

L 3 U 991/91 ZVW

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Unfallversicherung

Abteilung

3

1. Instanz

SG Frankfurt (HES)

Aktenzeichen

S 8 U 275/87

Datum

29.08.1989

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 3 U 991/91 ZVW

Datum

24.11.1993

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt ein Main vom 29. August 1989 abgeändert. Die Klage gegen den Veranlagungsbescheid vom 26. November 1984 und die Beitragsbescheide vom 25. Juni 1985 i.d.F. vom 16. Dezember 1988 und vom 25. April 1986 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. März 1987 wird insoweit abgewiesen, als darin eine Veranlagung der Klägerin zur Gefahrartifstelle 5.9 vorgenommen worden ist. Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten der Berufungs- und Revisionsinstanz zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Klägerin für die Jahre 1984 und 1985 zu ihren Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung von der Beklagten rechtmäßig veranlagt worden ist.

Die Klägerin betreibt seit Anfang 1982 ein Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung mit dem Schwerpunkt: Verleih von Arbeitnehmern für Sekretariats- und Schreibtätigkeiten sowie für die allgemeine kaufmännische Sachbearbeitung, Buchhaltung und Datenverarbeitung.

Mit dem am 1. Januar 1984 in Kraft getretenen Gefahrartif stellte die Beklagte von einem nach Tätigkeiten gegliederten Gefahrartif, nach dem die Klägerin zur Gefahrklasse 1 veranlagt worden war, auf ein gewerbebezweigbezogenes System um. In diesem von der Vertreterversammlung der Beklagten am 28. Juni 1983 beschlossenen Gefahrartif sind die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in zwei Gruppen unterteilt: Unternehmen, in denen überwiegend Personen tätig sind, die in den büromäßigen Bereich fallen, sind zur Gefahrartifstelle 5.9 mit der Gefahrklasse 3.5 zu veranlagen, Unternehmen, in denen überwiegend Personen tätig sind, die in den nicht büromäßigen Bereich fallen, sind der Gefahrartifstelle 5.10 mit der Gefahrklasse 16 zuzuordnen. Diese Regelung legte die Beklagte in der Praxis dahingehend aus, daß zur Gefahrartifstelle 5.9 alle bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) versicherten Arbeitnehmer und zur Gefahrartifstelle 5.10 alle bei einer Landesversicherungsanstalt (LVA) versicherten Arbeitnehmer nachzuweisen und die Unternehmen ggf. zu beiden Tarifstellen zu veranlagen sind. Auf Wunsch veranlagte die Beklagte Unternehmen auch nur zu einer der beiden Gefahrartifstellen.

Mit Bescheid vom 26. November 1984 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß ab 1. Januar 1984 für die Berechnung der Beiträge ein neuer Gefahrartif maßgebend sei und daß sie als ein Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ab 1. Januar 1984 nach der Gefahrartifstelle 5.9 "(überwiegend Büro)" mit der Gefahrklasse 3.5 und nach der Gefahrartifstelle 5.10 "(nicht überwiegend Büro)" mit der Gefahrklasse 16 veranlagt werde. Sodann setzte die Beklagte mit Bescheid vom 25. Juni 1985 geändert durch Bescheid vom 16. Dezember 1988 für das Jahr 1984 und mit Bescheid vom 25. April 1986 für das Jahr 1985 einen Gesamtbeitrag unter Zugrundelegung einer zur Gefahrklasse 3.5 veranlagten Lohnsumme fest. Die Widersprüche der Klägerin wies sie durch Widerspruchsbescheid vom 5. März 1987 zurück.

Im Mai 1986 beantragte die Klägerin außerdem, die Gefahrklasse nach Teil II Nr. 2 des Gefahrartifs für die Jahre 1984 und 1985 um 50 v.H. herabzusetzen, weil in ihrem nahezu ausschließlich im kaufmännischen Bereich und im Bankbereich tätigen Unternehmen eine nur geringe Unfallgefahr bestehe. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 30. Juli 1987 idF des Widerspruchsbescheides vom 3. März 1988 ab.

Seit dem 1. Januar 1990 hat die Beklagte die für die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung maßgebenden Gefahrtarifstellen neu bezeichnet. Sie veranlagt nunmehr in allen Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung die Beschäftigten, die bei der BfA rentenversicherungspflichtig sind oder waren, zur Gefahrkategorie 5 und die Beschäftigten, die bei den LVAen versichert sind oder waren, zur Gefahrkategorie 12.8.

Das Sozialgericht Frankfurt am Main (SG) hat mit Urteil vom 29. August 1989 den Veranlagungsbescheid vom 26. November 1984, die Beitragsbescheide vom 25. Juni 1985 und 25. April 1986 idF des Widerspruchsbescheides vom 5. März 1987 sowie den Bescheid vom 30. Juli 1987 idF des Widerspruchsbescheides vom 3. März 1988 aufgehoben und festgestellt, daß die Gefahrtarifstellen 5.9 und 5.10 des ab 1. Januar 1984 geltenden Gefahrtarifs der Beklagten rechtswidrig sind. Der erkennende Senat hat nach Rücknahme der Feststellungsklage mit Urteil vom 25. April 1990 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und ferner die weiteren während des erstinstanzlichen Verfahrens ergangenen Beitragsbescheide für die Jahre 1986 (27. April 1987 und 16. Dezember 1988), 1987 (27. April 1988 und 16. Dezember 1988) und 1988 (26. April 1989) auf die Anschlußberufung der Klägerin aufgehoben. Er hat die Auffassung vertreten, daß die Gefahrtarifstellen- und Gefahrklassenbildung gegen die Verpflichtung der Vertreterversammlung zur Abstufung der Beiträge nach dem Grad der Unfallgefahr verstoße, außerdem eine eindeutige Abgrenzung und dementsprechende Veranlagung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht zulasse und deshalb auch nicht für einen gewissen Zeitraum noch als rechtmäßig angesehen werden könne. Der ebenfalls angefochtene Bescheid vom 30. Juli 1987 idF des Widerspruchsbescheides vom 3. März 1988 über die abgelehnte Herabsetzung der Gefahrkategorie nach Teil II Nr. 2 des Gefahrtarifs sei praktisch gegenstandslos geworden, da es zur Zeit an der Voraussetzung für eine Herabsetzung fehle, daß die Klägerin einer bestimmten Gefahrkategorie nach Teil I des Gefahrtarifs unterliege. Zur Vermeidung von Unklarheiten sei auch dieser Bescheid aufzuheben.

