diese erklärten, während ihrer Tätigkeit für die Rechtsvorgängerin der Klägerin in näher bezeichneten Zeiträumen in den Jahren 1995 bis 1998 lediglich zu einem Anteil unter 1/4 auf den Baustellen tätig gewesen zu sein. Am 10.8.2001 erhob die Klägerin Klage zum Sozialgericht Freiburg. Sie wiederholt im wesentlichen ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren.

Die Klägerin beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 16.10.2000 i. d. F. des Widerspruchsbescheids vom 9.7.2001 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie hält an der im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren vertretenen Auffassung fest. Sie führt ergänzend aus, dass die Klägerin es gegen sich gelten lassen müsse, dass detaillierte Aufzeichnungen über die Tätigkeit der Bauleiter nicht mehr existierten. Die zuletzt vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen seien lediglich aus der Erinnerung heraus entstanden, nicht nach tatsächlichen, exakten Aufzeichnungen. Erfahrungsgemäß seien Bauleiter in baugewerblich tätigen Unternehmen sogar überwiegend im Außendienst tätig. Die die Klägerin betreffende Verwaltungsakte der Beklagten (Mitgliedsnummer 68/260-7780-0, 1 Band) lag vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Verfahrens sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die genannte Verwaltungsakte sowie die Gerichtsakte S 9 U 2233/01 verwiesen.

## Entscheidungsgründe

Die Klage ist form- und fristgerecht erhoben und auch im übrigen zulässig. Sie ist als Anfechtungsklage gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 Var. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthaft. Die Klage ist auch begründet. Die Bescheide vom 16.10.2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 9.7.2001 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. Die Rechtmäßigkeit von Beitragskorrekturbedeiden - also der Aufhebung bindend gewordener Beitragsbescheide mit Wirkung für die Vergangenheit - zu Ungunsten der Beitragspflichtigen setzt gem. § 168 Abs. 2 des Siebten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VII) voraus, dass entweder die Veranlagung des Unternehmens zu den Gefahrklassen nachträglich geändert wird, eine Anmeldung nach § 157 Abs. 6 SGB VII unrichtige oder unvollständige Angaben enthält oder unterblieben ist - diese beiden Varianten kommen im vorliegenden Fall ersichtlich nicht in Betracht - oder aber dass der Lohnnachweis unrichtige Angaben enthält oder sich die Schätzung als unrichtig erweist (§ 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII). Auf angeblich unrichtige Angaben im Lohnnachweis beruft sich die Beklagte sinngemäß hier. Nach Überzeugung des Gerichts ist zumindest weder nachgewiesen noch auch nur nachweisbar, dass die Lohnnachweise der Rechtsvorgängerin der Klägerin im maßgeblichen Zeitraum objektiv unrichtige Angaben enthielten. Da sich die Beklagte im Rahmen der Beitragskorrektur auf die gemäß § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII vorausgesetzte Unrichtigkeit der Angaben beruft, wirkt sich die Nichterweislichkeit dieser Tatsache im Rahmen der im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung geltenden sogenannten "objektiven Beweislast" zu ihrem Nachteil aus mit der Folge, dass die Bescheide - da die Voraussetzungen ihrer Rechtmäßigkeit nicht vollständig nachgewiesen werden können - rechtswidrig sind. Anders als bei der erstmaligen Beitragsfestsetzung, bei der das Gesetz bei mangelhafter Mitwirkung des Unternehmers in begrenztem Umfang gestattet, vom Unternehmer nicht erbrachte Angaben oder Nachweise durch Schätzung zu ersetzen (§ 165 Abs. 3 SGB VII), setzt die Beitragskorrektur den Nachweis der Unrichtigkeit der der früheren Beitragfestsetzung zu Grunde liegenden Angaben voraus. Dies verkennt die Beklagte, wenn sie die Auffassung vertritt, die Klägerin müsse es gegen sich gelten lassen, dass detaillierte Aufzeichnungen über die Tätigkeit der Bauleiter im fraglichen Zeitraum nicht mehr existieren. Etwas anderes könnte nur bei einem für die Nichtaufklärbarkeit wesentlichen Verstoß des Unternehmens gegen gesetzliche Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten gelten. Ein solcher kommt hier nicht in Betracht, da die Rechtsvorgängerin der Klägerin nicht verpflichtet war, die Tätigkeitsanteile ihrer Bauleiter zu dokumentieren und Aufzeichnungen hierüber zu verwahren.

