Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5670/2007/frj/fas
{T 0/2}

Urteil vom 4. Februar 2009

Besetzung

Richter Johannes Frölicher (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani, Richter Alberto Meuli,
Richter Vito Valenti, Richter Beat Weber,
Gerichtsschreiberin Susanne Fankhauser.

Parteien

A._____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

SUVA Schweizerische Unfallversicherungs-Anstalt,
Fluhmattstrasse 1, Postfach 4358, 6002 Luzern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Unterstellung SUVA (Einspracheentscheid vom
17. August 2007).

Sachverhalt:

A.
Die 1990 gegründete A._____ AG mit Sitz in Z._____ bezweckt gemäss Handelsregister die Führung eines Gartenbauunternehmens (Akt. 3). Mit Verfügungen vom 19. April 2007 wurde sie für die Unfallversicherung ab 1. Juli 2007 dem Zuständigkeitsbereich der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) unterstellt und für die Berufsunfallversicherung der Klasse 41A, Stufe 102 sowie für die Nichtberufsunfallversicherung der Stufe 097 zugeteilt (Akt. 1/2). Der dagegen erhobenen Einsprache vom 25. April 2007 erteilte die SUVA mit Schreiben vom 27. April 2007 aufschiebende Wirkung. Mit Einspracheentscheid vom 17. August 2007 beschränkte sie das Verfahren auf die Frage der Unterstellung und wies die Einsprache betreffend die Unterstellung ab (Akt. 1/1).

B.
Die A._____ AG erhob mit Datum vom 24. August 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, es sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – der Einspracheentscheid vom 17. August 2007 bzw. die Verfügung vom 19. April 2007 aufzuheben und festzustellen, dass die A._____ AG nicht in den Zuständigkeitsbereich der SUVA falle. Des Weiteren sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Sinngemäss wird auch vorgebracht, die SUVA sei zu Unrecht nicht auf die Rüge betreffend Einreihung in den Prämientarif eingetreten und die Einreihung der verschiedenen Gartenbaubetriebe sei gesetzwidrig und willkürlich (Akt. 1).

C.
Nachdem sich die SUVA zur Frage der aufschiebenden Wirkung hatte vernehmen lassen (Akt. 4), erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde mit Verfügung vom 24. September 2007 aufschiebende Wirkung (Akt. 5).

D.
Nach Eingang des mit Zwischenverfügung vom 4. September 2007 einverlangten Kostenvorschusses von Fr. 2'000.- (Akt. 2 und 6), reichte die SUVA am 6. November 2007 die Beschwerdeantwort ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (Akt. 8).

E.
Mit Replik vom 10. Dezember 2007 und Duplik vom 20. Dezember 2007 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Akt. 10 und 12).

F.
Nach Abschluss des Schriftenwechsels (Verfügung vom 8. Januar 2008, Akt. 13) reichte die Beschwerdeführerin mit Datum vom 22. Januar 2008 eine als „Nachtrag zur Replik“ bezeichnete Stellungnahme ein (Akt. 14).

G.
Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist jedoch unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz eine kantonale Behörde als zuständig erklärt (Art. 32 Abs. 2 Bst. b VGG).

1.2 Die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der SUVA wird grundsätzlich durch Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) geregelt. Demnach ist das kantonale Versicherungsgericht zuständig, wenn das Gesetz über die Unfallversicherung nicht ausdrücklich eine andere Regelung vorsieht. Eine solche besondere Regelung der Zuständigkeit enthält Art. 109

UVG. Gemäss Bst. a dieser Bestimmung beurteilt das Bundesverwaltungsgericht – in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG – Beschwerden gegen Einspracheentscheide über die Zuständigkeit der SUVA zur Versicherung der Arbeitnehmenden eines Betriebes. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist deshalb zu bejahen, richtet sich die Beschwerde doch gegen einen Einspracheentscheid über die Zuständigkeit der SUVA im genannten Sinn.

2.
Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben gemäss Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).

2.1 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 38 ff. und Art. 60 ATSG, Art. 49 ff. VwVG). Als von der Unterstellung unter die SUVA direkt betroffener Betrieb hat die Beschwerdeführerin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Einspracheentscheids (Art. 59 ATSG, Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem auch der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist grundsätzlich auf die Beschwerde einzutreten.

2.2 Anfechtungsgegenstand ist der Einspracheentscheid vom 17. August 2007, mit welchem die Vorinstanz das Verfahren auf die Frage der Unterstellung beschränkt und die Einsprache betreffend die Unterstellung unter die SUVA abgewiesen hat. Betreffend die Rügen zur Einreihung in den Prämientarif ist daher lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz das Verfahren zu Recht auf die Unterstellungsfrage beschränkt hat. Demgegenüber gehört die materielle Beurteilung der Einreihung in den Prämientarif nicht zum Anfechtungs- und Streitgegenstand, weshalb auf diesbezügliche inhaltliche Vorbringen nicht einzutreten ist (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1, BGE 117 V 121 E. 1).