Auf die - zugelassene - Revision der Beklagten hat das Bundessozialgericht (BSG) durch Urteil vom 21. August 1991 das Urteil des Senats aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Es hat im wesentlichen ausgeführt: Es sei nicht zu beanstanden, daß die Beklagte den für Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung geltenden, nach Tätigkeiten gegliederten Tarif zum 1. Januar 1984 auf ein gewerbebezogenes, gemischtes System umgestellt, diese Unternehmen als einen gesonderten Gewerbebezug mit einer ausreichend großen Gefahrgemeinschaft angesehen, für Unternehmen dieser Art die gesonderten Tarifstellen 5.9 und 5.10 eingerichtet habe und die Klägerin für die Jahre 1984 bis 1989 ausschließlich in die Gefahrtarifstelle 5.9 eingestuft habe. Entgegen der Auffassung des Landessozialgerichts (LSG) seien die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung von ihrem Betriebsgegenstand her durchaus durch eine gemeinsame gewerbetypische Unfallgefahr gekennzeichnet, da die Arbeitnehmer dieser Unternehmen zu verschiedenen Arbeitsplätzen herangezogen und an verschiedene Arbeitsplätze "verliehen" würden. Allein der häufige Wechsel des Arbeitsplatzes mit der Folge, sich in eine neue Arbeitsumwelt eingewöhnen zu müssen, und die damit verbundenen Wegeunfallgefahren rechtfertigten es, bei den Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung von einer gewerbetypischen Unfallgefährdung auszugehen. Die Beklagte habe zumindest auch nicht rechtswidrig gehandelt, als sie in einem gemischten Tarif nach überwiegend anfallenden Tätigkeiten innerhalb oder außerhalb des büromäßigen Bereichs zwei Gefahrtarifstellen 5.9 und 5.10 festgelegt habe. Dabei werde nicht übersehen, daß sich bei der Auslegung des Begriffs "überwiegend" in den Gefahrtarifstellen 5.9 und 5.10 - hier nicht näher nachzuprüfende - Schwierigkeiten ergeben könnten. Bei der von der Beklagten beschlossenen Untergliederung seien durchaus ganz erhebliche, ggf. nur von wenigen Arbeitskräften abhängige unterschiedliche Belastungen einzelner Unternehmen zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung je nach dem Prozentsatz der Arbeitnehmer im büromäßigen einerseits und im gewerblichen Bereich andererseits möglich. Bei Unternehmen ausschließlich mit Arbeitnehmern im büromäßigen Bereich könnten in der Regel geringere Unfallgefahren als im gewerblichen Bereich bestehen. Bei so komplexen Sachverhalten und bei einem sich sprunghaft entwickelnden und verändernden Unternehmenszweig wie hier sei im Rahmen der Beitragsgestaltung dem Satzungsgeber jedoch ein zeitlicher Anpassungsspielraum zuzubilligen. Außerdem weise die Beklagte zutreffend darauf hin, daß nach Teil II Nr. 2 des Gefahrtarifs bei erheblich abweichenden Betriebsweisen Möglichkeiten einer Korrektur in der Gefahrkategorie bestünden. Allerdings sei noch zu prüfen, ob - wie die Klägerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren gerügt habe - die für die Gefahrtarifstelle 5.9 von der Vertreterversammlung der Beklagten festgelegte Gefahrkategorie 3.5 zutreffend errechnet worden sei. Entsprechend dem Ergebnis der noch nachzuziehenden Überprüfung der Gefahrkategorie werde dann auch die Rechtmäßigkeit des Bescheides betreffend die Herabsetzung der Gefahrkategorie zu überprüfen sein.

In dem wiedereröffneten Berufungsverfahren hat die Beklagte das der Beschlussfassung der Vertreterversammlung zugrunde gelegte "Unfallverzeichnis 1978 - 1982" sowie eine im Zusammenhang mit der Aufstellung des Gefahrtarifs angefertigte Liste über die Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu den Tarifstellen 5.9 bzw. 5.10 vorgelegt. Im Termin zur Erörterung des Sachverhalts und zur Beweisaufnahme vom 27. Januar 1993 sind der seinerzeit als Referent im Budget- und Statistikbereich tätige Mitarbeiter der Beklagten HL. und die damals im Grundsatzreferat der AVM beschäftigte Mitarbeiterin MG. als Zeugen sowie der stellvertretende Hauptgeschäftsführer der Großhandels- und Lagerei-Berufsgenossenschaft US. als Sachverständiger gehört worden. Wegen der Angaben wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Die Beklagte ist der Ansicht, daß an der allein noch zu überprüfenden Richtigkeit der Berechnung der Gefahrkategorien für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 danach sowie nach der von ihr u.a. im Schriftsatz vom 21. November 1991 dargestellten Verfahrensweise kein Zweifel bestehen könne. Insbesondere stehe, fest, daß die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung aufgrund der jährlich für das Stammpersonal eingereichten Lohn- und Gehaltsnachweise (Formular I) sowie der für die Leiharbeitnehmer eingereichten Lohn- und Gehaltsnachweise (Formular II), in denen alle Leiharbeitnehmer mit ihren Lohnsummen bestimmten, mit Kennziffern versehenen Berufs- und Tätigkeitsgruppen (insgesamt 174) zugeteilt worden seien, zur Ermittlung des Zahlenmaterials für den neuen Tarif jeweils nur der Tarifsteile 5.9 oder 5.10 zugeordnet worden seien. Auch wenn die Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu den Gefahrtarifstellen 5.9 oder 5.10 nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nur anhand der von den Unternehmen nachgewiesenen Lohnsummen für das Jahr 1981 erfolgt sei, sei der Gefahrkategorienbildung nicht nur dieses Jahr, sondern entsprechend dem Gesetz selbstverständlich ein fünfjähriger Beobachtungszeitraum bzw. der im "Unfallverzeichnis" ausgewiesene Beobachtungszeitraum von 1978 bis 1982 zugrunde gelegt worden. Denn für die aufgrund der Lohnnachweise im Jahre 1981 den Tarifstellen 5.9 oder 5.10 zugeordneten Unternehmen seien sodann die Lohnsummen und Unfallneulasten der Jahre 1978 bis 1982 ermittelt, addiert und aus deren Gegenüberstellung schließlich die Gefahrkategorien errechnet worden. Daß dieses Verfahren im Rahmen der Aufstellung des Gefahrtarifs zulässig sei, ergebe sich schon daraus, daß auch die Veranlagung der Unternehmen zu Beginn einer Tarifzeit immer "für die Tarifzeit" erfolge. Außerdem müsse auch bei der Zusammenstellung des Zahlenmaterials für einen neuen Tarif der Grundsatz beachtet werden, daß den Berufsgenossenschaften nach dem Gesetz und der weitgehenden Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, u.a. im Zusammenhang mit der Veranlagung von Omnibusunternehmen, ein erheblicher Regelungs- und Anpassungsspielraum zuzugestehen sei.

Schließlich lasse sich auch aus dem Umstand, daß die Lohnsummen und Unfallneulasten der Tarifstellen 5.9 und 5.10 für die Jahre 1978 bis 1982 in einem späteren Vermerk vom 9. April 1986 anders als im "Unfallverzeichnis" ausgewiesen worden seien, kein Fehler herleiten. Dies erkläre sich dadurch, daß die spätere Überprüfung sich auf das ab 1. Januar 1984 mit der Einrichtung des AVM-Dialogsystems vorhandene Datenmaterial gestützt habe, das 1984 gelöschte Unternehmen mit Lohnsummen und Entschädigungsleistungen nicht mehr berücksichtige und deshalb mit dem dem Gefahrtarif zugrunde gelegten Datenbestand nicht identisch sein könne. Die Berechnung der Gefahrklassen entspreche damit insgesamt dem in der Rechtsprechung aufgestellten Maßstab, wonach sich die Gefahrklassen aus dem Verhältnis der in einem Gewerbebezirk im Beobachtungszeitraum erzielten Entgelte und der bestehenden Unfallbelastungen ergebe. Nach dem zurückverweisenden Urteil des BSG sei es ferner zulässig, die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung je nachdem, ob sie überwiegend Löhne an Arbeiter oder Angestellte zahlten, einer der Gefahrtarifstellen zuzuordnen. Auch eine Herabsetzung der für die Klägerin maßgeblichen Gefahrklassen 3.5 nach Teil II Nr. 2 des Gefahrtarifs komme nicht in Betracht. Der Umstand, daß die Klägerin nahezu oder ausschließlich büromäßiges Personal beschäftige, erfülle nicht das Tatbestandsmerkmal einer von der üblichen Betriebsweise der unter der Gefahrtarifstelle 5.9 zusammengefaßten Unternehmen erheblich abweichenden Betriebsweise. Das sei nicht unüblich, sondern begründe lediglich die Zuordnung zur Gefahrtarifstelle 5.9 mit der Gefahrklassen 3.5. Insgesamt seien in der Tarifzeit 1984 bis 1989 305 Herabsetzungen zugunsten der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erfolgt bei seinerzeit etwa an die 700 gemeldeten Unternehmen. Für eine Herabsetzung relevante Besonderheiten seien bei der Überprüfung der Betriebsweise der Klägerin anlässlich der Besichtigung vom 11. Dezember 1986 jedoch nicht festgestellt worden. Auch eine Überprüfung am 1. März 1989 nach einem darauf bezogenen "Programm" habe zu keinem anderen Ergebnis geführt. Insbesondere habe die Klägerin keine zusätzliche Verpflichtung zur Arbeitssicherheit in dem Umfang übernommen, bei dem eine Herabsetzung um 18 % erfolgen könne, da sie noch keinen Sicherheitsbeauftragten gehabt habe. Sie - die Beklagte - sei deshalb allenfalls im Vergleichswege bereit, der Klägerin gemäß Teil II Nr. 2 des Gefahrtarifs einen Nachlaß von 12,5 % zu gewähren, was die Klägerin jedoch ablehne. Ein weiteres Entgegenkommen sei auch nicht mit Rücksicht darauf möglich, daß den an sich ausschließlich der Tarifstelle 5.10 mit der Gefahrklassen 16 zuzuordnenden Unternehmen in der Praxis durch die tarifwidrige Veranlagung ihres "büromäßigen" Teils zur Tarifstelle 5.9 mit der Gefahrklassen 3.5 hinsichtlich dieses Teils schon regelmäßig ein Nachlaß von rund 75 % zugebilligt worden sei, da sie nunmehr verpflichtet sei, rechtmäßig zu verfahren.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 24. November 1993 haben die Beteiligten bezüglich der Beiträge für die Jahre 1986 bis 1988 einen Teilvergleich dahin geschlossen, daß diese Beiträge entsprechend dem rechtskräftigen Urteil im vorliegenden Verfahren erhoben werden.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 29. August 1989 aufzuheben und die Klagen abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen

Sie macht unter Hinweis auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 16. Dezember 1991 - 1 BvR 1604/91 - über die Nichtannahme ihrer Verfassungsbeschwerde u.a. gegen das zurückverweisende Urteil des BSG zunächst geltend, daß der Senat an die rechtliche Beurteilung des BSG nicht gebunden sei, da der Vorsitzende des erkennenden Senats aufgrund nachträglich bekanntgewordener Umstände wegen Befangenheit abzulehnen gewesen wäre, insbesondere aber die tatsächlichen Grundlagen der rechtlichen Beurteilung des BSG nicht zuträfen. Kernpunkt der für die Zurückverweisung maßgeblichen abweichenden Auffassung des BSG sei, daß für Arbeitnehmerüberlassungsbetriebe eine gewerbetypische Unfallgefahr bestehe, wobei der Gesichtspunkt "Wegeunfall" eine Rolle gespielt habe, zu dem sie sich unter Verstoß gegen [Art. 103 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) im Revisionsverfahren nicht äußern können. Offensichtlich sei das BSG davon ausgegangen, daß die Wegeunfallgefahr bei der Arbeitnehmerüberlassung wesentlich höher als bei anderen Betrieben oder jedenfalls so hoch sei, daß man von einer gewerbetypischen Unfallgefahr ausgehen könne. Das genaue Gegenteil sei indes der Fall, wie sich aus der Unfallstatistik ergebe, die für Unternehmen der Arbeitnehmerüberlassung eine geringere Anzahl der Wegeunfälle an den gesamten Unfällen als bei anderen Unternehmen ausweise. Im übrigen seien die Gefahrklassen der Tarifstellen 5.9 und 5.10 fehlerhaft berechnet worden. Die von der Beklagten für die unterschiedliche Ausweisung der Lohnsummen und Unfallneulasten im "Unfallverzeichnis" einerseits und dem Vermerk vom 9. April 1986 andererseits gegebene Erklärung lasse jedenfalls keine Rückschlüsse darauf zu, daß das Datenmaterial der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung den Gefahrtarifstellen 5.9 und 5.10 seinerzeit korrekt zugeordnet worden sei. Vielmehr stehe nunmehr fest, daß dies tatsächlich nicht geschehen sei. Denn die Beklagte habe zur Berechnung der Gefahrklassen der Tarifstellen 5.9 und 5.10 die Lohnsummen der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht rückwirkend für die Jahre 1978 bis 1982 nach den Kriterien des am 1. Januar 1984 in Kraft getretenen Gefahrtarifs neu aufgeteilt. Bei der Erstellung des Gefahrtarifs habe man offensichtlich noch nicht einmal gewußt, wie man die Zuordnung der Unternehmen nach den im Gefahrtarif festgelegten und in der Rechtsprechung gänzlich unbekannten Unterscheidungsmerkmalen "büromäßiger Bereich" und "nicht büromäßiger Bereich" habe vornehmen wollen. Das von der Beklagten schriftsätzlich angeführte Unterscheidungsmerkmal "Arbeiterrenten- und Angestelltenversicherung" sei erst nach Verabschiedung des Gefahrtarifs auf Vorschlag des Vorsitzenden des Bundesverbandes Zeitarbeit (BZA) für die Veranlagung der Unternehmen eingeführt worden. Wenn bei der Aufstellung des Gefahrtarifs nach diesem Merkmal nicht unterschieden worden sei, frage es sich aber, auf welche andere Weise die Zuordnung der Unternehmen nach den Kennziffern des Lohn- und Gehaltsnachweisformulars II erfolgt sei bzw. zulässigerweise habe erfolgen können. Dem Schriftsatz der Beklagten vom 30. Juni 1987 könne entnommen werden, daß selbst bei einer Besprechung im Bundesversicherungsamt am 3. April 1984 noch keine Zuordnung der Kennziffern für die Tätigkeiten von Leiharbeitnehmern nach den Kriterien "büromäßig" oder "gewerblich" vorgenommen worden sei. Ferner habe die Beweisaufnahme ergeben, daß die Zeitarbeitsunternehmen überhaupt erstmals für das Jahr 1981 neben dem Lohn- und Gehaltsnachweisformular I einen nach 174 Tätigkeiten aufgesplitteten Lohn- und Gehaltsnachweis gemäß dem Formular II abgegeben hätten und auch nur dieses eine Jahr und nicht ein Beobachtungszeitraum von mindestens fünf Jahren der Beklagten letztlich als Grundlage für die Berechnung der neuen Gefahrklassen gedient habe. Das Hochrechnen der Daten aufgrund der nur für ein Jahr (1981) vorgenommenen Zuordnung der Unternehmen zu den Gefahrtarifstellen 5.9 und 5.10 auf einen Fünfjahreszeitraum (1978 bis 1982) bzw. die Verteilung der Lohnsummen und Unfalllasten aus fünf Jahren auf den "büromäßigen" und "nicht büromäßigen" Bereich anhand einer äußerst fraglichen Momentaufnahme des Jahres 1981 werde den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufstellung des Gefahrtarifs nicht gerecht und könne keinen Bestand haben. In diesem Zusammenhang wäre es auch von Interesse zu wissen, ob das Bundesversicherungsamt in Berlin als Aufsichtsbehörde über die Art und Weise der Gefahrklassenberechnung mit denkbar geringem Aufwand bzw. über die praktische Verkürzung des im "Unfallverzeichnis" angegebenen Beobachtungszeitraums von fünf Jahren auf ein Jahr informiert und seine Genehmigung in Kenntnis dieses Tatbestandes gegeben habe. Was die Herabsetzung der Gefahrklassen nach Teil II Nr. 2