Die Unrichtigkeit der Lohnnachweise kann das Gericht aus folgenden Gründen nicht feststellen: Allein umstritten ist insoweit die Frage, in welcher Gefahrklasse die Entgelte der Bauleiter richtigerweise nachzuweisen waren. In Betracht

kamen nach dem einschlägigen Gefahrarif der Beklagten die Gefahrklassen 8,5 (aufgrund der laufenden Nr. 01 der Tarifstelle 01, "Hochbau aller Art") und die Gefahrklasse 1,0 (aufgrund der Tarifstelle 11, "kaufmännisches, technisches Personal"). Bauleiter verrichten sowohl gewerbliche Tätigkeiten, die dem Unternehmenszweig Hochbau zu dienen bestimmt sind, als auch solche kaufmännischen und technischen Charakters. Die genannten Gefahrariffstellen lassen daher entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten die Einordnung von Bauleitern gleichermaßen zu. Die Kammer kann nicht nachvollziehen, dass die Tarifstelle 11 eine Ausnahmeregelung darstellen und allein Unternehmensangehörigen vorbehalten sein soll, die ausschließlich kaufmännische und technische Bürotätigkeit verrichten. Erst recht macht sie sich nicht die weitere Voraussetzung zu eigen - die vom Vertreter der Beklagten in der Sitzung vom 25.2.2003 formuliert wurde - wonach die Bürotätigkeit nicht etwa in Containern auf der Baustelle verrichtet werden dürfe, sondern in Büroräumen in festen Gebäuden ausgeführt werden müsse. Gegen eine derart enge Auslegung spricht bereits der Wortlaut des Gefahrariffs, in dem von "kaufmännischem, technischem Personal" die Rede ist und nicht etwa - wie von der Beklagten im Laufe des Verfahrens immer wieder behauptet, aber im Originaltext des Gefahrariffs so nicht reproduzierbar - von "kaufmännischem, technischem Büropersonal". Gegen sie spricht weiter der Zusatz zur Beschreibung des Unternehmenszweigs der Tarifstelle 11 ("dazu gehören nicht Poliere, Meister, Schachtmeister, Vorarbeiter, Arbeitskontrolleure, Projektleiter"). Denn es ist offensichtlich, dass die genannten Gruppen von Beschäftigten regelmäßig nicht ausschließlich Bürotätigkeiten verrichten. Ihres ausdrücklichen Ausschlusses aus der Tarifstelle 11 hätte es nicht bedurft, wenn eine ausschließliche Bürotätigkeit Grundvoraussetzung der Einstufung in diese Tarifstelle wäre. Die ausdrückliche Aufzählung nicht dort einzuordnender Gruppen von Versicherten, die allenfalls teilweise kaufmännische und technische Aufgaben erledigen und dies typischerweise nicht im Büro, zwingt umgekehrt zu dem Schluss, dass die Tarifstelle 11 grundsätzlich für jeden Beschäftigten in Betracht kommt, der unabhängig vom Beschäftigungsort kaufmännische oder technische Tätigkeiten verrichtet. Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dass sie mit der Tarifstelle 11 eine Ausnahmeregelung für das eigentlich nicht in ihre Zuständigkeit fallende Büropersonal habe schaffen wollen und dies mit ihrem Charakter als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung für das Baugewerbe begründen. Zwar wäre es der Beklagten rechtlich gestattet, diesem Selbstverständnis durch eine entsprechende Gestaltung des Gefahrariffs Rechnung zu tragen und eine echte Ausnahmeregelung für das "reine Büropersonal" zu schaffen. Dies müsste sie dann aber auch in Wortlaut oder Systematik des Gefahrariffs hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen. Der Wille des Normgebers kann bei der Auslegung von Rechtsnormen - eine solche stellt der Gefahrarif dar - nämlich nur insoweit berücksichtigt werden, als er in der Norm selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat. Vorrangige Bedeutung haben dabei die sogenannten objektiven Auslegungskriterien, die sich am Wortlaut (grammatische Auslegung), an der Gesetzssystematik (systematische Auslegung) und an dem aus der Norm selbst begründbaren und ersichtlichen Normzweck (teleologische Auslegung) orientieren. Dem Willen des Normgebers kommt danach nur insoweit Bedeutung zu, als durch ihn die Richtigkeit einer nach den objektiven Auslegungsgrundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder diesbezügliche Zweifel behoben werden können (sogenannte „objektive Theorie“ der Normauslegung, vgl. BVerfG vom 17.05.1960, 2 BvL 11/59 = BVerfGE 11, S. 126, S. 130; vgl. auch Gern, Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen, Verwaltungsarchiv 80 (1989), Seite 415, 432 f.). Die objektiven Auslegungskriterien stützen den von der Beklagten angenommenen Ausnahmecharakter der Tarifstelle 11 im einschlägigen Gefahrarif wie oben dargelegt nicht. Kommt wie im vorliegenden Fall die Zuordnung von Beschäftigten zu mehr als einer Tarifstelle in Betracht, greift Teil II Ziff. 7 Abs. 2 des einschlägigen Gefahrariffs ein. Danach ist das Arbeitsentgelt nach den Unternehmenszweigen nur aufzugliedern, wenn die einzelne Tätigkeit mehr als ein Viertel der Gesamttätigkeit beträgt (Satz 1). Wird dieser Anteil nicht erreicht, ist das Arbeitsentgelt ausschließlich in dem Unternehmenszweig nachzuweisen, in dem der Versicherte überwiegend beschäftigt ist (Satz 3). Aus der gewählten Formulierung („...ist das Arbeitsentgelt...nur aufzugliedern...“) ergibt sich, dass der Gefahrarif die überwiegende Beschäftigung von Versicherten in einem Unternehmenszweig als Regelfall ansieht, die Aufgliederung von Entgelten dagegen als Ausnahme. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis stützt noch die sich bereits aus § 168 Abs. 2 SGB VII ergebende objektive Beweislast zum Nachteil der Beklagten.