2.3 Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids beanstanden (Art. 49 VwVG).

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Parteien gebunden (Art. 62 VwVG).

3.
Zu prüfen ist zunächst, ob die SUVA das Einspracheverfahren zulässigerweise auf die Unterstellungsfrage beschränkt hat.

3.1 Zur Begründung hat die Vorinstanz ausgeführt, da der Einsprache aufschiebende Wirkung erteilt worden sei, werde die Versicherung bei der SUVA erst bei Rechtskraft des Unterstellungsentscheides wirksam. Die Frage der Einreihung in den Prämientarif sei daher erst zu einem (noch nicht bestimmbaren) in der Zukunft liegenden Zeitpunkt zu beurteilen, wobei die Prämiensätze dannzumal aufgrund der aktuellen Situation festzulegen seien. Betreffend die Einreihung in den Prämientarif werde eine neue anfechtbare Verfügung erlassen (Akt. 1/1).

3.2 Nach der Praxis der SUVA wird bei Unterstellungsstreitigkeiten – sofern der Betrieb nachweislich bei einem anderen Versicherer versichert ist – die Unterstellung erst vollzogen, wenn darüber rechtskräftig entschieden worden ist. Dies bedeutet, dass der Betrieb, welcher die Unterstellung bestreitet, sich während der Dauer des Einspracheverfahrens und eines allfälligen Gerichtsverfahrens weiterhin bei seiner vorbestehenden privaten Versicherungsgesellschaft gegen das Unfallrisiko seiner Mitarbeitenden versichern lassen kann. Die während dieser Zeit eingetretenen Risiken (Unfälle) werden auch über diese Versicherung abgewickelt und es erfolgt insbesondere keine Rückabwicklung der Fälle und des Versicherungsverhältnisses (vgl. Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für die Unfallversicherung [nachfolgend: Rekurskommission UV] vom 23. Juli 2004, VPB 69.72 E. 10 mit Hinweis; vgl. zur Frage der Rückabwicklung auch Urteil EVG U 484/05 vom 9. Juni 2006, publiziert in SVR 2006 UV Nr. 21).

3.3 Ergreift ein neu der SUVA unterstellter Betrieb gegen die Unterstellung die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel, wird die mit der Unterstellung erfolgte Einreihung in den Prämientarif regelmässig gegenstandslos (weshalb im Gerichtsverfahren diesbezüglich kein Rechtsschutzinteresse besteht, vgl. Urteil BVGer C-3179/2006 vom 6. März 2007 E. 6). Wird der Unterstellungsentscheid der SUVA aufgehoben, ist die Einreihung ohnehin nicht mehr von Belang. Bestätigen das Bundesverwaltungsgericht und – bei einem Weiterzug – das Bundesgericht die Unterstellung, muss die Einreihung in den Prämientarif

auf den Zeitpunkt der Umsetzung des rechtskräftigen Urteils hin – unter Berücksichtigung der dannzumal aktuellen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse – neu verfügt werden. Daher hat die SUVA ein berechtigtes Interesse daran, dass zuerst über die Frage der Unterstellung rechtskräftig entschieden wird, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass sie das Einspracheverfahren zunächst auf diese Frage beschränkt und diesbezüglich einen Teilentscheid gefällt hat. Unter diesen Voraussetzungen ist auch eine Ausdehnung des Streitgegenstandes auf die Einreihungsfrage nicht angezeigt.

4.
In materieller Hinsicht ist streitig, ob der Beschwerde führende Betrieb in den Tätigkeitsbereich der SUVA fällt und demzufolge seine Beschäftigten obligatorisch bei der SUVA gegen Unfall zu versichern sind.

4.1 Die Unfallversicherung wird je nach Versichertenkategorien durch die SUVA oder durch andere zugelassene Versicherer und eine von diesen betriebene Ersatzkasse durchgeführt (Art. 58 UVG). Art. 66 Abs. 1 UVG bestimmt im Rahmen einer abschliessenden und zwingenden Auflistung (Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis [RKUV] 1987 Nr. U 29 S. 427 E. 2b), welche Betriebe von Gesetzes wegen bei der SUVA versichert sind. Dabei ist in Anwendung der höchstinstanzlichen Rechtsprechung entscheidend, ob es sich bei einem Beschwerde führenden Unternehmen um einen gegliederten oder ungegliederten Betrieb handelt (BGE 113 V 327 E. 5). Falls ein gegliederter Betrieb vorliegt, ist das Verhältnis der verschiedenen Betriebsteile zueinander näher zu untersuchen, um das Ausmass der Unterstellung festzulegen (vgl. Art. 66 Abs. 2 Bst. a-c UVG in Verbindung mit Art. 88 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 [UVV, SR 832.202]). Liegt hingegen ein ungegliederter Betrieb vor und ist eines (oder mehrere) der in Art. 66 Abs. 1 UVG genannten Unterstellungskriterien erfüllt, erfolgt die Unterstellung direkt aufgrund dieses Merkmals, wobei das Ausmass einzelner für die Unterstellung ausschlaggebender Tätigkeiten keine Rolle mehr spielt (vgl. insbesondere RKUV 1999 Nr. U 338 S. 285 ff.; vgl. auch ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht über die Unfallversicherung, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 307).