des Gefahrtarifs betreffe, so widerspreche die Auffassung der Beklagten, daß eine ausschließliche Betriebstätigkeit im "büromäßigen" Bereich kein Gesichtspunkt für eine Herabsetzung sein könne, dem von ihr selbst aufgestellten Kriterienkatalog, der u.a. auch darauf abstelle, ob angestelltenversicherungspflichtige Leiharbeitnehmer nur an wenige Entleiher in wenigen büromäßigen Bereichen verliehen würden. Nach der Aussage der Zeugin G. hätten Unternehmen wie das ihre auch mit Erfolg Herabsetzungsanträge stellen können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakte Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist begründet, soweit das SG der Anfechtungsklage gegen den Veranlagungsbescheid vom 26. November 1984 und die Beitragsbescheide für die Jahre 1984 und 1985 auch hinsichtlich der darin vorgenommenen Veranlagung der Klägerin zur Tarifstelle 5.9 des am 1. Januar 1984 in Kraft getretenen Gefahrtarifs stattgegeben hat. Denn der Senat ist an die Rechtsauffassung des BSG gebunden, daß die Beklagte für die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung wegen einer sie kennzeichnenden gemeinsamen gewerbetypischen Unfallgefahr gesonderte Tarifstellen schaffen durfte, auch die konkret geschaffenen Tarifstellen 5.9 und 5.10 rechtmäßig sind und die - ausschließliche - Einstufung der Klägerin in die Gefahrtarifstelle 5.9 u.a. für die Jahre 1984 und 1985 in den angefochtenen Bescheiden rechtlich nicht zu beanstanden ist. Infolgedessen mußte die Klage der Klägerin abgewiesen werden, soweit mit ihr die im Veranlagungsbescheid und in den Beitragsbescheiden vorgenommene Zuordnung ihres Unternehmens zur Tarifstelle 5.9 des am 1. Januar 1984 in Kraft getretenen Gefahrtarifs angegriffen wurde. Die Auffassung der Klägerin, daß der Senat insoweit zu einer erneuten Überprüfung und Beurteilung berechtigt bzw. verpflichtet sei, weil bei der Annahme einer gewerbetypischen Unfallgefahr der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung der Gesichtspunkt "Wegeunfall" bzw. die Auffassung des BSG eine Rolle gespielt habe, daß die Wegeunfallgefährdung bei der Arbeitnehmerüberlassung wesentlich höher oder jedenfalls so hoch sei, daß man deswegen - von einer gewerbetypischen Unfallgefahr ausgehen könne, kann nicht gefolgt werden. Den Ausführungen des BSG hierzu auf Seite 9 seines Urteils ist weder zu entnehmen, daß der Gesichtspunkt Wegeunfallgefahr alleiniger oder jedenfalls ausschlaggebender Grund dafür war, für die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung von einer gemeinsamen gewerbetypischen Unfallgefahr auszugehen, noch kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, ob die Wegeunfallgefährdung dieser Unternehmen nun tatsächlich höher oder geringer als bei anderen Unternehmen einzuschätzen ist. Auch wenn das Wegeunfallrisiko entsprechend der Behauptung der Klägerin bei den Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich geringer einzustufen wäre, wäre dies ggf. "gewerbetypisch". Abgesehen davon ist auch der Senat in seinem früheren Urteil im Ergebnis davon ausgegangen, daß die Beklagte für den Gewerbebezweig der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zwar möglicherweise nicht nur eine einzige, grundsätzlich jedoch durchaus mehrere gesonderte Tarifstellen schaffen dürfe. Beanstandet wurde letztlich die konkret vorgenommene Gefahrtarifen- und Gefahrtariffklassenbildung für diesen Gewerbebezweig in den beiden Tarifstellen 5.9 und 5.10, weil sie unter dem Gesichtspunkt der Risikoabstufung zu keinem sachgerechten Ergebnis führe, wegen der unklaren Abgrenzung der Tarifstellen außerdem nicht praktikabel und zuverlässig kontrollierbar und deswegen auch nicht für eine Übergangszeit hinzunehmen sei. Das hat das BSG - für den Senat bindend - aber anders gesehen.

Zu prüfen war danach nur noch, ob die für die Gefahrtarifstelle 5.9 von der Vertreterversammlung festgelegte und in den angefochtenen Veranlagungsbescheid sowie den Beitragsbescheiden für die Klägerin festgesetzte Gefahrtariffklasse 3.5 zutreffend berechnet worden ist. Das ist nicht der Fall, so daß es bezüglich der Gefahrtariffklasse bei der die angefochtenen Bescheide aufhebenden Entscheidungen des SG bleiben und die Anfechtungsklage Erfolg haben mußte.

Das Gesetz regelt das Verfahren bei der Aufstellung und Änderung des Gefahrtarifs und der Bildung der Gefahrtariffklassen nur im Grundsätzlichen (§ 731 Abs. 1 und 2 Reichsversicherungsordnung -RVO-). Die Gefahrtariffklassen für den vom 1. Januar 1984 bis 31. Dezember 1989 geltenden Gefahrtariff wurden nach dem von der Beklagten vorgelegten und von der Vertreterversammlung der Beschlussfassung zugrunde gelegten "Unfallverzeichnis" aus dem Verhältnis der im Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982 in den einzelnen Gewerbebezweigen der Tarifstellen erzielten Entgelte zu den Entschädigungen (Neulast aus Arbeitsunfällen, Wegeunfällen und Berufskrankheiten) errechnet, wobei die Ergebnisse der Rechnung als Belastungsziffern gekennzeichnet wurden. Diese ergaben nach Festsetzung der niedrigsten Belastungsziffer mit der Gefahrtariffklasse 1 und Umrechnung aller höheren Belastungsziffern auf 1 dann die gerundeten - Gefahrtariffklassen. Speziell für die Tarifstelle 5.9 wurde auf diesem Wege die Belastungsziffer 1.33 und die Gefahrtariffklasse 3.5 und für die Tarifstelle 5.10 die Belastungsziffer 5.10 und die Gefahrtariffklasse 16 ermittelt. Gegen dieses Verfahren ist im Prinzip nichts einzuwenden. Insbesondere ist auch eine unter Heranziehung der Faktoren Entgelt und Unfalllast errechnete Belastungsziffer grundsätzlich ein verwertbarer Maßstab für die Beurteilung der Unfallgefahr in den verschiedenen Gewerbebezweigen, auch wenn sie wegen der Berücksichtigung dieser Faktoren die tatsächlich vorhandene Unfallgefahr nur annähernd zum Ausdruck bringt (BSG [SozR 2200 § 731 Nr. 2](#))

Dieses im "Unfallverzeichnis" dokumentierte Verfahren der Gefahrtariffklassenberechnung ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig. Unstreitig oder jedenfalls von der Klägerin nicht substantiiert bestritten ist ferner, daß die unter den Tarifstellen 5.9 und 5.10 im "Unfallverzeichnis" aufgeführten Lohnsummen und Unfallneulasten zusammengerechnet die Gesamtlohnsumme und die gesamte Unfallneulast der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im angegebenen Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982 repräsentieren. Für die Abweichung der sich aus dem "Unfallverzeichnis" ergebenden Gesamtlohnsumme und gesamten Unfalllast der Tarifstellen 5.9 und 5.10 von den Zahlen im Vermerk vom 9. April 1986 hat die Beklagte eine einleuchtende Erklärung gegeben. Soweit von der Klägerin bestritten wird, daß die Aufteilung der gesamten Lohnsummen und der gesamten Unfallneulasten der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung auf die für diesen Gewerbebezweig geschaffenen zwei Tarifstellen 5.9 und 5.10 unzutreffend sei, ist zwar zu sagen, daß auch insoweit sicherlich nicht jeder geltend gemachte x-beliebige Fehler bei der Ermittlung der Lohnsummen und Unfallneulasten, der bei genauer Prüfung wohl immer zu finden sein wird, Beachtung finden kann. Andererseits gilt, daß der Gefahrtariff als wesentlicher Faktor bei der gerechten Verteilung der Beiträge hinsichtlich seines Zustandekommens strengen versicherungsmathematischen Grundsätzen aufgrund von gesichertem Zahlenmaterial unterliegt. Es kommt deshalb darauf an, ob Fehler gemacht wurden, die die statistische Signifikanz des Zahlenmaterials für die Tarifstelle derart in Frage stellen, daß die auf der Basis dieses Zahlenmaterials berechnete Belastungsziffer nicht mehr als ein verwertbarer Maßstab für die Beurteilung der Unfallgefahr der unter der Tarifstelle zusammengefaßten Unternehmen angesehen werden kann. Das ist nach Überzeugung des Senats der Fall.

