



Die rückwirkende Aufhebung eines bestandskräftigen Beitragsbescheides zu Ungunsten des Beitragspflichtigen nach § 168 Abs 2 SGB VII ist eine Ermessensentscheidung.

§ 168 Abs 2 SGB VII

Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 19.12.2007 – L 17 U 37/07 –  
Bestätigung des Urteils des SG Münster vom 24.01.2007 - S 13 U 125/04 -

Ebenso wie mehrere andere Landessozialgerichte ist der Senat der Ansicht, § 168 Abs 2 SGB VII sei eine Ermessensvorschrift ( so zuletzt das LSG Baden - Württemberg, Urteil vom 29.01.2008 - L 9 U 5354/05 -, [UVR 007/2008, S. 513 f](#); in der Vorbemerkung zu diesem Urteil sind die anderen LSG-Entscheidungen mit dem jeweiligen Ort der Veröffentlichung in UVR und HVBG-INFO aufgeführt). Revision wurde nicht zugelassen. Hinsichtlich des angegebenen Urteils des LSG Baden-Württemberg ist aber ein Revisionsverfahren - B 2 U 2/08 R - anhängig.

In dem Urteil wird insbesondere auf den Wortlaut der Vorschrift ("darf") abgehoben. Nach Auffassung des Senats würde die Annahme einer gebundenen Entscheidung "in Fällen, in denen der Unternehmer in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Ursprungsbescheids vertraut hat, mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs. 3 GG) kaum zu vereinbaren" sein. Wie dieses "schutzwürdige Vertrauen" konkret aussehen bzw entstanden sein soll, wird nicht erläutert, so dass Fragen offen bleiben (Vermögensdispositionen? Welcher Art sollten sie sein, zumal sie kausal auf dem zunächst verkürzten Beitrag beruhen müssten?).

Auch auf § 76 Abs 1 SGB IV wird nicht näher eingegangen. Danach sind die UV-Träger verpflichtet, Einnahmen vollständig zu erheben. Ermessen besteht nicht. Wenn verkürzte Beiträge - infolge Ermessensausübung - nicht nacherhoben werden, sind die Einnahmen jedoch nicht vollständig erhoben. Das bedeutet: Bei Annahme des § 168 Abs 2 SGB VII als Ermessensvorschrift ist eine Kollision mit § 76 SGB IV schlicht unvermeidbar.

Die Verpflichtung zur vollständigen Beitragserhebung besteht zudem auch nicht im Eigeninteresse des UV-Trägers, sondern zum Zwecke der Beitragsgerechtigkeit, also im Interesse aller Beitragszahler. Im anderen Zusammenhang weist das LSG daher zu Recht darauf hin, dass für die Nachforderung allein die objektive Unrichtigkeit des Lohnnachweises und nicht etwa Verschulden entscheidend sei und führt weiter aus: "Denn es geht nicht um eine Sanktion, sondern um die Richtigstellung im Interesse der Beitragsgerechtigkeit für alle Unternehmer, die wegen des Umlagesystems (§ 152 SGB VII) durch zu niedrige Beitragsfestsetzungen doppelt belastet werden: einerseits zahlen sie höhere Beiträge und andererseits entstehen ihnen gegenüber dem begünstigten Konkurrenten Wettbewerbsnachteile". Bei der Auslegung des § 168 Abs 2 SGB VII nach Sinn und Zweck sollten diese Gesichtspunkte nicht vernachlässigt werden.

Das **Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen** hat mit **Urteil vom 19.12.2007**  
**- L 17 U 37/07 -**  
wie folgt entschieden:



## Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Neufeststellungsbescheide für die Beitragsjahre 1999 bis 2002 rechtmäßig sind.

Die Klägerin ist Mitglied der Beklagten und betreibt in [REDACTED] die Hotels [REDACTED] und [REDACTED]. Beide Hotels verfügen über eine Rezeption, die durch eine separate Empfangstheke vom übrigen Hotelbereich räumlich getrennt ist. Die Empfangsbereiche sind mit Telefon, Fax, PC und Rechenmaschinen ausgestattet.

Um die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung ab dem 01. Januar 1999 zu berechnen, beschloss die Vertreterversammlung der Beklagten im Juni 1998 einen neuen Gefahrarif (GT 1999), den das Bundesversicherungsamt im August 1998 genehmigte. Der GT 1999 listet in seinem Teil I die Gewerbebezüge auf, für die die Beklagte sachlich zuständig ist, und ordnet sie einer bestimmten Gefahrarifstelle zu. Die Gefahrarifstellen sind in bestimmte Gefahrklassen unterteilt, die das Gefährdungsrisiko der jeweiligen Gefahrengemeinschaft widerspiegeln. Für Hotels sieht der GT 1999 folgende Gefahrarifstellen vor:

Gefahrarifstelle	Gewerbebezüge	Gefahrklasse
04	„Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe; auch Hotels garni, Bars, Cafés, Milch-, Saftbars, Kantinen, Imbißstuben, Imbißstände, Imbißwagen und Verzehrstände, Küchenbetriebe (auch Großküchen), Hähnchenbrätereien, Wurstbrätereien...“	4,5
33	„Büro/Verwaltung Kaufmännischer und verwaltender Teil der Unternehmen (kaufmännische oder verwaltende Tätigkeiten im Bürobereich des Unternehmens) <i>Diese Tarifstelle wird grundsätzlich in die Veranlagung eines Unternehmens aufgenommen</i> “	1,0