Die Bauleiter der Rechtsvorgängerin der Klägerin haben im maßgeblichen Zeitraum - dies hat die Klägerin plausibel dargelegt und wird auch von der Beklagten grundsätzlich anerkannt - jedenfalls überwiegend Tätigkeiten kaufmännischen und technischen Charakters verrichtet. Ihre Entgelte waren daher grundsätzlich wie geschehen aufgrund der Tarifstelle 11 mit der Gefahrklasse 1,0 nachzuweisen. Die Nichtaufteilung der Entgelte wäre nur dann "unrichtig" i. S. v. § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII gewesen, wenn der Ausnahmetatbestand des Teil II Ziff. 7 Abs. 2 Satz 1 des Gefahrariffs dadurch erfüllt gewesen wäre, dass die gewerbliche Tätigkeit im Unternehmenszweig Hochbau mehr als ein Viertel der Gesamttätigkeit betragen hat. Gerade die Frage, ob der gewerbliche Tätigkeitsanteil der Bauleiter knapp unter oder knapp über 25 Prozent gelegen hat, ist aber nach Überzeugung der Kammer nicht mehr objektiv zu klären. Beide Beteiligte räumen ein, dass der tatsächliche Anteil mit Wahrscheinlichkeit relativ nah an der maßgeblichen Ein-Viertel-Grenze gelegen hat. Stundenaufzeichnungen oder sonstige Urkunden, aus denen sich auf die Tätigkeitsanteile auch nur schließen ließe, existieren nicht (mehr). Die Behandlung vergleichbarer Unternehmen im maßgeblichen Zeitraum erlaubt keine sicheren Rückschlüsse auf die Verhältnisse bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin, zumal da der gegenüber dem Vergleichsunternehmen geübten Praxis im Regelfall ebenfalls keine exakten Stundenaufzeichnungen oder Messungen, sondern Schätzungen bzw. ein zwischen den Beteiligten gefundener Konsens zugrundeliegen dürfte. Eine Beweisaufnahme durch Beobachtung der heutigen Verhältnisse - etwa durch Stundenaufzeichnungen der Beteiligten oder Sachverständigengutachten - wäre ebenfalls lediglich begrenzt hilfreich, da sich aufgrund der geänderten Unternehmensstruktur und Auftragslage sowie des technischen Fortschritts insbesondere im Bereich der Telekommunikation die Tätigkeit der Bauleiter in relevantem Umfang verändert haben dürfte. Eine Vermehrung der betroffenen Bauleiter als Zeugen über ihre vor acht bis fünf Jahren ausgeübte Tätigkeit schließlich lässt keine derart exakten und detaillierten Aussagen erwarten, die es rechtfertigen würden, die Frage mit Gewissheit zu beantworten, ob die betreffenden Personen - jeweils bezogen auf ein bestimmtes Kalenderjahr - "unter einem Viertel" oder doch eher 30 Prozent ihrer Tätigkeit gewerblichen Aufgaben gewidmet haben. Der exakte Anteil der gewerblichen Tätigkeit in den maßgeblichen Beitragsjahren ist daher zusammenfassend nach Überzeugung des Gerichts nicht mehr festzustellen, zumal die von den Beteiligten geschätzten Quoten nicht nur außerordentlich dicht beieinander, sondern auch in unmittelbarer Nähe der von Rechts wegen maßgeblichen 25-Prozent-Grenze liegen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass sich die Unrichtigkeit der Angaben in den der erstmaligen Beitragsfestsetzung zu Grunde liegenden Lohnnachweisen

nicht feststellen lässt. Eine Beitragskorrektur war daher rechtlich nicht zulässig.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.