

## L 3 U 309/01

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Unfallversicherung

Abteilung

3

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 23 U 688/98

Datum

27.07.2001

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 3 U 309/01

Datum

25.06.2002

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 27.07.2001 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Beklagte die Klägerin, welche in der Form einer GmbH & Co KG betrieben wird, in ihr Unternehmerverzeichnis als gewerblichen Betrieb aufzunehmen hat und somit geringere Beitragszahlungen als von einem nicht gewerblichen Bauunternehmen verlangen darf.

Durch die Anzeige eines Unfalls, den der bei der Klägerin beschäftigte Maurer E. V. am 03.12.1990 erlitten hatte, erhielt die Beklagte Kenntnis vom Unternehmen der Klägerin. Auf Nachfrage gab diese am 26.03.1991 an, ihr wirtschaftlicher Schwerpunkt liege in der Modernisierung von Altbauten. Beim Gewerbeamt, Bezirksamt Charlottenburg von Berlin, war die Tätigkeit ab 13.04.1988 als Handel mit Sanitär- und Elektrobedarf, Handel mit Baustoffen sowie Durchführung von Bauvorhaben angegeben. Die Gesellschaft wurde am 21.04.1988 in das Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Die Industrie- und Handelskammer Berlin teilte mehrfach, nämlich am 10.07.1991, 29.12.1993 und 20.04.1994 mit, die Klägerin sei nicht in der Handwerksrolle eingetragen. Am 17.03.1994 informierte die Klägerin die Beklagte, dass sämtliche gewerblichen Arbeitnehmer zum 31.03.1993 das Unternehmen verlassen hätten. In der Zwischenzeit waren der Beklagten weitere Unfälle von Beschäftigten der Klägerin gemeldet worden, nämlich ein weiterer Unfall des Maurers E. V. am 30.05.1991 und Unfälle des Zimmermanns S. Z. am 13.07.1992, des Bauhelfers S. T. am 22.07.1992 und des Zimmermanns J. T. am 03.08.1992.

Mit Schreiben vom 08.07.1994 stellte die Beklagte fest, das Unternehmen der Klägerin werde als nicht gewerbsmäßiger Betrieb für Bauarbeiten Mitglied, ohne dass es einer Aufnahme in das Unternehmerverzeichnis bedürfe. Die Klägerin erhob dagegen Widerspruch und begehrte, als gewerbsmäßiges Bauunternehmen eingestuft zu werden mit der Folge, dass sie Beiträge nur in Höhe des einfachen Beitragsatzes zu zahlen habe und nicht wie bei nicht gewerbsmäßigen Bauarbeiten den vierfachen Beitragsatz. Sie gab an, der bei ihr als Meister beschäftigte E. A. sei in der Handwerksrolle eingetragen. Angeforderte Lohnnachweise legte die Klägerin nicht vor. Am 15.08.1995 erließ die Beklagte einen Beitragsbescheid. Sie schätzte die Lohnsummen für die Zeit vom 01.05.1989 bis 31.05.1993 an Hand des Beitragsolls der AOK. Dieser waren im vorgenannten Zeitraum Beschäftigte der Klägerin gemeldet worden. Insgesamt forderte die Beklagte Beiträge in Höhe von 311.990,83 DM. Der Berechnung legte sie das Vierfache des Beitragsatzes zu Grunde, weil es sich um nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten gehandelt habe. Auch hiergegen legte die Klägerin Widerspruch ein.

Die Widersprüche wies die Beklagte am 12.08.1998 zurück. Die Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt in die Handwerksrolle eingetragen gewesen, wie die Handwerkskammer Berlin am 20.09.1994 erneut bestätigt habe. Die Beschäftigung des Meisters A. sei insoweit ohne Bedeutung; dieser sei nur von 02.04.1990 bis 30.09.1991 beschäftigt gewesen und zudem bei der Handwerkskammer Flensburg nur für die Zeit vom 08.05.1978 bis 30.11.1980 in der Handwerksrolle mit dem Zimmererhandwerk eingetragen gewesen. Somit sei die Klägerin nach den Bestimmungen der Gewerbe- und Handwerksordnung nicht zur Ausführung von Maurerarbeiten berechtigt gewesen. Denn A. sei zum einen nur mit dem Zimmererhandwerk eingetragen gewesen und darüberhinaus nicht während seines Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten; zudem sei er nur einen kurzen Zeitraum beschäftigt gewesen, so dass sein Einsatz als Betriebsleiter zweifelhaft sei. Eine Bestandssicherheit des Betriebes sei in den maßgeblichen Jahren 1989 bis 1993 nicht gegeben gewesen. Wegen der fehlenden Lohnnachweise sei eine Schätzung gemäß § 743 Reichsversicherungsordnung - RVO - zulässig gewesen. Der AOK Berlin sei ab 01.05.1989 ein Tischler M. als Beschäftigter der Klägerin gemeldet gewesen. Ihre Behauptung, sie habe 1989 keine Bauarbeiten durchgeführt, sei

demzufolge nicht glaubhaft.