Ergänzende bzw. „sonstige Bestimmungen“ enthält Teil II des GT 1999: Nach Ziffer 1 Buchstabe b) umfassen die festgesetzten Gefahrklassen alle Tätigkeiten für ein Unternehmen, also auch Vorbereitungs-, Fertigstellungs- und Abwicklungsarbeiten sowie



Tätigkeiten in Hilfsunternehmen. Hierzu zählen u.A. auch Wächter- und Pförtnerarbeiten. Abweichend von Buchstabe b werden die kaufmännischen oder verwaltenden Tätigkeiten im Bürobereich des Unternehmens nach Gefahr tariffstelle 33 veranlagt (Ziffer 1 Buchstabe c, 1. Satz). Das Arbeitsentgelt und die Arbeitsstunden von Personen, die neben den kaufmännischen und verwaltenden Tätigkeiten im Bürobereich des Unternehmens auch Tätigkeiten in anderen Unternehmensbereichen verrichten, sind im Lohn- und Beschäftigungsnachweis entsprechend dem Arbeitsaufwand auf die einzelnen Bereiche aufzuteilen (Ziffer 1 Buchstabe c, Satz 2).

Mit bestandskräftigem Bescheid vom 10. August 1999 veranlagte die Beklagte das Unternehmen der Klägerin ab dem 01. Januar 1999 zu den Gefahr tariffstellen 04 und 33. In den Lohnnachweisen für die Beitragsjahre 1999 bis 2002 ordnete die Klägerin ihre Rezeptionisten der Gefahr tariffstelle 33 zu. Auf dieser Grundlage setzte die Beklagte die Umlage – jeweils für die Vorjahre – mit Beitragsbescheiden vom 05. April 2000, 05. April 2001, 11. April 2002 und 03. April 2003 fest.

Bei der Betriebsprüfung am 30. Januar 2003 wies der Betriebsprüfer den Geschäftsführer der Klägerin darauf hin, dass alle Hotelmitarbeiter incl. der Rezeptionisten mit Ausnahme einer Personalsachbearbeiterin in die Gefahr tariffstelle 04 mit der Gefahr klasse 4,5 umzugruppieren seien und errechnete eine Nachforderung in Höhe von insgesamt 5.017,51 €. Hierauf gestützt erließ die Beklagte am 11. April 2003 für die Beitragsjahre 1999 bis 2002 vier Beitragsberichtigungsbescheide, die keine Ermessenserwägungen enthalten.

Dagegen erhob die Klägerin am 14. Mai 2003 Widerspruch und machte geltend, dass das Rezeptionspersonal Gäste empfangt, Anmeldeformalitäten erledigt, Zimmer verteilt, Zimmerschlüssel ausgibt und ggf. Abrechnungen erstellt. Diese reinen Büro- und Verwaltungstätigkeiten seien der Gefahr tariffstelle 33 zuzuordnen. Mit Widerspruchsbescheid vom 05. April 2004 wies die Beklagte den Widerspruch zurück, ohne Ermessen auszuüben: Das Empfangspersonal verrichte (gewerbe)spezifische Hotellerstätigkeiten und keine allgemeinen Büroarbeiten, wie sie in allen (Mitglieds-) Unternehmen anfielen. In die Gefahr tariffstelle 33 mit dem Tätigkeitsbereich „Büro/Verwaltung“ seien daher nur Personalsachbearbeiter, Buchhalter, Verkaufsinendienstler und Beschäftigte einzuordnen, die telefonische Reservierungen entgegen nähmen. Diese Mitarbeiter bildeten einen eigenen Personalstamm, der Aufgaben der internen Verwaltung übernehme und dessen Arbeitsentgelte in aller Regel





getrennt aufgezeichnet würden. Sie seien normalerweise in einem Unternehmensteil untergebracht, der räumlich vom übrigen Hotelbetrieb getrennt und ausschließlich mit typischen Büroeinrichtungen und Bürogeräten ausgestattet sei. Diese Voraussetzungen seien im Gefährdungsbereich „Empfang“ nicht erfüllt.

Dagegen hat die Klägerin am 04. Mai 2004 vor dem Sozialgericht (SG) Münster Klage erhoben und vorgetragen, die Gefahraristafstelle 33 berücksichtige, dass Büroarbeiten weniger gefährlich seien als andere Aktivitäten in Beherbergungsbetrieben. Komme es aber auf die konkrete Bürotätigkeit an, könne es aus Gründen der Gleichbehandlung (Art. 3 des Grundgesetzes [GG]) keine Rolle spielen, ob der Mitarbeiter „interne“ oder „externe“ Vorgänge bearbeite. Sowohl im klassischen Büro als auch im Rezeptionsbereich werde gleichermaßen geschrieben, bestellt, kontrolliert, kassiert, geworben und im Rahmen von Tagesabschlüssen und Kassenabschlägen bilanziert. Die Rezeption sei „das Büro des Hotels“. Dass der Receptionist – anders als der Mitarbeiter in der Internen Verwaltung – den Gast begrüße, mit einem Zimmerschlüssel ausstatte und nach dem Aufenthalt verabschiede, rechtfertige keine Ungleichbehandlung. Das Gefährdungspotential sei in beiden Fällen nämlich identisch. Deshalb sei es „vollkommen willkürlich“, wenn die Beklagte die telefonische Buchung anders als die Reservierung an der Rezeption behandle. Denn der persönliche Umgang mit (potentiellen) Gästen an der Empfangstheke weise gegenüber telefonischen Kundenkontakten keine erhöhten Verletzungsrisiken auf, die in Hotels überwiegend von Geräten, Maschinen und Werkzeugen ausgingen. Im Übrigen sei das gesamte System der Beitragssatzungen verfassungswidrig.