4.1.1 Nach der Rechtsprechung liegt ein ungegliederter Betrieb vor, wenn sich das Unternehmen im Wesentlichen auf einen einzigen

zusammenhängenden Tätigkeitsbereich beschränkt, dieses somit einen einheitlichen oder vorwiegenden Betriebscharakter aufweist und im Wesentlichen nur Arbeiten ausführt, die in den üblichen Tätigkeitsbereich eines Betriebs dieser Art fallen (RKUV 2004 Nr. U 498 S. 162 f. E. 4.2 und 4.3; BGE 113 V 327 E. 5b, 113 V 346 E. 3b; Urteil der Rekurskommission UV vom 18. Juli 2003, VPB 68.39; ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, Basel 1993, S. 329).

4.1.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin als ungegliederter Betrieb im Sinne der Rechtsprechung zu qualifizieren ist (vgl. Akt. 1, S. 4). Es handelt sich um einen Gartenbaubetrieb, zu dessen Tätigkeitsgebiet üblicherweise ein gewisser Anteil baugewerblicher Arbeiten gehört (siehe dazu auch unveröffentlichtes Urteil Rekurskommission UV REKU 557/03 vom 18. Februar 2005 E. 4d sowie BGE 86 I 155 E. 6).

4.2 Die Meinungen der Parteien gehen im Wesentlichen bei der Frage auseinander, ob ein Gartenbaubetrieb – wie derjenige der Beschwerdeführerin – aufgrund der ausgeübten baugewerblichen Arbeiten obligatorisch der SUVA unterstellt sei, unabhängig davon, in welchem Umfang solche baugewerblichen Arbeiten ausgeführt werden.

4.2.1 Nach Ansicht der SUVA ist der Beschwerde führende Betrieb aufgrund von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG dem Tätigkeitsbereich der SUVA unterstellt. Sowohl im Einspracheentscheid als auch in der Beschwerdeantwort wies die Vorinstanz zudem darauf hin, dass auch ein Kriterium von Bst. m dieser Bestimmung erfüllt wäre.

4.2.2 Gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG sind die Arbeitnehmenden der Betriebe des Bau- und Installationsgewerbes sowie des Leitungsbaus obligatorisch bei der SUVA versichert. Nach Art. 73 UVV gelten als Betriebe des Bau- und Installationsgewerbes sowie des Leitungsbaus im Sinne von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG solche, die in irgendeinem Zweig des Baugewerbes tätig sind oder Bestandteile für Bauten oder Bauwerke herstellen (Bst. a); Gebäude, Strassen, öffentliche Plätze und Anlagen reinigen (Bst. b); Baugerüste und Baumaschinen ausleihen (Bst. c); Installationen technischer Art an oder in Bauten erstellen, abändern, reparieren oder unterhalten (Bst. d); Maschinen oder Einrichtungen montieren, unterhalten oder demontieren (Bst. e); ober- und unterirdische Leitungen erstellen, abändern, reparieren oder unterhalten (Bst. f).

Art. 66 Abs. 1 Bst. m UVG weist auch Betriebe für technische Vorbereitung, Leitung oder Überwachung von Arbeiten nach Bst. b bis Bst. l dem Tätigkeitsbereich der SUVA zu.

4.2.3 Im Urteil U 16/04 vom 15. September 2004 (RKUV 2005 Nr. U 534) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) erkannt, dass auch bei den Unterstellungskriterien des Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG nicht die Branchenzugehörigkeit massgebend sei, sondern allein, ob ein Betrieb baugewerbliche Tätigkeiten verrichte. Welchen Anteil diese Arbeiten von der Gesamttätigkeit ausmachten, sei irrelevant (E. 6.2). Die SUVA habe den Gartenbaubetrieb, welcher zweifellos auch baugewerbliche Tätigkeiten ausführe, zu Recht als unterstellten Betrieb erfasst.

Im Urteil U 129/05 vom 7. Juni 2006 hat das EVG erwogen, zwischen der Rechtsprechung gemäss BGE 113 V 327 und RKUV 2005 Nr. U 534 könne eine Divergenz erblickt werden. Nach der Ersteren sei im Rahmen der Unterstellungsfrage bei ungegliederten Betrieben auf den einheitlichen oder vorwiegenden Betriebscharakter abzustellen. Nach der Letzteren spiele demgegenüber bei ungegliederten Betrieben das Ausmass einzelner für die Unterstellung nach Art. 66 UVG ausschlaggebender Tätigkeiten keine Rolle; massgebend für die Erfüllung des Unterstellungskriteriums sei nur, dass dieser eine Tätigkeit im Sinne des Art. 66 Abs. 1 UVG ausübe, nicht jedoch, dass diese den überwiegenden Anteil an der Gesamttätigkeit ausmache (E. 6.2). Ob die Rechtsprechung in dem Sinne zu ändern wäre, dass im Rahmen von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG auf das Ausmass der Tätigkeiten bzw. auf den vorwiegenden Betriebscharakter abzustellen wäre, liess das Gericht offen, weil der Beschwerde führende Betrieb vorwiegend baugewerbliche Arbeiten (zu 45 %) bzw. nicht vorwiegend Gärtnereiarbeiten (zu 35 %) ausführte und daher ohnehin in den Zuständigkeitsbereich der SUVA gefallen wäre (E. 6.3).