Auf Wunsch der Klägerin gab die Beklagte die Beitragssumme nach dem einfachen Beitragssatz - für den auch nach Auffassung der Klägerin unstrittigen Zeitraum von 1990 bis 1993 - mit 76.307,90 DM bekannt. Diesen Betrag bezahlte die Klägerin.

Gegen die oben genannten Bescheide hat die Klägerin beim Sozialgericht München Klage erhoben: die fehlende Eintragung in die Handwerksrolle bedeute nicht, dass das Unternehmen in seinem Bestand nicht gesichert gewesen sei. Zumindest in den ersten Jahren sei die Klägerin jederzeit in der Lage gewesen, einen qualifizierten Betriebsleiter einzustellen und damit die Eintragungsvoraussetzungen zu erfüllen. Ihren sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen sei sie stets ordnungsgemäß nachgekommen. Im April 1990 habe sie ehemalige Mitarbeiter einer anderen Firma übernommen und bis einschließlich 1992 Zimmererarbeiten ausgeführt. 1993 seien dann alle Baugewerke an Subunternehmer vergeben worden. Die Beklagte hat darauf hingewiesen, es sei allein von Bedeutung, dass die Klägerin nicht in der Handwerksrolle eingetragen gewesen und ein Meister nur kurzfristig beschäftigt worden sei. Mit Urteil vom 27. Juli 2001 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt, im Hinblick auf § 664 Abs. 4 RVO habe die Beklagte nicht ermessensfehlerhaft gehandelt. Sie habe nach § 59 Abs. 2 ihrer Satzung die Klägerin als nicht gewerbsmäßigen Baubetrieb nicht in das Unternehmerverzeichnis aufnehmen müssen. Der Betrieb der Klägerin sei in seinem Bestand nicht sicher gewesen. Insoweit sei die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts - BSG - (BSG Urteil vom 05.07.1994 - [2 RU 1/93](#); BSG Urteil vom 12.06.1989 in SozR 2.200 § 728 Nr. 6 und BSG Urteil vom 23.8.1973, Breithaupt 1973, 310) zu beachten. Die Beklagte habe zu Recht das Vierfache des Beitragssatzes für nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten verlangen dürfen.

Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt und zur Begründung vorgetragen, das Bundessozialgericht habe in seinem Urteil vom 05.07.1994 darauf hingewiesen, eine GmbH und Co KG erfülle die Eintragungsvoraussetzungen dadurch, dass sie einen qualifizierten Betriebsleiter einstelle. Dies sei bei der Klägerin in den ersten Jahren unstrittig der Fall gewesen. Zu Unrecht habe das Sozialgericht eine fehlende Bestandssicherung gesehen.

Die Beklagte hat dagegen eingewandt, die Eintragung in der Handwerksrolle sei von entscheidender Bedeutung. Eine solche habe nie bestanden. Der möglicherweise als technischer Betriebsleiter vorgesehene A. sei lediglich in der Zeit vom 02.04.1990 bis 30.09.1991 für die Klägerin tätig gewesen. Der Klägerin hätte jederzeit gemäß [§ 16 Abs. 3](#) der Handwerksordnung der Betrieb untersagt werden können. Die Bestandssicherheit des Unternehmens sei im streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.05.1989 bis 31.05.1993 nicht vorhanden gewesen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts München vom 27.07.2001 und den Bescheid vom 08.07.1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.08.1998 aufzuheben und den Bescheid vom 15.08.1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.08.1998 abzuändern, soweit darin über den von ihr geleisteten Betrag von 76.307,90 DM Beiträge gefordert werden.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestands gem. [§ 136 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG - auf den Inhalt der Akte der Beklagten sowie der Gerichtsakten beider Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist zulässig ([§ 143](#), [151 SGG](#)), aber unbegründet.

Mit zutreffender Begründung und unter Darlegung der Rechtsprechung des BSG hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Um Wiederholungen zu vermeiden nimmt der Senat auf die Urteilsbegründung des Sozialgerichts Bezug und sieht insoweit gem. [§ 153 Abs. 2 SGG](#) von einer weiteren Darstellung ab. Er schließt sich der Auffassung der ersten Instanz an, zumal sich diese auf die gesicherte Rechtsprechung des BSG stützt.