Die Beklagte hat während des Klageverfahrens folgende Ermessenserwägungen hilfsweise nachgeschoben: Die Klägerin sei wirtschaftlich leistungsfähig und habe im Vertrauen auf die Bestandskraft der ursprünglichen Beitragsbescheide weder über Vermögen verfügt noch ihre Geschäftstätigkeit einschneidend und dauernd geändert. Folglich könnten ihr höhere Beiträge zugemutet werden, zumal der Nachforderungsbetrag – gemessen an den Betriebsausgaben – „verschwindend gering“ sei. Durch die Korrekturbescheide werde die Klägerin wie alle anderen Beitragszahler innerhalb der Solidargemeinschaft gleichmäßig, ausgewogen und gerecht belastet. Aufgrund des Beitragsdeckungsverfahrens sei die Solidargemeinschaft für die Klägerin in Vorleistung getreten und habe ihr einen Beitragsvorteil und Zinsgewinn verschafft. Folglich überwiege das öffentliche Interesse, diesen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, das private Interesse der Klägerin, von Nachforderungen verschont zu bleiben. Soweit die



Beitragsforderung für die Klägerin dennoch eine erhebliche Härte bedeute, könne der Betrag gestundet oder in Raten gezahlt werden.

Mit Urteil vom 24. Januar 2007 hat das SG die angefochtenen Bescheide aufgehoben: Die Klägerin habe zwar unrichtige Lohnnachweise erstellt, weil ihre Rezeptionisten der Gefahrarfstelle 04 zuzuordnen seien. Denn die Voraussetzungen der (günstigeren) Gefahrarfstelle 33 erfüllten nur Beschäftigte, die ausschließlich im Büro tätig seien und dort kaufmännisch-verwaltende Büroarbeiten verrichteten. Wer jedoch – wie ein Mitarbeiter am Empfang – zumindest teilweise essentielle Leistungen eines Hotelbetriebes erbringe, gehöre zum gewerblichen Unternehmenstell und damit zur Gefahrarfstelle 04. Dennoch seien die Berichtigungsbescheide für die Beitragsjahre 1999 bis 2002 rechtswidrig. Denn die Beklagte habe weder in den Korrekturbedeiden noch im Widerspruchsbeseid Ermessenserwägungen angestellt, obwohl § 168 Abs. 2 des Siebten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VII) dies vorschreibe („darf nur“). Dieses Ermessen sei keinesfalls auf Null reduziert gewesen. Nach Erlass des Widerspruchsbeseides könne die Beklagte den Ermessensnichtgebrauch keinesfalls dadurch heilen, dass sie im Klageverfahren Ermessenserwägungen nachschiebe.

Nach Zustellung am 13. Februar 2007 hat die Beklagte gegen dieses Urteil am 20. Februar 2007 Berufung eingelegt. Sie meint, gesetzlich verpflichtet zu sein, rechtswidrige Beitragsbescheide aufzuheben, wenn die Lohnnachweise unrichtig seien. Denn § 168 Abs. 2 SGB VII räume ihr kein Ermessen ein, wie das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen in seinem Urteil vom 29. Juli 1997 (Az.: L 3 RU 223/97) im Einklang mit Teilen des Schrifttums zu Recht entschieden habe. Der Wortlaut der Vorschrift („darf nur“) betone lediglich, dass Beitragsbescheide nur aufzuheben seien, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorlägen. Ungeachtet dessen habe sie eine Ermessensentscheidung im Klageverfahren nachgeholt und damit etwaige Ermessensfehler geheilt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 24. Januar 2007 zu ändern  
und die Klage abzuweisen, hilfsweise,  
die Revision zuzulassen.

Die Klägerin, die dem angefochtenen Urteil beipflichtet, beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.



Sie führt ergänzend aus, dass die Beklagte weder sachlich zuständig noch materiell-rechtlich legitimiert sei, im Gastronomiebereich Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung zu erheben. Im Übrigen sei zweifelhaft, ob der GT 1999 überhaupt ordnungsgemäß zustande gekommen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und Beltragsakte (Az.: 16 1835 058 14) verwiesen. Beide Akten sowie die Streitakte L 15 U 282/07 des erkennenden Gerichts waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

### Entscheidungsgründe

Die Berufung ist unbegründet.

Das SG hat der Klage zu Recht stattgegeben, weil die Berichtigungsbescheide vom 11. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 05. April 2004 (§ 95 des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) rechtswidrig sind und die Klägerin deshalb beschweren (§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG). Denn die Beklagte hat weder in den Korrekturbescheiden noch im Widerspruchsbescheid Ermessen ausgeübt, als sie die Altbescheide vom 05. April 2000, 05. April 2001, 11. April 2002 und 03. April 2003 gem. § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII aufhob, um ihre Bestandskraft zu beseitigen (§ 77 SGG).

Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit sind allerdings gehindert, einen Bescheid wegen fehlender Ermessensausübung aufzuheben, ohne zuvor die Rücknahmevoraussetzungen zu klären (BSG, Urteile vom 04. Februar 1988, Az: 11 RAr 26/87, SozR 1300 § 45 Nr. 34 und vom 17. April 1986, 7 RAr 127/84, USK 8875). Zwar kann das Gericht grundsätzlich wählen, auf welchen Grund es seine Entscheidung stützt. Das gilt auch bei der Anfechtungsklage, wenn ein Verwaltungsakt aus mehreren Gründen rechtswidrig und deshalb aufzuheben ist. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Aufhebung eines Verwaltungsaktes wegen fehlender Tatbestandsvoraussetzungen eine größere Tragweite hat als die Aufhebung wegen mangelnder Ermessensausübung. Verneint das Gericht nämlich schon die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermessensnorm, so braucht die Klägerin nicht damit zu rechnen, erneut in Anspruch genommen zu werden. Denn die Behörde kann den Verwaltungsakt nicht wiederholen, wenn ihn das Gericht wegen





fehlender Tatbestandsvoraussetzungen aufgehoben hat (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 8. Aufl. 2005, § 141 Rn. 10; BSG, Urteile vom 21. Oktober 1958, Az.: 6 RKa 9/58, SozR 4100 § 119 Nr. 1, vom 10. März 1976, Az.: 10 RV 127/75, SozR 3100 § 62 Nr. 5 sowie vom 04. Februar 1988, Az.: 11 RAr 26/87, SozR1300 § 45 Nr. 34). Wird der Verwaltungsakt dagegen nur wegen fehlender oder fehlerhafter Ermessensausübung aufgehoben, so muss die Klägerin damit rechnen, dass die Beklagte ihr Ermessen in einem wiederholenden Verwaltungsakt erneut ausübt. Ließe das Gericht offen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, bliebe unklar, ob die Beklagte ihr Ermessen erneut ausüben kann. Ein neuer Rechtsstreit wäre damit vorprogrammiert. Die Prozessökonomie fordert jedoch, dass der gesamte Rechtsstreit möglichst in einem Verfahren erledigt wird. Daher muss zunächst die formelle (1.) und materielle Rechtmäßigkeit (2.) der Aufhebungsentscheidung bejaht werden, bevor in die Ermessensprüfung (3.) eingestiegen werden kann:

1. Die Aufhebungsbescheide sind formell nicht zu beanstanden. Der Betriebsprüfer Schmitz hat das Prüfergebnis vor Erlass der Aufhebungsbescheide mit dem Geschäftsführer der Klägerin ausführlich besprochen und sie damit ordnungsgemäß angehört (§ 24 Abs. 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches [SGB X]). Ungeachtet dessen hat sich die Klägerin im Widerspruchsverfahren zu den entscheidungserheblichen Tatsachen umfangreich geäußert, so dass etwaige Anhörungsfehler gem. § 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X geheilt worden sind.
2. Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Altbescheide ist § 168 Abs. 2 Nr. 2, 1. Fall SGB VII, dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Nach dieser Vorschrift darf der Beitragsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit zuungunsten des Beitragspflichtigen nur dann aufgehoben werden, wenn der Lohnnachweis unrichtige Angaben enthält. Die Klägerin hat im Zeitraum von 1999 bis 2002 die Bruttoarbeitsentgelte ihrer Rezeptionisten im jährlichen Lohnnachweis zur Gefahrtarifstelle 33 gemeldet. Dies war – wie das SG zu Recht erkannt hat – unrichtig. Denn diese Gefahrtarifstelle erfasst nur Beschäftigte in kaufmännischen und verwaltenden Unternehmensteilen, die tatsächlich kaufmännische oder verwaltende Bürotätigkeiten verrichten. Dies ergibt sich, wenn man die Begriffe „kaufmännisch“ und „verwaltend“ nach ihrem Wortsinn (a), ihrer systematischen Stellung (c) sowie nach Sinn und Zweck (sog. teleologische Interpretation, c) auslegt. Die historische Interpretation führt nicht weiter, weil zur Entstehungsgeschichte des GT 1999 keine Materialien vorhanden sind.



a) Nach allgemeinem Sprachgebrauch handelt „*kaufmännisch*“, wer als Kaufmann Waren anschafft und weiterveräußert, also Umsatzgeschäfte tätigt (vgl. Brox, Handelsrecht und Wertpapierrecht, 18. Aufl. 2006, Rn. 1). Zur kaufmännischen Tätigkeit gehört es, Produkte, Waren und Dienstleistungen zu bewerben (Marketing) und zu präsentieren, den (potentiellen) Kunden über Art, Qualität, Eigenschaften, Nutzen, Funktion sowie An- und Verwendung der Ware und deren Pflege zu beraten, um sie (mit Gewinnerzielungsabsicht) zu veräußern. In diesem Zusammenhang hat er Preise zu kalkulieren, Kosten zu berechnen, Angebote zu bearbeiten, Statistiken aufzustellen, sowie zu kassieren, abzurechnen und zu bilanzieren. Um Waren zu beschaffen, muss er Geschäftsbeziehungen zu Herstellern und Großhändlern pflegen, Beschaffungs- und Absatzmärkte beobachten, planen, disponieren, die Waren ordnungsgemäß lagern, Sortimente zusammenstellen und den Warenein- und -ausgang überwachen (vgl. zum Ganzen: Senatsurteil vom 08. Juni 2005, L 17 U 74/03).