Die erhobenen Beanstandungen der Klägerin betreffen die zutreffende Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen

Arbeitnehmerüberlassung zu den Tarifstellen 5.9 und 5.10 bei der Ermittlung des Zahlenmaterials für den ab 1. Januar 1984 geltenden Gefahrtarif, die für die Aussagekraft des Zahlenmaterials (Lohnsumme/Unfallneulast) von grundsätzlicher Bedeutung ist. Denn Entgelte, Unfälle und Entschädigungsleistungen lassen sich nur dann richtig den Tarifstellen zuordnen, wenn die primär erst einmal vorzunehmende Zuordnung der Unternehmen nach den für die Tarifstellen konkret bestimmten Zuordnungskriterien richtig ist. Dies ist hier aber unter mehreren Gesichtspunkten zu verneinen.

Als ausgeräumt angesehen werden kann allerdings die sich u.a. insbesondere aus der tarifwidrigen Veranlagungspraxis der Beklagten sowie der später erstellten "Lohnsummenliste 1984" ergebende Vermutung, daß auch bei der Ermittlung des dem Gefahrtarif zugrunde gelegten Zahlenmaterials eine Zuordnung der Unternehmen mit "büromäßigem" und "nicht büromäßigem" Bereich zu beiden Tarifstellen erfolgte. Das von der Beklagten vorgelegte "Unfallverzeichnis" besagt zwar u.a. zu dieser Frage nichts, da es nur das addierte Zahlenmaterial nach bereits erfolgter Zuordnung der Unternehmen ausweist. Aus den von der Beklagten vorgelegten und laut Aussage des Zeugen L. aufgrund der Auswertung der Lohn- und Gehaltsnachweise 1981 erstellten Listen, in denen hinter den einzelnen Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung jeweils immer nur eine Tarifstelle - 5.9 oder 5.10 - aufgeführt wurde, muß jedoch entnommen werden, daß die Unternehmen zumindest bei der Aufstellung des Zahlenmaterials für den Gefahrtarif entweder nur der Tarifstelle 5.9 oder der Tarifstelle 5.10 zugeordnet und die zugehörigen Lohnsummen und Unfallneulasten dementsprechend auch nur einer Tarifstelle zugerechnet wurden. Das ist auch von den gehörten Zeugen bestätigt worden.

Es ist jedoch zunächst nicht ersichtlich, daß die Ermittlung des Zahlenmaterials für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 unter Beachtung der im Gefahrtarif festgelegten Zuordnungskriterien "büromäßiger Bereich"/"nicht büromäßiger Bereich" ordnungsgemäß erfolgte. Bei diesen Begriffen handelt es sich nicht um allgemein gebräuchliche und inhaltlich festgelegte Begriffe des Tarifrechts. Es kann nur gesagt werden, daß zum Beispiel unter dem "Büroteil" eines einzelnen Unternehmens in Abgrenzung zu seinem gewerblich/technischen Bereich nach den Regelungen in den Gefahrtarifen verschiedener Berufsgenossenschaften im Prinzip der kaufmännische und verwaltende Teil des Unternehmens bzw. die Verrichtung kaufmännisch/technisch verwaltender Tätigkeiten im Büro verstanden werden, wobei die Definitionen im einzelnen jedoch sehr unterschiedlich sein können und in die Entscheidung der berufsgenossenschaftlichen Selbstverwaltungsorgane gestellt sind (s. Schulz, Grundfragen des berufsgenossenschaftlichen Gefahrtarifs 1989, Ziff. 1.1, Seite 35 ff.). Weder von der Vertreterversammlung der Beklagten noch von dem für die Aufstellung des "Unfallverzeichnisses" zuständigen Vorstand (S 731 RVO) ist seinerzeit jedoch näher festgelegt bzw. nachprüfbar schriftlich fixiert worden, was auf dem speziellen Gebiet der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung unter "büromäßiger Bereich" und "nicht büromäßiger Bereich" verstanden wurde und werden sollte. Folgt man dem Vortrag der Beklagten noch im Schriftsatz vom 21. November 1991, so wurden in der Praxis bei der Ermittlung des Zahlenmaterials für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 der Begriff "büromäßiger Bereich" mit der Versicherungspflicht in der Angestelltenrentenversicherung und der Begriff "nicht büromäßiger Bereich" mit der Versicherungspflicht in der Arbeiterrentenversicherung gleichgesetzt und danach zum Beispiel dem "büromäßigen Bereich" die Kennziffern des Lohn- und Gehaltsnachweises (Formular II) 006 (büro- und kaufmännisches Personal), 067 (Ingenieure (einschließlich Maschinenbau mit überwiegend konstrukt. Aufgaben)), 086 (Technischer Zeichner/in) und 102 (Apothekenpersonal) zugeordnet. Daß dies der im Gefahrtarif tatsächlich getroffenen Abgrenzungsregelung widerspricht, ist offenkundig. Angestelltenversicherungspflichtig wären von den im Formular II aufgeführten Berufs- und Tätigkeitsgruppen u.a. auch: 021 (Krankenschwester/-pflegerin), 025 (medizinisch-technische Assistentin), 047 (Arzthelferin), 048 (Bauleiter), 059 (Friseur), 065 (Hostessen), 085 (Techniker überwiegend Außendienst -), 091 (Laborant), 135 (Schaufenster-/Innendekorateur), 146 (Verkaufsberaterin), 156 (Augenoptiker), 169 (Film- und Kameramann, auch Assistenten). Diese Berufs- und Tätigkeitsgruppen gehören weder nach der eigenen Unterscheidung der Beklagten im Formular II zum Büropersonal (006), noch lassen sie sich dem möglicherweise etwas weiter zu definierenden Begriff "büromäßiger Bereich" vom allgemeinen Wortsinn her zuordnen. Allerdings ist das Abgrenzungsmerkmal Angestelltenversicherung/Arbeiterrentenversicherung nach dem eigenen Vortrag der Klägerin sowie den Aussagen der Zeuge L. und G. in Wirklichkeit auch erst nach Verabschiedung des Gefahrtarifs auf Anregung des BZA für die Veranlagungspraxis entwickelt worden. Die berechnete Frage der Klägerin, wie dann der Begriff "büromäßiger Bereich" bei der zuvor stattgefundenen Ermittlung des Zahlenmaterials für den Gefahrtarif ausgelegt wurde, hat der Zeuge L. dahin beantwortet, daß auf Vorschlag von Fachleuten der Beitragsabteilung diesem Bereich - nur - die im Schriftsatz der Beklagten vom 21. November 1991 noch beispielhaft genannten Kennziffern 006 (Büro- und kaufmännisches Personal), 067 (Ingenieur (einschließlich Maschinenbau mit überwiegend konstrukt. Aufgaben)), 086 (Technischer Zeichner/in) und 102 (Apothekenpersonal) zugerechnet worden seien. Dazu ist zwar zu sagen, daß es schon sehr erstaunt, warum diese Interpretation des Begriffs "büromäßiger Bereich" von der Beklagten selbst zuvor nicht vorgetragen wurde. Der Senat sieht allein darin jedoch keinen hinreichenden Grund, an der Richtigkeit der Darstellung des Zeugen L. zu zweifeln, zumal sich aus weiteren Äußerungen der Beklagten z.B. in einem Vertragsentwurf mit dem BZA (Bl. 358 Gerichtsakten) und in ihren Schriftsätzen vom 30. Juni 1987 und 30. November 1987 zusätzliche Bedenken nicht herleiten lassen. Denn diese Äußerungen sind mit der Klägerin nicht zwingend dahin zu interpretieren, daß selbst bei Inkrafttreten des Gefahrtarifs bzw. im Zeitpunkt einer Besprechung im Bundesversicherungsamt am 3. April 1984 die einzelnen Kennziffern für die Tätigkeiten von Leiharbeitnehmern nach den Kriterien "büromäßig" und "nicht büromäßig" überhaupt noch nicht unterschieden worden waren, weil dies nicht für erforderlich gehalten wurde. Vielmehr können sie vor dem Hintergrund der um den Gefahrtarif entstandenen streitigen Diskussion und der vereinbarten tarifwidrigen Veranlagungspraxis auch dahin verstanden werden, daß zuvor bei der Aufstellung des Gefahrtarifs noch keine Zuordnung der Kennziffern zum "nicht büromäßigen" und "büromäßigen" Bereich, d.h. noch keine Zuordnung der Zeitarbeitsunternehmen zu beiden Gefahrtarifstellen nach diesen Kriterien erfolgt war. Hinzu kommt, daß auch die Zeugin G. zumindest allgemein das Vorhandensein eindeutiger Kriterien bei der Berechnung der Gefahrklassen bestätigt hat. Die Auslegung des Begriffs "büromäßiger Bereich" entsprechend der vom Zeugen L. dargestellten und vom Senat zugrunde gelegten Praxis bei der Sammlung des Zahlenmaterials begegnet indes ebenfalls Bedenken. So mag zwar die Zuordnung von Technischen Zeichnern sowie von Ingenieuren zum "büromäßigen Bereich" nach der Unterscheidung der Berufs- und Tätigkeitsgruppen durch die Beklagte gemäß Formular II noch eine gewisse Logik haben, sofern diese Personen nicht überwiegend im Außendienst eingesetzt sind, da die Beklagte unter dieser Voraussetzung zum Beispiel auch den Techniker zum Büropersonal rechnet (s. Kennziffer 085). Das gilt indes nicht für überwiegend im Außendienst eingesetzte Ingenieure. Daß das Apothekenpersonal im "büromäßigen Bereich" tätig ist, ist ebenfalls nicht mehr nachvollziehbar. Auch "kaufmännisches Personal", das nicht im Bürobereich eingesetzt, sondern mit dem Verkauf von Waren zum Beispiel in Ladenlokalen oder im Außendienst befaßt ist, ist nach allgemeinem Verständnis durchaus nicht im "büromäßigen Bereich" tätig, so daß sich auch die volle Erfassung der Kennziffer 006 (Büro- und kaufmännisches Personal) unter dem Begriff "büromäßiger Bereich" ohne entsprechende ausdrückliche tarifliche Festlegung nicht aufdrängt. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Beklagte bzw. ihre Beitragsabteilung anders als bei der Anwendung eines Gefahrtarifs (s. BSG [SozR 2200 § 730 Nr. 2](#)) bei seiner Aufstellung und der Sammlung des Zahlenmaterials einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum hat und Lücken oder Unklarheiten der tariflichen Regelung durch eigene Interpretationen beliebig ausfüllen und verbindlich festlegen kann. Ebensowenig kann dahin argumentiert werden, daß sich die