4.2.4 Die Beschwerdeführerin kritisiert die Rechtsprechung gemäss RKUV 2005 Nr. U 534. Ausdrücklich nicht bestritten wird, dass in ihrem Betrieb – wenn auch zu einem geringen Anteil – Arbeiten verrichtet werden, die als baugewerbliche Arbeiten bezeichnet werden können (Akt. 1, S. 4). Die Beschwerdeführerin bringt aber vor, die Rechtsprechung gemäss BGE 86 I 155, wonach Gartenbauunternehmungen grundsätzlich nicht der obligatorischen Unfallversicherung bei der SUVA unterstanden, sei mit RKUV 2005 Nr. U 534 ungerechtfertig-

terweise geändert worden. Sowohl der Wortlaut von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG – welcher an der Branchenzugehörigkeit anknüpfe – als auch die Materialien zeigten klar, dass der Gesetzgeber die Gartenbaubetriebe nicht habe der SUVA unterstellen wollen. Die ausweitende Auslegung des Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG verstosse gegen die Wirtschaftsfreiheit. Ein allfälliger Unterstellungsanspruch der SUVA wäre als verjährt zu betrachten, weil ein klares Interesse an Rechtssicherheit bestehe. Im Übrigen gehe selbst die SUVA davon aus, dass die Gartenbaubetriebe nach der aktuellen gesetzlichen Regelung nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fielen, wie sich aus der „Stellungnahme der Suva zu den Vernehmlassungsvorlagen zur Revision des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung des Eidgenössischen Departements des Innern vom November 2006“ ergebe.

Weiter kritisiert die Beschwerdeführerin, die höchstrichterliche Rechtsprechung sei widersprüchlich. Das EVG habe stets festgehalten, bei einem ungegliederten Betrieb erfolge die Unterstellung direkt aufgrund des einheitlichen oder vorwiegenden Betriebscharakters. Bei den Gartenbaubetrieben liege im Hinblick auf die Unterstellungskriterien aber kein einheitlicher Betriebscharakter vor, weil sowohl reine Gärtnerarbeiten als auch baugewerbliche Tätigkeiten ausgeübt würden. Soweit auf den vorwiegenden Betriebscharakter abgestellt werden soll, sei nicht erkennbar, wie dies ohne Berücksichtigung des Ausmasses der unterstellungsrechtlich relevanten Tätigkeiten erfolgen könne.

Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin auch, dass ein Unterstellungskriterium gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. m UVG erfüllt sei, weil sie kein Betrieb für technische Vorbereitung, Leitung oder Überwachung von Arbeiten nach Bst. b bis Bst. l sei.

4.2.5 Art. 66 Abs. 1 Bst. m UVG kommt nur in Verbindung mit einem anderem Unterstellungskriterium zur Anwendung, weshalb zuerst darauf einzugehen ist, ob Gartenbaubetriebe aufgrund von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG der SUVA unterstellt sind.

4.3 Die im Urteil EVG U 129/05 vom 7. Juni 2006 offen gelassene Frage bedarf im vorliegenden Fall einer Entscheidung, weil die Beschwerdeführerin nur etwa 15 % baugewerbliche Tätigkeiten ausübt. Es ist daher zu prüfen, ob bzw. wie der von der Beschwerdeführerin gerügte und auch vom EVG erkannte (vgl. E. 4.2.3 hiervor) Widerspruch ausgeräumt werden kann. Hinzuweisen ist in diesem Zusam-

menhang auch darauf, dass beim Bundesverwaltungsgericht mehrere – weitgehend gleich lautende – Beschwerden von Gartenbaubetrieben hängig sind, die einstweilen sistiert wurden.