Das Wort „*verwaltend*“ lässt sich schwieriger umschreiben. Der Begriff „*verwalten*“ leitet sich aus dem mittelhochdeutschen „*walten*“ ab, was soviel bedeutet wie „*herrschend leiten*“, „*lenken*“, „*führen*“. Die Vorsilbe „*ver*“ bedeutet soviel wie „*vorwärts (bis zur Vollendung) treiben*“ und drückt gleichzeitig aus, dass etwas „*mittelbar*“, d.h. im Auftrag eines anderen geschieht. „*Verwalten*“ heißt also: etwas beeinflussen, ausführen, durchführen, verrichten, besorgen. Dieser Wortsinn steckt auch im lateinischen Wort „*administrare*“ (französisch „*administrer*“, englisch „*to administer*“): zu etwas dienen, etwas besorgen, namentlich von Amts wegen. Als Verwalter wird somit tätig, wer fremde Angelegenheiten zweckgerichtet, planmäßig und fremdnützig über einen längeren Zeitraum hinweg besorgt (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 2 Rn. 8f.). Da der Verwalter an einen Verwaltungszweck gebunden ist, den ein anderer bestimmt, ist diesem gegenüber verantwortlich. Verwaltende Tätigkeiten fallen insbesondere im Personalwesen, in der Revision und Buchhaltung sowie in Büros und Sekretariaten beim Erledigen von Schriftverkehr an. Hierzu zählt vor allem das Anfertigen von Schriftsätzen, Berichten, Protokollen, Aufstellungen, Statistiken, Auswertungen u.Ä. Zu Überschneidungen mit kaufmännischen Tätigkeiten kommt es insbesondere bei der Entgeltabrechnung, Kostenrechnung, Auftrags- und Rechnungsbearbeitung, dem Bilanzieren, Beobachten und Analysieren der Wirtschaftsentwicklung sowie beim Einzug und der „*Verwaltung*“ von Geldmitteln (vgl. Senatsurteil vom 08. Juni 2005, L 17 U 74/03).

Sicherlich werden Rezeptionisten in diesem Sinne auch kaufmännisch und verwaltend tätig. Ihre Hauptaufgabe besteht jedoch darin, Ansprechpartner und Kontaktperson der





Hotelgäste während des gesamten Aufenthalts in allen Angelegenheiten zu sein. Das Empfangspersonal begrüßt und registriert ankommende Gäste (Meldeformulare), führt sie ggf. durchs Haus und präsentiert potentiellen Gästen freie Zimmer, erledigt Buchungen (Ausflugsfahren, Anschlussreisen und -hotels), führt Bestellungen der Hotelgäste aus (z.B. Taxi, Mietwagen, Tisch im Restaurant, Frühstück auf dem Zimmer) und erfüllt etwaige Sonderwünsche (besorgt z.B. Theaterkarten oder Blumen, wechselt Devisen). Bei der Abreise erstellt der Rezeptionist die Hotelrechnung, wickelt den Zahlungsverkehr ab (Scheck- und Kreditkartenverkehr, Umrechnen von Fremdwährungen) und kassiert. Darüber hinaus reserviert er Zimmer, führt Zimmerbelegungspläne, verhandelt ggf. mit potentiellen Gästen unter kaufmännischen Gesichtspunkten über den Zimmerpreis und erstellt Statistiken und Bilanzen (vgl. dazu: Berufsprofile für die arbeits- und sozialmedizinische Praxis, Bd. 1, 1997, S. 608 ff. zum Berufsbild des Hotelfachmanns/-frau). Darüber hinaus bedient er Telefon, Fax und Computer, verwaltet und rechnet die Kasse(n) ab und wirkt bei der Erstellung von Dienst- und Organisationsplänen mit. In diesem Bereich sowie bei der Betriebsorganisation und Arbeitsvorbereitung ist er verwaltend tätig.

Insofern erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein Rezeptionist überwiegend „kaufmännisch-verwaltend“ eingesetzt wird. Da er aber typischerweise persönlichen Kontakt mit den Hotelgästen hat und sie während ihres Hotelaufenthaltes betreut, legt der Wortlaut eher nahe, das Empfangspersonal nicht „kaufmännisch-verwaltend“, sondern als dienstleistend-betreuend zu klassifizieren. Hierfür spricht auch, dass der Verordnungsgeber für den Bürobereich den Ausbildungsberuf des Bürokaufmanns und für den Hotelbereich den Beruf des Hotelfachmanns als eigenständigen Ausbildungsberuf mit dreijähriger Lehrzeit konzipiert hat. Hinzu kommt, dass die Rezeption im allgemeinen Sprachgebrauch nicht mit den Begriffen „Hotelverwaltung“ oder „Hotelbüro“ gleichgesetzt wird. Denn die Rezeption wird dem Frontoffice-Bereich (mit Kundenkontakt tagsüber und auch nachts) und die eigentliche Hotelverwaltung dem Backoffice-Bereich (ohne Kundenkontakt) zugeordnet. Für diese Differenzierung spricht schließlich auch der Entgelttarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen, gültig ab dem 01. August 2000. Er unterscheidet nämlich klar zwischen „1. Direktions- und Verwaltungspersonal“ einerseits und „2. Empfangs-, Hallen, Etagen- und Wirtschaftspersonal“ andererseits. Empfangsleiter und -assistenten (Ziffern 2.1 und 2.6 des Tarifvertrags) sowie (Nacht-) Portiere (Ziffern 2.4 und 2.6 des Tarifvertrags) zählen danach gerade nicht zum Verwaltungspersonal (Ziffer 1 des Tarifvertrags).