Vertreterversammlung die von der Beitragsabteilung vorgenommene Definition der Begriffe "büromäßiger Bereich"/"nicht büromäßiger Bereich" schließlich zu eigen gemacht bzw. durch Beschlussfassung auf der Grundlage des so ermittelten Zahlenmaterials selbst inhaltlich festgelegt hat. Welcher genaue Sinngehalt für diese Begriffe im Wege der Auslegung nun verbindlich zu ermitteln ist, kann dahinstehen. Fest steht, daß die von der Beitragsabteilung bei der Ermittlung des Zahlenmaterials (Entgelte/Unfalllasten) für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 zugrunde gelegte Interpretation aus den dargelegten Gründen die Grenzen einer möglichen Auslegung jedenfalls überschreitet und das darauf basierende Verfahren schon deshalb fehlerhaft war.

Bezüglich des weiteren Zuordnungskriteriums "überwiegend" hatte die Beklagte auf eine Anfrage des BZA vom 9. Juni 1983 nach Genehmigung des Gefahrtarifs am 3. August 1983 mit Schreiben vom 16. August 1983 erwidert, daß dafür nach ihrer Auffassung die Merkmale "Anzahl der Personen", "Lohnsumme" und "geleistete Arbeitsstunden" heranzuziehen und diese "unterschiedlich zu gewichten" seien. Sie erarbeite zur Zeit eine entsprechende Verfahrensrichtlinie und sei dankbar, wenn der BZA ihr dazu seine Vorstellungen übermitteln könne. Daraus müßte eigentlich gefolgert werden, daß man bei der Zusammenstellung des Zahlenmaterials für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 zumindest insoweit noch gar keine genaue Vorstellung hatte. Wie von der Beklagten zwischenzeitlich schriftsätzlich vorgetragen und von den Zeugen bestätigt wurde, soll es tatsächlich nun aber so gewesen sein, daß anhand der Lohn- und Gehaltsnachweise festgestellt wurde, welche Lohnsumme unter dem von der Beitragsabteilung als "büromäßig" definierten Bereich (Kennziffern 006, 067, 086, 102) nachgewiesen wurden und in welchem Verhältnis sie zu den übrigen unter anderen Kennziffern nachgewiesenen Lohnsummen standen. Sofern die Lohnsumme der vier Kennziffern mehr als 50 % betragen habe, sei das Unternehmen der Gefahrtarifstelle 5.9, andernfalls der Gefahrtarifstelle 5.10 zugeordnet worden. Das steht nicht im Einklang mit der tariflichen Regelung, die für die Abgrenzung der Tarifstellen darauf abstellt, ob in den Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung überwiegend Personen tätig sind, die in den büromäßigen oder in den nicht büromäßigen Bereich fallen. Davon ist offenbar auch das BSG (Seite 10 des Urteils) letztlich ausgegangen, wenn es zwar einerseits von einer Festlegung der Tarifstellen 5.9 und 5.10 "nach überwiegend anfallenden Tätigkeiten innerhalb und außerhalb des büromäßigen Bereichs" spricht, nach Erwähnung der Schwierigkeiten bei der Auslegung des Begriffs "überwiegend" dann aber ausführt: "Bei der von der Beklagten beschlossenen Untergliederung sind durchaus ganz erhebliche gegebenenfalls nur von wenigen Arbeitskräften abhängige unterschiedliche Belastungen einzelner Unternehmen zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung je nach dem Prozentsatz der Arbeitnehmer im büromäßigen Bereich einerseits und im gewerblichen Bereich andererseits möglich." Daß zur Berechnung der Belastungsziffern für die den Tarifstellen des Gefahrtarifs zugeordneten Unternehmen die Lohnsummen grundsätzlich ein zulässiger Faktor sein können, heißt nicht, daß auch die zunächst einmal vorzunehmende Zuordnung der Unternehmen zur Tarifstelle selbst nach der Lohnsumme erfolgen kann, wenn die tarifliche Regelung dafür auf die "Personen" und damit auf die Anzahl der Arbeitskräfte in dem einen oder anderen Bereich und nicht auf die Tätigkeiten und damit möglicherweise auf die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden und/oder erzielten Lohnsummen in dem einen oder anderen Bereich abstellt.