4.3.1 Im Fall, welcher RKUV 2005 Nr. U 534 zu Grunde lag, hatte die Rekurskommission UV entschieden, Gartenbaubetriebe gehörten nicht dem Baugewerbe an und könnten demzufolge nicht in Anwendung von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG der SUVA unterstellt werden (Urteil REKU 528/02 vom 21. November 2003). Anknüpfungspunkt sei bei dieser Bestimmung die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Branche und nicht das Ausüben einer bestimmten Tätigkeit. Dies gehe aus dem Wortlaut von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG hervor, der Betriebe des Bau- und Installationsgewerbes nenne. Demgegenüber werde bspw. in Bst. e (Betriebe, die Metall, Holz, Kork, Kunststoffe, Stein oder Glas maschinell bearbeiten sowie Giessereien) an Tätigkeiten angeknüpft. Dass die Branchenzugehörigkeit massgebend sei, bestätige auch der die Gesetzesbestimmung konkretisierende Art. 73 Bst. a UVV, der von Zweigen des Baugewerbes spreche, sowie der Vergleich mit der vor Einführung des UVG geltenden Rechtslage. In BGE 86 I 155 komme klar zum Ausdruck, dass auf das Kriterium der Branchenzugehörigkeit abzustellen sei und nicht auf die Tatsache, dass Arbeiten des Baugewerbes ausgeführt würden. Weil sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, dass der Tätigkeitsbereich der SUVA mit der Einführung des UVG grundsätzlich beibehalten werden sollte, sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG die Branchenzugehörigkeit als massgebendes Unterstellungskriterium festlegen wollte (Urteil REKU 528/02 vom 21. November 2003 E. 7).

4.3.2 In BGE 86 I 155 hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Frage der Abgrenzung zwischen Baugewerbe und Gartenbau auseinander gesetzt und dazu ein Expertengutachten eingeholt. Das Gericht erwog, entscheidend sei, ob eine Unternehmung die Herstellung von Bauwerken oder aber nur die Gestaltung der Erdoberfläche zum Gegenstand habe. Dass ein Gartenbaubetrieb zum Teil auch Arbeiten ausführe, die denjenigen des Baugewerbes sehr ähnlich sind, erachtete das Gericht demgegenüber nicht als entscheidend, jedenfalls soweit diese ein gewisses Ausmass („den üblichen Rahmen“) nicht überschreiten (E. 6b). Gestützt auf diese Rechtsprechung hat die Rekurskommission UV erkannt, Gartenbaubetriebe gehörten nicht zur Baubranche und würden demgemäss nicht von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG erfasst (Urteil REKU 528/02 vom 21. November 2003 E. 8).

Diese Abgrenzung liesse sich im Übrigen auch durch die sogenannte NOGA (Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige des Bundesamtes für Statistik) bestätigen (a.a.O. E. 9).

4.3.3 In BGE 113 V 327 hat sich das EVG grundsätzlich zu der mit dem UVG gewandelten Funktion des Unterstellungsrechts und zur Beurteilung der Zuständigkeit der SUVA gemäss Art. 66 Abs. 1 UVG geäussert.

Das Unterstellungsrecht habe nach UVG eine wesentlich andere Funktion als früher nach KUVG (bis Ende 1983 in Kraft stehende Art. 60 ff. des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung) indem es nun darüber entscheide, ob die SUVA oder ein anderer Versicherungsträger die Versicherung durchführe und nicht mehr, welche Arbeitnehmenden obligatorisch gegen Unfall versichert seien. Das Unterstellungsrecht nach UVG habe damit nicht mehr eine soziale, sondern eine rein wirtschaftliche Funktion (E. 2b). Der Gesetzgeber habe die Unterstellungskriterien des KUVG (ohne wesentliche Änderungen) mit dem Ziel übernommen, den Bestand der bei der SUVA versicherten Arbeitnehmer ungefähr gleich zu belassen, wobei keine strikte Besitzstandswahrung beabsichtigt gewesen sei. Obwohl der Gesetzgeber die Unterstellungskriterien weitgehend unverändert übernommen habe, könnten die altrechtliche Verwaltungspraxis und Rechtsprechung angesichts der veränderten Funktion der Unterstellungskriterien im neuen Recht aber nicht unbesehen angewendet werden. Unter dem nunmehr massgebenden Aspekt der Aufteilung des Versicherungsgeschäfts zwischen der SUVA einerseits und den Versicherern gemäss Art. 68 UVG anderseits komme dem Gebot der Rechtssicherheit und der administrativen Einfachheit erhöhtes Gewicht zu. Die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung hätten im Rahmen von Gesetz und Verordnung sachgerechte und klare Kriterien für die Entscheidung der Unterstellungsfrage zu erarbeiten. Diese Kriterien müssten im Rahmen von Art. 76 UVG (Wechsel des Versicherers) möglichst dauerhafte Unterstellungen gewährleisten und verhindern, dass normale organisatorische Umdispositionen zu einer Neuzuteilung führten. (E. 2).

Bei einem ungegliederten Betrieb erfolge die Unterstellung direkt aufgrund des einheitlichen oder vorwiegenden Betriebscharakters (E. 7a). Ein ungegliederter Betrieb im unterstellungsrechtlichen Sinne liege vor, wenn sich die Unternehmung im Wesentlichen auf einen ein-

zigen, zusammenhängenden Tätigkeitsbereich beschränke. Sie weise somit einen einheitlichen oder im Sinne der Botschaft (Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 18. August 1976, BBl 1976 III 209) vorwiegenden Betriebscharakter (z.B. als Bauunternehmung, als Handelsbetrieb oder als Treuhandgesellschaft) auf und führe im wesentlichen nur Arbeiten aus, die in den üblichen Tätigkeitsbereich eines Betriebes dieser Art fielen (E. 5b). Bei einem gemischten Betrieb (welcher zu den gegliederten Betrieben gehört, siehe auch E. 4.1 hiervor) erfolge die Unterstellung nach dem vorwiegenden Betriebscharakter jeder Betriebseinheit, was zu verschiedenen Unterstellungen führen könne (E. 7a).