b) Die logisch-systematische Interpretation berücksichtigt den Bedeutungszusammenhang, in dem ein Begriff verwendet wird, also den gesetzlichen (hier: satzungsmäßigen) Kontext. Das Unternehmen der Klägerin gehört eindeutig zum Gewerbebezweig „Gaststätten- und Beherbergungsbetriebe“ mit der Gefahrklasse 4,5. Der erste Satz in Teil II, Ziffer 1 Buchstabe b) des GT 1999 legt fest, dass die Gefahrklassen grundsätzlich alle Tätigkeiten umfassen, die für ein Unternehmen verrichtet werden. Hierzu zählt der GT 1999 ausdrücklich auch „Pfortnerarbeiten“. Da sich die Tätigkeiten eines Pfortners und eines Rezeptionisten zumindest ähneln (und beim Nachtportier fast vollständig decken), spricht die logisch-systematische Interpretation dafür, das Empfangspersonal der Gefahrarifstelle 4 zuzuordnen. Hinzu kommt, dass die Gefahrarifstelle 33 im Verhältnis zu den anderen Gefahrarifstellen als Ausnahmevorschrift konzipiert ist, die nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen eng auszulegen ist. Für diese enge Interpretation spricht auch Teil II Ziffer 1 Buchstabe c) Satz 1 des GT 1999, wonach „abweichend von Buchstabe b ... die kaufmännischen oder verwaltenden Tätigkeiten im Bürobereich des Unternehmens nach Gefahrarifstelle 33 veranlagt“ werden. Nach ihrem Wortlaut erfasst diese Gefahrarifstelle aber nur Beschäftigte in kaufmännischen und verwaltenden Unternehmensteilen, die kaufmännische oder verwaltende Bürotätigkeiten verrichten und keine Tätigkeiten im Empfangsbereich eines Hotels mit persönlichen Betreuungsleistungen, die mit unmittelbarem Kundenkontakt verbunden sind.

c) Jede Rechtsnorm hat einen (Sinn und) Zweck, der sich aus der zugrunde liegenden Interessenlage und ihrer Bewertung durch den Normgeber ergibt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Normen in der Regel gegenläufige Interessen zum Ausgleich bringen (sollen). Der konkrete Normzweck des Gefahrarifs, seiner Tarifstellen und Klassen besteht (schlicht) darin, der Beklagten die Einnahmen zu verschaffen, die sie benötigt, um ihre Aufgaben als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung zu erfüllen. Dieser Hauptzweck wird keinesfalls verfehlt, wenn man das Empfangspersonal von Hotels in die höhere Gefahrklasse 4,5 eingruppiert.

Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass Beiträge möglichst differenziert nach Gefährdungsrisiken erhoben werden sollen. Denn große Risiken müssen – schon aus Gründen der Gerechtigkeit und Prävention – mit höheren Beiträgen versichert werden als kleine Risiken. Die Klägerin übersieht jedoch, dass diesem (Neben-) Zweck andere Zwecke gegenüberstehen, die bei der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen sind: Die Beitragserhebung muss praktikabel und effektiv sein; großer personeller und sachlicher



Verwaltungsaufwand, der mit Einzelfallentscheidungen immer verbunden ist, muss vermieden werden, um den Hauptzweck (schnelle und effiziente Einnahmen zur Aufgabenbewältigung) durch bürokratischen Mehraufwand nicht zu gefährden. Gerade bei der Beitragserhebung ist Rechtsunsicherheit durch Beurteilungsspielräume und ausufernde Einzelfallentscheidungen, die Missbräuche geradezu herausfordern, gänzlich unerwünscht. Deshalb muss die Klägerin – gerade unter teleologischen Gesichtspunkten – hinnehmen, dass Rezeptionisten undifferenziert und pauschal der Gefahraristelle 4 zugeordnet werden, zumal Wortlaut, systematische und teleologische Interpretation für diese Auslegung sprechen (vgl. hierzu auch Senatsurteile vom 29. Oktober 2003, Az.: L 17 U 209/00 und vom 08. Juni 2005, Az.: L 17 U 74/03). Die Lohnnachweise waren damit unrichtig.

Ob diese Unrichtigkeit auf einem Verschulden der Klägerin beruht, ist bedeutungslos. Entscheidend ist allein, ob der Lohnnachweis objektiv unrichtig war (Senatsurteil vom 08. Juni 2005, Az.: L 17 U 74/03; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 14. Juli 1969, Az.: L 10 Ub 1475/67, Breithaupt 1969, 1027; Ricke in: Kasseler Kommentar, § 169 Rn. 4). Denn es geht nicht um eine Sanktion, sondern um die Richtigstellung im Interesse der Beitragsgerechtigkeit für alle Unternehmer, die wegen des Umlagesystems (§ 152 SGB VII) durch zu niedrige Beitragsfestsetzungen doppelt belastet werden: Einerseits zahlen sie höhere Beiträge und andererseits entstehen ihnen gegenüber dem begünstigten Konkurrenten Wettbewerbsnachteile (Senatsurteile, a.a.O.).

Die Aufhebung der Ursprungsbescheide verstößt schließlich auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, wonach alle Menschen (und alle inländischen juristischen Personen, Art. 19 Abs. 3 des Grundgesetzes [GG]) vor dem Gesetz gleich zu behandeln sind (Art. 3 Abs. 1 GG). Das Grundrecht ist nämlich nur verletzt, wenn ein Sachverhalt im Vergleich zu einem anderen Sachverhalt anders behandelt wird, obgleich zwischen beiden keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (st. Rspr., zuletzt BVerfG, Urteil vom 06. März 2002, Az.: 2 BvL 17/99, SozR 3-1100 Art. 3 Nr. 176; BSG, Urteil vom 03. Juli 2002, Az.: B 5 RJ 22/01 R). Geht es – wie hier – um die Gleich- oder Ungleichbehandlung von Sachverhalten, ist die Prüfung auf eine bloße Willkürkontrolle beschränkt (Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 20, 26).