Des weiteren hat die Vernehmung des Zeugen L. ergeben, daß bei der Ermittlung des Zahlenmaterials eine Zuordnung der bei der Beklagten gemeldeten Verleihunternehmen zur Gefahrtarifstelle 5.9 oder 5.10 ausschließlich anhand der Lohn- und Gehaltsnachweise für das Jahr 1981 und nur bezüglich neu aufgenommener Unternehmen noch anhand der Lohn- und Gehaltsnachweise 1982 erfolgte. Im übrigen wurde für die Zuordnung der Unternehmen in den weiteren vier Jahren des angegebenen Beobachtungszeitraums, d.h. von 1978 bis 1980 und 1982, die für das Jahr 1981 festgelegte Zuordnung ohne Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse als maßgebend angesehen. Entsprechend dieser für ein einziges Jahr erfolgten und fiktiv auf insgesamt fünf Jahre fortgeschriebenen Zuordnung der Unternehmen wurden dann die zugehörigen Lohnsummen und Entschädigungsleistungen für den Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982 aus der Datenverarbeitung abgerufen, für die Berechnung der Belastungsziffern addiert und gegenübergestellt. Daß eine genaue Zuordnung der Unternehmen anhand der Lohn- und Gehaltsnachweise für die Jahre 1978 bis 1980 gemäß der von der Klägerin aufgegriffenen Aussage des Zeugen L. auch gar nicht möglich gewesen wäre, weil vor 1981 nur das Formular I und nicht auch das Formular II von den Unternehmen eingereicht worden sei, ist nach dem schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten und ihrer Vertreterinnen im Termin zur mündlichen Verhandlung, daß beide Formulare im gesamten Zeitraum Verwendung fanden, nicht richtig und widerspricht grundsätzlich auch dem Umstand, daß ab 1978 ein Tätigkeitstarif galt, der entsprechende Lohn- und Gehaltsnachweise erforderte. Offenbar wurde hier nur dem nach Aussage des Zeugen L. bestehenden Auftrag der Selbstverwaltungsorgane an die Verwaltung Rechnung getragen, "den Umstellungsaufwand für den neuen Gefahrtarif möglichst gering zu halten". Tatsache bleibt in jedem Fall, daß die Zuordnung der Unternehmen zu den Tarifstellen 5.9 und 5.10 im Beobachtungszeitraum 1979 bis 1982 nur aufgrund der Erkenntnisse eines Jahres erfolgte. Insoweit stellt sich zwar nicht die Frage, ob ein von der in § 731 Abs. 1 RVO genannten "Mindest-Zeit von fünf Jahren abweichender Beobachtungszeitraum z.B. von einem Jahr zulässig ist. Denn die in dem der Vertreterversammlung vorgelegten "Unfallverzeichnis" unter den Tarifstellen 5.9 und 5.10 aufgelisteten Lohnsummen und Unfallneulasten beziehen sich nicht nur auf ein Jahr bzw. auf das Jahr 1981, sondern auf den gesamten ausgewiesenen Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982. Die Frage kann insoweit deshalb nur die sein, ob die für die Aufteilung des im Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982 vorliegenden Zahlenmaterials der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung bzw. für die Ermittlung des Zahlenmaterials für die Tarifstelle 5.9 einerseits oder 5.10 andererseits gewählte "Zuordnungsbasis" von einem Jahr (1981) ausreichend und akzeptabel ist. Das ist nach Überzeugung des Senats zu verneinen. Daß die Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und damit auch die Zuordnung der Lohnsummen und Unfallneulasten bezogen auf alle fünf Jahre des Beobachtungszeitraums bei einem solchen Verfahren nicht zutreffend sein kann, liegt nach der Art des Gewerbebezweiges und der Abgrenzung der für ihn vorgesehenen Tarifstellen auf der Hand, die geringe bzw. geringste Verschiebungen ausreichen läßt, um die Maßgeblichkeit der einen oder anderen Tarifstelle zu begründen. Da es sich bei den Verleihunternehmen um sehr flexibel auf Marktlücken reagierende Unternehmen handelt, können sogar Unternehmen, die in einem Jahr nur büromäßig verliehen haben, durchaus im folgenden Jahr auch ausschließlich im gewerblichen Bereich tätig werden (s. Vermerk der Zeugin G. vom 9. April 1986). Ebenso wie es nach § 734 Abs. 2 RVO trotz des Wortes "kann" nicht in das Ermessen der Berufsgenossenschaft gestellt wird, nach der Veranlagung der Unternehmen für die Tarifzeit in den Unternehmen eingetretene Änderungen zu berücksichtigen oder nicht berücksichtigen, die sich auf die Einteilung zum Gefahrtarif auswirken (s. BSG SozR 2200 § 734 Nr. 5, wo allein auf das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen abgestellt wurde; Lauterbach/Watermann, Unfallversicherung, 3. Aufl., Anm. 6 und 9 b zu § 734), kann es auch grundsätzlich nicht im Ermessen der Berufsgenossenschaft liegen, derartige Änderungen bei der Ermittlung des Zahlenmaterials für die Gefahrklassenbildung zu beachten oder nicht zu beachten. Bei einem Überwechseln zur Tarifstelle eines völlig anderen Gewerbebezweiges ist das offenkundig. Daß beide Tarifstellen 5.9 und 5.10 den Bereich der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung betreffen, diesen unterteilen und die Betriebe einem häufigen Wechsel unterliegen, kann allein nicht die Anwendung anderer Grundsätze bei der Gefahrklassenberechnung für die unter diesen Tarifstellen zusammengefaßten Unternehmen rechtfertigen, da diese Unterscheidung schließlich in gleicher Weise der Abstufung der Unternehmen nach der durchschnittlichen Unfallgefahr ausgedrückt durch die Gefahrziffer dienen soll und muß. Die Nichtberücksichtigung von Zahlen einer Tarifstelle und/oder die

Berücksichtigung von Zahlen einer anderen Tarifstelle verschiebt aber den Tarifstellendurchschnitt.

Soweit die Beklagte sich in diesem Zusammenhang auf den den Berufsgenossenschaften bei der Abstufung nach Gefahrklassen durch einen Gefahrtarif von der Rechtsprechung (insbesondere BSG [SozR 2200 § 731 Nr. 2](#)) zugebilligten erheblichen zeitlichen Anpassungsspielraum und erheblichen Regelungsspielraum bezieht, ist ihr zwar zuzugeben, daß sich von daher auch die Notwendigkeit einer "richtigen Berechnung" der Gefahrklassen unter den genannten Gesichtspunkten möglicherweise nicht mehr unbedingt aufdrängt, insbesondere wenn es nur noch um den Zeitraum einer Tarifzeit geht. Dabei ist zum einen jedoch zu berücksichtigen, daß den Berufsgenossenschaften der erhebliche Regelungsspielraum u.a. deshalb zugestanden wird, weil ihnen bei komplexen Sachverhalten und sich sprunghaft entwickelnden und verändernden Verhältnissen die Möglichkeit gegeben werden soll, weitere Erfahrungen zu sammeln und Klarheit zu gewinnen. Insoweit erscheint es nicht angebracht, sich auf diesen Spielraum zu beziehen, wenn - wie hier - bei bestehendem Tarifsysteem im Hinblick auf eine beabsichtigte Änderung dieses Systems auf das zumutbare und mögliche Sammeln von Erkenntnissen und die Gewinnung größerer Klarheit gerade bewußt verzichtet wird und Mängel in Kauf genommen werden, um den Verwaltungsaufwand möglichst gering zu halten. In irgendeiner Form hat die Berufsgenossenschaft bei der Aufstellung eines neuen Gefahrtarifs neben ihren eigenen verwaltungsmäßigen Belangen auch noch die Interessen ihrer Mitglieder im Auge zu behalten und sich demgemäß zumindest um aussagekräftiges und richtiges Zahlenmaterial für die Berechnung der Gefahrklassen der im einzelnen gebildeten Tarifstellen zu bemühen und dabei vor allem für alle Tarifstellen auch nach einheitlichen Grundsätzen zu verfahren. Zum anderen ist dem Senat durch das BSG verbindlich aufgegeben worden, die zutreffende Errechnung der für die Tarifstelle 5.9 festgelegten Gefahrklassen 3.5 zu überprüfen, die die Klägerin bereits im früheren Verfahren gerügt hatte. Daß diese Rüge der Klägerin von Anfang an die richtige Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und damit die richtige Zuordnung der Lohnsummen und Unfallkosten zu den Tarifstellen 5.9 und 5.10 betraf, ist auch nicht ersichtlich, daß diese Prüfung mit der Feststellung beendet sein könnte, daß bei der Berechnung der Gefahrklassen für die Tarifstelle 5.9 grundsätzlich zulässige Faktoren wie Entgelt und Unfallkosten gemäß der im zurückverweisenden Urteil zitierten Entscheidung des BSG ([SozR 2200 § 731 Nr. 2](#)) gewählt wurden, was nie streitig war, und die allein streitige Frage, wie und nach welchen Kriterien diese Faktoren für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 konkret ermittelt wurden, rechtlich unerheblich ist. Auch aus dem Umstand, daß das BSG den "Schwierigkeiten" bei der Auslegung der für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 gewählten Zuordnungs- und Abgrenzungskriterien im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Tarifstellen keine Bedeutung beigemessen und diese nicht für erörterungsbedürftig gehalten hat, vermag der Senat nicht zu folgern, daß die Beklagte in bezug auf diese Kriterien u.a. bei der Ermittlung des Zahlenmaterials für diese Tarifstellen beliebig verfahren durfte. Da das BSG die Tarifstellen 5.9 und 5.10 nicht wegen mangelnder Klarheit und Bestimmtheit für rechtswidrig bzw. unwirksam und demgemäß ersichtlich u.a. hinsichtlich der Begriffe "büromäßiger Bereich"/"nicht büromäßiger Bereich" doch in bestimmter - wenn auch nicht konkret bezeichneter - Weise für auslegungsfähig gehalten hat, kann sich auch die Beurteilung der Richtigkeit der Verfahrensweise der Beklagten bei der Ermittlung des Zahlenmaterials und damit bei der Berechnung der Gefahrklassen für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 - ebenso wie die Verfahrensweise bei einer späteren Veranlagung der Unternehmen zu diesen Tarifstellen nur an dem durch Auslegung festzustellenden bestimmten Inhalt der Regelungen für diese Tarifstellen orientieren. Schließlich kann auch aus der Tatsache, daß das BSG die Bildung von Mischgefahrklassen für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 für zulässig gehalten hat, nicht entnommen werden, daß bei der Berechnung der Gefahrklassen für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 auch noch die Lohnsummen und Unfallkosten dieser Tarifstellen durch unrichtige Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung infolge unrichtiger Auslegung der tariflichen Zuordnungskriterien sowie durch völlige Nichtberücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse in diesen Unternehmen für den weitaus überwiegenden Teil des für alle Gewerbegebiete einheitlich festgelegten 5-jährigen Beobachtungszeitraums untereinander vermischt werden durften.