4.3.4 Im Urteil U 3/02 vom 16. Juli 2003 (RKUV 2004 Nr. U 498) hat das EVG seine Rechtsprechung bestätigt, wonach bei ungegliederten Betrieben das Ausmass einzelner für die Unterstellung nach Art. 66 Abs. 1 UVG ausschlaggebender branchenüblicher Tätigkeiten keine Rolle spielt. Eine Regel, wonach eine Unterstellung unter die SUVA ausgeschlossen sei, wenn eine und dieselbe Betriebseinheit die Kriterien des Art. 66 Abs. 1 UVG nur zu einem geringen Teil erfülle, lasse sich weder dem Gesetz und der Verordnung noch der bundesrätlichen Botschaft entnehmen. Im Übrigen sprächen auch Praktikabilitätsgründe gegen eine Rechtsprechungsänderung. Würde die Unterstellung abhängig gemacht vom Umfang der im Betrieb ausgeführten Bearbeitungen gemäss Art. 66 Abs. 1 UVG, würden sich zu Beginn und im Laufe der betrieblichen Tätigkeit schwierige Abgrenzungsfragen stellen, verbunden mit einem erhöhten Abklärungsbedarf (E. 6.3).

Streitig war in diesem Fall die Unterstellung eines Detailhandelsbetriebes für Sport, Hobby und Eisenwaren aufgrund von Art. 66 Abs. 1 Bst. e UVG, weil die verkauften Produkte zum Teil in der Werkstatt maschinell bearbeitet wurden. Zum Begriff des vorwiegenden Betriebscharakters führte das Gericht aus, massgebend sei nicht, ob der Detailhandel oder die Bearbeitung eines in Art. 66 Abs. 1 Bst. e UVG genannten Stoffes den vorwiegenden Betriebscharakter bildeten. Es komme nur für die Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit für eine Betriebsart allgemein branchenüblich sei und somit, ob überhaupt ein ungegliederter Betrieb vorliege, auf den überwiegenden Betriebscharakter des konkreten Unternehmens an. „Bei ungegliederten Betrieben spielt das Ausmass einzelner für die Unterstellung nach Art. 66 UVG ausschlaggebender Tätigkeiten keine Rolle, weil die

verschiedenen Arbeitsgattungen in diesem Fall begriffsnotwendig (...) nicht in verschiedenen Betriebseinheiten – im Sinne von Hilfs- und Nebenbetrieben oder einer Mehrzahl von Betriebseinheiten im Rahmen eines gemischten Betriebes – getätigt werden, sondern eben im Rahmen der allgemeinen Betriebsorganisation im Sinne eines einzigen, zusammenhängenden Tätigkeitsbereichs. Als für die Vollendung des angebotenen Produktes unerlässliche und damit branchenübliche Vorkehren bilden diese Bestandteil der typischen Betriebstätigkeit und werden vom Begriff des Betriebscharakters miterfasst“ (E. 6.1 mit Hinweisen).

4.4 Aus der dargelegten Rechtsprechung erhellt zunächst, dass dem Grundsatz der Rechtssicherheit und der Praktikabilität im Anwendungsbereich des Art. 66 Abs. 1 UVG entscheidende Bedeutung zukommt. Daher ist, sofern die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit die Unterstellung unter die SUVA nach sich zieht, grundsätzlich nicht entscheidend, in welchem Umfang diese Tätigkeit ausgeübt wird. Eine Ausnahme gilt nur bei gegliederten Betrieben, wenn der Hilfs- oder Nebenbetrieb an sich „unterstellungspflichtige“ Tätigkeiten ausübt, der Hauptbetrieb jedoch nicht in den Tätigkeitsbereich der SUVA fällt (Grundsatz der Attraktion, vgl. Art. 88 Abs. 1 UVV, BGE 113 V 327 E. 3.c). Vorliegend geht es indessen nicht um die Frage nach dem Ausmass einzelner, für die Unterstellung ausschlaggebender Tätigkeiten, sondern um die Auslegung des Begriffs „Betrieb des Baugewerbes“ im Sinne von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG, mithin um die Frage, ob die Ausübung einer baugewerblichen Tätigkeit oder die Zugehörigkeit zur Baubranche eine Unterstellung unter die SUVA zur Folge hat.

4.5 Nach der Rechtsprechung ist das Gesetz in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text unklar oder lässt er verschiedene Deutungen zu, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (insbesondere Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Zweck der Bestimmung) nach der wahren Tragweite der auszulegenden Norm gesucht werden. Dabei hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Auslegung von Erlassen stets von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten lassen und es abgelehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 133 V 450 E. 8.2.1 mit Hinweisen).