Zu Recht hat das Sozialgericht auf die fehlende Bestandssicherheit der Klägerin abgestellt. Auch in seiner Entscheidung vom 05.05.1998 ([B 2 U 23/97 R](#); Soz R 3-2200 § 543 Nr.3) hat das BSG auf die Definition "nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten" in seinem früheren - vom Sozialgericht ebenfalls genannten - Urteil vom 18.12.1969 (BSGE 30, 235) zurückgegriffen. Danach ist für die Abgrenzung der nicht gewerbsmäßigen Bauarbeiten iS der §§ 783 ff RVO aF und iS der insoweit durch das UVNG inhaltsgleich gefaßten §§ 728 Abs 3 und 729 Abs 2 RVO nF, welche gem. § 219 Abs. 1 des 7. Sozialgesetzbuchs anzuwenden sind, zusätzlich das Merkmal der Bestandssicherung unerlässlich. Die Regelung der §§ 783 ff RVO aF war darauf gerichtet, nur vorübergehend tätige Bauunternehmer an den Kosten der Unfallversicherung für die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer angemessen zu beteiligen. Die Anwendung eines besonderen, gegenüber den allgemeinen Mitgliederbeiträgen höheren Prämientarifs für die Unfallversicherung solcher Arbeiten, denen ua der Kapitalwert der voraussichtlich zu erbringenden Leistungen zugrunde lag (vgl. § 804 Abs 2 RVO aF), war durch den Umstand gerechtfertigt, dass der Versicherungsträger Leistungen ggf noch zu einer Zeit erbringen musste, zu der er den Unternehmer wegen zwischenzeitlicher Beendigung der Bauarbeiten zu den Lasten nicht mehr heranziehen konnte. Nach dem Zweck dieser Regelung waren demnach als nicht gewerbsmäßig tätige Bauunternehmer diejenigen zu betrachten, von denen wegen der Bestandsunsicherheit ihres Unternehmens nicht erwartet werden konnte, dass sie den Finanzbedarf des Versicherungsträgers dauernd mitbestritten (BSGE aaO 235 ff). Wenn dagegen der Bestand des Unternehmens gesichert ist, dh jedenfalls dann, wenn der Baubetrieb iS des Gewerberechts gewerbsmäßig geführt wird, der Unternehmer ihn auf Dauer angelegt hat und auch von seiten der zuständigen Behörde keine Gefahr mehr droht, dass die Fortsetzung des Betriebes jederzeit untersagt werden kann ([§ 16 Abs 3](#) der Handwerksordnung), dann werden die Bauarbeiten auch iS von § 728 Abs 3 und § 729 Abs 2 RVO nF gewerbsmäßig ausgeführt (BSG [SozR 2200 § 728 Nr 6](#)). Dabei ist vor allem auf das Unternehmen selber (§ 658 Abs 2 Nr 1 RVO) und seine betrieblichen Bestandsaussichten abzustellen. Wenn sich seine Bestandssicherheit trotz früherer Bestandsgefahren auf andere Weise nachweisen läßt, kommt es auch für frühere Zeiten auf Unsicherheiten in der Person früherer Unternehmer desselben Betriebes nicht mehr an. Denn die kontinuierliche, auch in Zukunft gesicherte Ausführung der Bauarbeiten ist die entscheidende Grundlage dafür, dass das Beitragsaufkommen der Berufsgenossenschaft jedenfalls nicht schlechter gesichert ist als bei den übrigen in das Unternehmerverzeichnis aufgenommenen Mitgliedern des Unfallversicherungsträgers (BSG aaO). An einer solchen Bestandssicherheit fehlte es bei der Klägerin.

Zur Begründung ihrer Berufung hat die Klägerin im Wesentlichen ihre Argumente aus der Vorinstanz wiederholt; das Sozialgericht hat sich