Die Beklagte behandelt die Mitarbeiter, die ohne Kontakt zu Hotelgästen ausschließlich im Büro- und Verwaltungsbereich arbeiten (Ausgangsgruppe), beitragsmäßig anders als die Rezeptionisten im Empfangsbereich (Vergleichsgruppe). Denn sie berechnet die Beiträge





für die Beschäftigten der Ausgangsgruppe nach der Gefahrklasse 1,0 und die Umlage für Rezeptionisten der Vergleichsgruppe nach der Gefahrklasse 4,5, was die Vergleichsgruppe finanziell schlechter stellt. Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil sie durch einen „hinreichend gewichtigen Grund“ (BVerfG, Urteil vom 28. April 1999, Az.: 1 BvL 11/94, 1 BvL 33/95, 1 BvR 1560/97, BVerfGE 100, 138, 174; Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 3 Rn. 14) gerechtfertigt ist. Als Differenzierungsgrund kommt jede vernünftige Erwägung in Betracht; es genügt, wenn sich „irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund anführen lässt“ (BVerfG, Beschlüsse vom 15. Oktober 1985, Az.: 2 BvL 4/83, BVerfGE 71, 39, 58 und vom 08. April 1987, Az.: 2 BvR 908/92 u.a., BVerfGE 75, 108, 157). Auf keinen Fall verlangt Art. 3 Abs. 1 GG die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen (BVerfG, Beschlüsse vom 19. Februar 1991, Az.: 1 BvR 1231/85, BVerfGE 83, 395, 401 und vom 08. Oktober 1991, Az.: 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, 348, 359; BSG, Urteile vom 12. Dezember 1985, Az.: 2 RU 40/85, SozR 2200 § 731 Nr. 2, vom 21. August 1991, Az.: 2 RU 54/90, NZA 1992, 335, 336 und vom 18. Oktober 1994, Az.: 2 RU 6/94, SGB 1995, 253, 254 ff.; Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 3 Rn. 15). Ausgehend von diesen Grundsätzen durfte die Beklagte zwischen den kaufmännisch-verwaltenden Büromitarbeitern der Ausgangsgruppe und den Rezeptionisten der Vergleichsgruppe differenzieren und für beide verschiedene Beiträge erheben. Die Büromitarbeiter im Backoffice sind nämlich anderen Gefahren ausgesetzt als das Empfangspersonal. Denn es hat typischerweise andere Arbeitszeiten als das Büropersonal (Schicht- und Nachtarbeit), steht in Stoßzeiten erheblich unter Druck, muss Gäste durchs Haus führen und mit Menschen umgehen, die mitunter schwierig (und ggf. alkoholisiert) sind. Dies bedeutet nicht, dass die Gefahren – verglichen mit Beschäftigten im Büro – höher sein müssen. Sie sind aber auf jeden Fall anders. Und schon dies lässt eine Differenzierung zwischen beiden Mitarbeitergruppen zu (vgl. hierzu: BSG, Urteil vom 24. Juni 2003, Az.: B 2 U 21/02 R, SozR 4-2700 § 157 Nr. 1).

3. Liegen somit sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des § 168 Abs. 2 Nr. 2, 1. Fall SGB VII vor, dürfen die alten Beitragsbescheide mit Wirkung für die Vergangenheit zuungunsten des Beitragspflichtigen aufgehoben werden. Die Neubescheide vom 11. April 2003 enthalten keine Ermessenserwägungen, obwohl § 168 Abs. 2 SGB VII der Beklagten einen Ermessenspielraum einräumt (a). Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt nicht vor (b). Der Ermessensnichtgebrauch ist im Klageverfahren auch nicht geheilt worden (c). Nach § 54 Abs. 2 Satz 2 SGG führt der Ermessensfehler zur Aufhebung des Verwaltungsaktes.



a) § 168 Abs. 2 SGB VII ist eine Ermessensnorm (Senatsurteil vom 08. Juni 2005, Az.: L 17 U 74/03; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Juli 2007, Az.: L 10 U 2777/07 ER-B, L 10 U 2778/07 W-A, L 10 U 2777/07 und L 10 U 2778/07, UV-Recht Aktuell 2007, 1274 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. März 2007, Az.: L 2 U 46/03, UV-Recht Aktuell 2007, 702 ff.; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. Februar 2004, Az.: L 2 ER 59/03 U, NZS 2004, 602, 603 f.; Achternath, Die Aufhebung von Beitragsbescheiden und Veranlagungsbescheiden zu den Gefahrklassen in der allgemeinen gesetzlichen Rentenversicherung, 1996, 107 ff.; Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, [Handkommentar], § 168 Rn. 4; Burchardt in: Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, SGB VII, § 168 Rn. 11; Platz: in Lauterbach, UV, § 168 SGB VII Rn. 4; Freischmidt in: Hauck/Noftz, SGB VII, K § 168 Rn. 11; a.A.: LSG, Niedersachsen, Urteil vom 29. Juli 1997, Az.: L 3 U 223/97, Breilhaupt 1997, 939, 942 f. zu § 749 RVO; Bigge in: Wannagat, SGB, § 168 Rn. 13; Ricke in: Kasseler Kommentar, SGB VII, § 168 Rn. 4). Dafür spricht der Wortlaut der Vorschrift („darf nur“). Hätte der Gesetzgeber die Unfallversicherungsträger verpflichten wollen, jeden rechtswidrigen Beitrags(alt)bescheid aufzuheben, hätte er die Formulierungen „wird aufgehoben, wenn ...“ oder „wird nur aufgehoben, wenn ...“ wählen müssen (vgl. z.B. den Wortlaut des § 160 SGB VII). Hierfür spricht auch die systematische Auslegung: § 168 Abs. 2 SGB VII ist als Sondervorschrift zu § 45 Abs. 1 SGB X konzipiert und soll die Rücknahmefrist nach § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB X sowie die obligatorische Vertrauensschutzprüfung nach § 45 Abs. 2 SGG X im Beitragsrecht ausschließen (LSG Rheinland-Pfalz, a.a.O.). Im Übrigen sind beide Vorschriften – was die Rechtsfolgen angeht – identisch formuliert („darf ... nur“). Aus diesem Wortlaut wird im Rahmen des § 45 Abs. 1 SGB X in Rechtsprechung und Literatur einhellig geschlossen, dass diese Vorschrift der Behörde einen Ermessensspielraum einräumt (vgl. statt aller Steinwedel in: Kasseler Kommentar, SGB X, § 45 SGB Rn. 50 m.w.N.). Die historische Interpretation führt dabei zu keinem anderen Ergebnis (LSG Rheinland-Pfalz, a.a.O.): Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/2204, zitiert nach Hauck, a.a.O., M 010, S. 86) zählt § 168 Abs. 2 SGB VII die Fälle auf, in denen ein Beitragsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit zu Ungunsten des Unternehmens aufgehoben werden kann. Die Vorschrift entspreche „im Wesentlichen dem geltenden Recht (§ 749 RVO)“. Das BSG hat bei § 749 RVO zwar keine Ermessensprüfung durchgeführt, das Erfordernis einer derartigen Ermessensausübung aber auch nicht verneint (vgl. BSG, Urteile vom 12. Dezember 1985, Az.: 2 RU 49/84 und 2 RU 30/85, SozR 2200 § 734 Nrn. 5 und 6). Der Normzweck des § 168 Abs. 2 Nr. 2 SGB VII besteht darin, die Höhe der Beiträge zu korrigieren, die in der Vergangenheit aufgrund unrichtiger Lohnnachweise zu niedrig festgesetzt worden sind. Hierdurch sollen rechtmäßige