Welche konkreten rechnerischen Auswirkungen die dargestellten fehlerhaften Verfahrensweisen der Beklagten allein oder in Kombination auf die Aussagekraft des für die Tarifstelle 5.9 im Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982 ermittelten und der Berechnung der Belastungsziffer zugrunde gelegten Zahlenmaterials (Lohnsumme/Unfallneulast) hatten, kann vom Senat allerdings nicht beurteilt werden. Da die Fehler bei der Ermittlung des Zahlenmaterials grundsätzlicher und generell durchgehender Art sind, kann jedoch nicht einfach gesagt werden, daß sie sich schon der Art nach nicht oder nur unwesentlich ausgewirkt haben können. Ebenso wenig kann einfach unterstellt werden, daß sich die Fehler, da sie unter beiden die Zeitarbeitsunternehmen betreffenden Tarifstellen gemacht wurden, schon irgendwie wieder weitgehend aufgehoben haben. Davon könnte im Ergebnis allenfalls dann gesprochen werden, wenn die Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu beiden Tarifstellen 5.9 und 5.10 zu veranlagt wären und sich für sie zumindest im Regelfall kalkulatorisch letztlich eine Gefahrklassen ergäbe. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist nach der Art der fehlerhaften Verfahrensweisen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, daß das für die Gefahrtarifstelle 5.9 ermittelte Zahlenmaterial und damit die Berechnung der Belastungsziffer und der Gefahrklassen jedenfalls so nicht richtig sein können und sich dieselbe Gefahrklassen 3.5 bei richtiger Zuordnung der Unternehmen und dementsprechender Zuordnung der Entgelte und Unfallneulasten allenfalls rein zufällig ebenfalls ergeben könnte. Soweit Dr. S. bezüglich der u.a. zu beanstandenden und von ihm nur als "ein bißchen kurz" bezeichneten "Zuordnungsbasis" von einem Jahr (1981) ausführte, daß es wegen erfahrungsgemäßer Verschiebungen zu beiden Bereichen bzw. beiden Tarifstellen hin nicht zu wesentlichen Veränderungen bzw. zu einer wesentlichen Beeinflussung der Gefahrklassen gekommen sein "dürfte", stellt dies letztlich nur eine Meinungsäußerung dar, die durch versicherungsmathematische oder sonstige Wahrscheinlichkeitsrechnungen nicht belegt wurde. Es ist auch nicht ersichtlich, daß solche Belege durch ein einschlägiges Gutachten erbracht werden könnten, da ein solches Gutachten keine Erkenntnisse u.a. im Hinblick auf das Ausmaß und die Häufigkeit von Änderungen in der Betriebsstruktur von Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in bezug auf die hier interessierenden Begriffe "überwiegend büromäßig"/"überwiegend nicht büromäßig" vermitteln könnte. Auch die Beteiligten sehen dies nach der Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht anders. Hier führt nur die Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse im Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982, d.h. eine Neuberechnung unter richtiger Zuordnung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zur Tarifstelle 5.9 und damit letztlich auch zur Tarifstelle 5.10 anhand der Lohn- und Gehaltsnachweise (Formular I und II) für den Beobachtungszeitraum 1978 bis 1982 weiter. Soweit die Möglichkeit dazu von den Vertreterinnen der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung wegen mutmaßlicher Vernichtung eines Teils der Unterlagen mit Wahrscheinlichkeit oder mit Sicherheit ausgeschlossen und die Auffassung vertreten wurde, daß schon das Fehlen einiger weniger Daten ein aussagekräftiges Ergebnis ausschließen könnte, kann dies nicht dazu führen, die Gefahrklassen 3.5 für die Tarifstelle 5.9 als richtig zu akzeptieren. Das gilt um so mehr, als u.a. die richtige Berechnung der Gefahrklassen für die Tarifstellen 5.9 und 5.10 zwischen der Beklagten und der Klägerin sowie einer Vielzahl oder gar Mehrzahl der gemeldeten Zeitarbeitsunternehmen von Anfang an streitig war und von daher hinreichend Anlaß bestand, die Unterlagen aufzubewahren. Da die Beklagte sich entschlossen hat, bei der Veranlagung der Unternehmen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach dem für die Jahre 1984 bis 1989 geltenden Gefahrtarif nunmehr - soweit dies noch möglich ist - rechtmäßig zu verfahren, wird sie sich deshalb überlegen müssen, ob sie evtl. fehlende Unterlagen neu beschaffen oder auf andere Weise für die unter der Tarifstelle 5.9

zusammengefaßten Unternehmen eine Gefahrklasse berechnen kann, die als verwertbarer Maßstab für die Beurteilung der Unfallgefahr angesehen werden kann.

Daß es zur Zeit an einer gültigen - richtig berechneten - Gefahrklasse für die Tarifstelle 5.9 des von 1984 bis 1989 geltenden Gefahrtarifs fehlt, nach der die dieser Tarifstelle rechtmäßig zugeordnete Klägerin zu veranlassen wäre, ist auch die Grundvoraussetzung für die von der Klägerin hilfsweise erstrebte und mit Bescheid vom 30. Juli 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. März 1988 abgelehnte Herabsetzung der Gefahrklasse nach Teil II Nr. 2 des Gefahrtarifs zur Zeit nicht erfüllt, daß die Klägerin einer bestimmten Gefahrklasse nach Teil I des Gefahrtarifs unterliegt. Der Senat hat es deshalb aus den Gründen seines früheren Urteils auch insoweit bei der Entscheidung des SG belassen.

Der Senat hat der Beklagten trotz ihres teilweisen Obsiegens bezüglich der Einstufung der Klägerin in die Gefahrtarifstelle 5.9 die vollen Kosten gemäß [§ 193 SGG](#) auferlegt, da sie durch ihr Verhalten Veranlassung zur Klage gegeben hat. Die Entscheidung über die Zulassung der Revision beruht auf [§ 160 Abs. 2 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2009-01-23