hiermit bereits eingehend auseinandergesetzt. Lediglich zur Klarstellung sei angemerkt, dass das Sozialgericht entgegen der Meinung der Klägerin darauf abstellen durfte und musste, ob die Bestandsicherung bereits zum Zeitpunkt des Beitragsbescheids vom 15.08.1995 oder zumindest spätestens am Tag der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen hatte. Tatsache ist ferner, dass sich in der Zeit zwischen dem Beitragsbescheid und der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht - wie ebenfalls bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat - diesbezüglich keine Änderung ergeben hat und auch nicht ergeben konnte. Denn die Klägerin hatte den Gewerbebezweig "Bauunternehmung" bereits zum 31.03.1993 eingestellt. Es ist zwar richtig, dass bei einer GmbH & Co KG die Anstellung eines in der Handwerksrolle für das entsprechende Handwerk, welches dem Betrieb der Gesellschaft zu Grunde liegt, eingetragenen Betriebsleiters genügt. Jedoch war dieses Erfordernis zu keinem der vorgenannten Zeitpunkte erfüllt und kann auch in der Zukunft nicht erfüllt werden, weil die GmbH & Co KG unstreitig ihre diesbezüglichen Aktivitäten auf dem Bausektor zum 31.03.1993 eingestellt hat. Der von ihr als Betriebsleiter bezeichnete E. A. war nur im Zeitraum vom 08.05.1978 bis 30.11.1980 in der Handwerksrolle eingetragen, also nicht annähernd im hier streitigen Zeitraum. Auf die weitere Frage, ob dieser überhaupt als Betriebsleiter eingesetzt war, kommt es somit nicht mehr an. Eine in die Zukunft reichende Bestandssicherung kann mangels Fortführens des Betriebs nicht erreicht werden. Dabei brauchte der Senat nicht der Frage nachgehen, ob die Klägerin jederzeit einen ordnungsgemäßen Betriebsleiter hätte einstellen können, und ob dies, auch wenn dies in einem erheblichen Abstand zum Betriebsbeginn geschehen wäre, genügt hätte. Denn es steht fest, dass sie, wie oben bereits dargestellt, dies nie in die Tat umgesetzt hatte. Wenn die Klägerin meint, es genüge, dass sie jederzeit, wenn sie von dieser wichtigen Voraussetzung Kenntnis gehabt hätte, einen Betriebsleiter hätte einstellen können und damit ihre Eintragungsfähigkeit objektiv vorgelegen habe, so übersieht sie, dass dies nicht ausreicht. Es kann nicht angehen, dass ein Betrieb, welcher nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist und seiner möglichen Schließung dadurch zuvorkommt, dass er den Betrieb aufgibt, ohne seine Eintragung erreicht zu haben, als bestandsgesichert gelten würde, jedoch ein Betrieb, der wegen der fehlenden Eintragung von der zuständigen Behörde geschlossen wird, nicht als bestandsgesichert angesehen würde. Denn die Bestandssicherung muss in die Zukunft weisen, was bei der freiwilligen Betriebsaufgabe gerade nicht der Fall ist. Dies hat das BSG auch in seiner Entscheidung vom 05.07. 1994 (a.a.O.) hervorgehoben, auch wenn es die Frage, ob sich die fehlende Bestandssicherung des die Bauarbeiten ausführenden Unternehmens allein aus der unterbliebenen Eintragung in der Handwerksrolle ergibt, offen gelassen hat, weil dort weitere Gründe vorgelegen haben, welche die mangelnde Bestandssicherung belegten. Ausdrücklich hat das BSG ausgeführt, es treffe zwar zu, dass ein Einzelhandwerker, der wegen fehlender fachlicher Eignung nicht in die Handwerksrolle eingetragen werde, dies nicht ohne weiters ausgleichen könne, während eine juristische Person oder eine GmbH & Co KG die Eintragungsvoraussetzungen dadurch erfüllen könne, indem sie einen qualifizierten Betriebsleiter einstelle. Jedoch ergebe sich nicht ohne weiteres, dass keine negativen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Bestandssicherheit gezogen werden dürften, wenn die Gesellschaft weder im Zeitpunkt der Durchführung der im Streit stehenden Bauarbeiten noch später die Eintragungsvoraussetzungen nach der Handwerksrolle erfülle. Andernfalls könnte jedes rechtswidrige Verhalten als rechtlich unbeachtlich angesehen werden, sofern es für die Zukunft jederzeit eingestellt werden könne. Insoweit sah das BSG einen entscheidenden Unterschied zu dem seiner Entscheidung vom 12.06.1989 (a.a.O.) zu Grunde liegenden Fall, wo die GmbH als Unternehmerin des Baugeschäfts noch vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landessozialgericht in die Handwerksrolle eingetragen worden war. Denn damit habe das Unternehmen trotz der Gefahr seiner Schließung Bestand gehabt und sei für die Zukunft nicht mehr von der Schließung bedroht gewesen. Dies trifft im hier zu entscheidenden Fall, wie oben ausgeführt, nicht zu. Die Beitragsforderungen der Beklagten sind damit rechtmäßig. Die Berufung der Klägerin konnte keinen Erfolg haben. Sie war zurückzuweisen mit der Kostenfolge aus [§ 193 SGG](#).

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe i.S.d. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#) nicht zu erkennen sind.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-11-06