4.5.1 Der Wortlaut von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG erscheint in allen drei Sprachen klar. Der SUVA unterstellt sind „Betriebe des Bau- und

Installationsgewerbes sowie des Leitungsbaus“, „entreprises de l’industrie du bâtiment, d’installations et de pose de conduites“, „aziende dell’industria edilizia, d’installazioni e di posa di condutture“. Hinweise dafür, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, sondern die baugewerblichen Tätigkeiten massgebend sein sollen, lassen sich nicht erkennen. Der Gesetzgeber hat in Art. 66 Abs. 1 UVG verschiedenartige Kriterien für die Zuweisung zum Tätigkeitsbereich der SUVA vorgesehen: das Ausüben einer bestimmten Tätigkeit, wie die maschinelle Bearbeitung von Metall (Bst. e), die Qualifikation als Forstbetrieb (Bst. d) oder als Invalidenwerkstätte (Bst. n), ein unmittelbarer Anschluss an das Transportgewerbe (Bst. g). Aus der Systematik von Art. 66 Abs. 1 UVG kann daher nicht geschlossen werden, es handle sich um ein gesetzgeberisches Versehen, dass in Bst. b Betriebe des Baugewerbes und nicht „Betriebe, die baugewerbliche Tätigkeiten ausüben“ genannt werden. Die Auslegung des Begriffs „Baugewerbe“ ist zudem erheblich einfacher und klarer als derjenige der „baugewerblichen Tätigkeiten“.

4.5.2 Wie die Rekurskommission UV zutreffend ausgeführt hat, bestätigt auch die historische Auslegung das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung. Mit Blick auf die ratio legis liesse sich nur argumentieren, die Betriebsgefahr eines Gartenbaubetriebes entspreche infolge der Ähnlichkeit der durchgeführten Tätigkeiten weitgehend derjenigen eines Betriebes des Baugewerbes. Die Betriebsgefahr ist indessen grundsätzlich kein massgebendes Kriterium für die Abgrenzung der Zuständigkeit der SUVA einerseits und der Privatversicherer gemäss Art. 68 UVG andererseits (vgl. BGE 113 V 327 E. 2, Urteil BVGer C-3186/2006 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.3 mit Hinweisen). Im Übrigen stellt die Branchenzugehörigkeit ein sachgerechtes und klares Kriterium dar, welches dem Gebot der Rechtssicherheit und der administrativen Einfachheit entspricht. Zudem wird damit gewährleistet, dass normale organisatorische Umdispositionen nicht zu einer Neuzuteilung führen (vgl. BGE 113 V 327 E. 2 sowie E. 4.3.3 hiervor). Eine Auslegung gegen den Wortlaut lässt sich daher nicht rechtfertigen.

4.5.3 Mit der Rekurskommission UV ist festzustellen, dass Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG an der Branchenzugehörigkeit anknüpft und Gartenbaubetriebe nicht unter den Begriff Baugewerbe subsumiert werden können.

Bei diesem Ergebnis besteht keine Divergenz zu der seit BGE 113 V 327 geltenden Praxis. Der von der Rekurskommission UV vorgezeichnete Weg steht vielmehr im Einklang mit den massgebenden Grundsätzen des Unterstellungsrechts, welche die Rechtsprechung seit Inkrafttreten des UVG entwickelt hat. Entscheidend ist, dass in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob ein einheitlicher Betriebscharakter vorliegt bzw. welches der vorwiegende Betriebscharakter ist. Erst wenn dieser bestimmt ist, kann geprüft werden, ob eines der Merkmale von Art. 66 Abs. 1 UVG erfüllt ist. Ist ein Kriterium erfüllt, spielt es keine Rolle, welche Bedeutung dieses Kriterium für den vorwiegenden Betriebscharakter hat (ausser das Anknüpfungskriterium wird lediglich von einem Hilfs- oder Nebenbetrieb erfüllt). Es kann daher genügen, dass ein rein formales Kriterium wie ein Gleisanschluss (BGE 113 V 327 E. 8a) vorliegt oder eine eine bestimmte („unterstellungspflichtige“) Tätigkeit in geringem Umfang ausgeübt wird.

Ist der Betriebscharakter für die Unterstellung massgebend, wovon Art. 66 Abs. 1 UVG in der Regel ausgeht (vgl. BGE 113 V 327 E. 8a), ist die von einem Betrieb ausgeübte Tätigkeit zwar oft – aber nicht immer – entscheidend für die Bestimmung des Betriebscharakters. Als Transportbetriebe im Sinne von Art. 66 Abs. 1 Bst. g UVG sind bspw. alle Betriebe zu qualifizieren, die Transporte zu Land, zu Wasser oder zu Luft ausführen (Art. 78 Bst. a UVV). Invalidenwerkstätten sind aber (im Unterschied zu Lehrwerkstätten, vgl. Art. 84 Bst. a UVV) gemäss Art. 66 Abs. 1 Bst. n UVG in Verbindung mit Art. 84 Bst. b UVV generell der SUVA unterstellt, unabhängig von der in der Werkstätte ausgeübten Tätigkeit. Die Qualifikation als Invalidenwerkstätte kann demnach nur aufgrund des einheitlichen oder vorwiegenden Betriebscharakters erfolgen.