Zustände wiederhergestellt und den Unfallversicherungsträgern (nachträglich) die Einnahmen verschafft werden, die sie benötigen, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Dass dieser Normzweck ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalls ausnahmslos durchgesetzt werden und die Beitragsnacherhebung stets in ungekürzter Höhe erfolgen muss, ist § 168 Abs. 2 SGB VII aber nicht zu entnehmen. Denn eine gebundene Entscheidung würde dem Unfallversicherungsträger jede Flexibilität nehmen. Dies wäre in Fällen, in denen der Unternehmer in schutzwürdiger Weise auf den Bestand des Ursprungsbescheids vertraut hat, mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) kaum zu vereinbaren. Folglich umschreibt der Gesetzgeber mit den Wörtern „darf nur“ kein Tatbestandsmerkmal im Sinne von „ist nur zulässig, wenn“, sondern räumt der Behörde auf der Rechtsfolgenreihe einen Ermessensspielraum ein.

b) Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt nicht vor, weil die Klägerin keinesfalls bösgläubig war, als sie die Rezeptionisten als kaufmännisch-verwaltende Mitarbeiter einordnete. Folglich hätte die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden Ermessenserwägungen anstellen müssen.

c) Die Beklagte hat den Ermessensnichtgebrauch keinesfalls durch die Ermessenserwägungen geheilt, die sie mit Schriftsatz vom 14. Juli 2006 nachgeschoben hat. Zwar kann die erforderliche Begründung eines Verwaltungsaktes gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 SGB X in seiner seit dem 01. Januar 2001 geltenden Fassung noch bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozialgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten ermöglicht es § 41 Abs. 2 SGB X jedoch nicht, Ermessenserwägungen während des Klage- oder Berufungsverfahrens erstmals anzustellen und mit heilender Wirkung nachzuschieben (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. März 2007, Az.: L 2 U 46/03, UV-Recht Aktuell 2007, 702 ff.). Die Vorschrift orientiert sich nämlich an § 45 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), wonach eine erforderliche Begründung ebenfalls bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann. Zur möglichen Nachholung von Ermessenserwägungen enthält jedoch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren § 114 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) eine gesonderte Regelung. Danach kann die Behörde ihre Ermessenserwägungen auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „ergänzen“. Eine solche Vorschrift fehlt im SGG. Zudem schafft selbst § 114 Satz 2 VwGO lediglich die prozessualen Voraussetzungen dafür, dass die Behörde defizitäre Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann, nicht hingegen dafür, dass sie ihr Ermessen in Fällen des Ermessensnichtgebrauchs





erstmalig ausübt (so Bundesverwaltungsgericht [BVerwG], Urteile vom 05. September 2006, Az.: 1 C 20/05, NVwZ 2007, 470, 471 und vom 05. Mai 1998, Az.: BVerwG 1 C 17.97, BVerwGE 106, 351, 365; Beschluss vom 14. Januar 1999, Az.: BVerwG 6 B 133.98, NJW 1999, 2912). Vor diesem Hintergrund erlaubt § 41 Abs. 2 SGB X der Behörde allenfalls, die Ermessenserwägungen nachträglich mitzutellen, die sie bei Erlass des Verwaltungsaktes tatsächlich angestellt, aber (irrtümlich oder nachlässigerweise) nicht in die Begründung des Bescheides aufgenommen hat, (so LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. Januar 2006, Az.: L 29 B 1104/05 AS ER und Steinwedel in: Kasseler Kommentar, SGB X, § 41 Rn. 24 und 25). Eine solche Konstellation liegt im Falle eines Ermessensnichtgebrauchs aber keinesfalls vor.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 197a Abs. 1 Satz 1, Teilsatz 3 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Danach hat die Beklagte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen, weil sie unterliegt.

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind (§ 160 Abs. 2 SGG).