4.5.4 Anzufügen bleibt, dass das Urteil des Bundesgerichts U 412/06 vom 26. Januar 2007 dem vorliegend ermittelten Ergebnis nicht entgegensteht. Das Bundesgericht hat darin – wie sich auch aus dem ersten Absatz der Erwägung 4.2 ergibt – seine konstante Praxis zu Art. 66 Abs. 1 Bst. e UVG bestätigt, wonach es genügt, dass eine in dieser Bestimmung genannte Tätigkeit ausgeübt wird und es nicht darauf ankommt, in welchem Ausmass diese Tätigkeit ausgeübt wird, und eine Praxisänderung verworfen. Diesem Urteil kann jedoch nicht entnommen werden, dass das Bundesgericht die Praxis zu Bst. e einheitlich auf alle Kriterien des Art. 66 Abs. 1 UVG anwenden und damit an den grundlegenden Prinzipien des Unterstellungsrechts (insbesondere

zum vorwiegenden Betriebscharakter) etwas ändern wollte. Dass das Gericht lediglich seine seit Jahren konstante Praxis zu Bst. e bestätigte, zeigt sich auch darin, dass es sich darauf beschränkte, seine Ausführungen in RKUV 2004 Nr. U 498 zu zitieren und anschliessend festzustellen, diese hätten nach wie vor Gültigkeit (Urteil U 412/06 E. 4.2). Die beiden die Gartenbaubetriebe betreffenden Urteile (RKUV 2005 Nr. U 534, Urteil EVG U 129/05 vom 7. Juni 2006) werden nicht erwähnt. Aus dem Urteil U 412/06 kann daher nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe die im Urteil U 129/05 offen gelassene Frage beantwortet und die Praxis gemäss RKUV 2005 Nr. U 534, wonach es auch bei Bst. b von Art. 66 Abs. 1 UVG nicht darauf ankomme, in welchem Ausmass eine baugewerbliche Tätigkeit ausgeübt werde, bestätigt.

4.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin als Gartenbaubetrieb nicht aufgrund von Art. 66 Abs. 1 Bst. b UVG der SUVA unterstellt ist. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich weitere Ausführungen zu einer Unterstellung nach Art. 66 Abs. 1 Bst. m in Verbindung mit Bst. b UVG.

5.
Es bleibt jedoch zu prüfen, ob ein anderes Unterstellungskriterium gemäss Art. 66 Abs. 1 UVG erfüllt ist.

Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin darin, dass ein allfälliger „Unterstellungsanspruch“ der SUVA verjährt oder verwirkt wäre. Wie die SUVA zutreffend ausgeführt hat, erfolgt die Unterstellung im Bereich von Art. 66 Abs. 1 UVG von Gesetzes wegen, weshalb nicht ein Anspruch der SUVA in Frage steht (vgl. E. 4.1 hiervor). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Rekurskommission UV verbietet auch der Vertrauensschutz der SUVA nicht, Betriebe zu unterstellen, die bereits seit mehreren Jahren bei einem Versicherer gemäss Art. 68 UVG versichert sind (Urteil BVGer C-663/2007 vom 17. März 2008 E. 7; unveröffentlichte Urteile REKU 612/04 vom 22. August 2005 E. 2, CRAA 588/04 vom 24. Februar 2005 E. 3e, CRAA 614/04 vom 12. Mai 2006 E. 4).

5.1 Die Beschwerdeführerin bietet laut ihrer Homepage im Bereich Gartenbau Neuanlagen, Umgestaltung von bestehenden Gärten und Wasseranlagen an. Zu den kleineren Objekten im Angebot Neuanlagen und Umgestaltung gehören unter anderem Dachgärten, Stütz-

mauern, Pergola, Sitzplätze, Parkplätze und Sichtschutzwände (www._____).

5.2 Nach Art. 66 Abs. 1 Bst. e UVG sind Betriebe, die Metall, Holz, Kork, Kunststoffe, Stein oder Glas maschinell bearbeiten, sowie Giessereien der SUVA unterstellt. Gehört das maschinelle Bearbeiten von Stoffen im Sinne von Bst. e zum üblichen Tätigkeitsbereich des Betriebs einer bestimmten Art, erfolgt die Unterstellung unabhängig davon, in welchem Umfang die „unterstellungspflichtige“ Tätigkeit ausgeübt wird (RKUV 2004 Nr. U 498 E. 6.1).

5.3 Es erscheint kaum vorstellbar, dass ein Gartenbaubetrieb Angebote, wie diejenigen der Beschwerdeführerin, realisieren kann, ohne dabei Holz, Stein oder Metall maschinell zu bearbeiten oder ohne dass – wenn sich der Betrieb auf die Planung von Gärten beschränkt – die technische Vorbereitung im Sinne von Art. 66 Abs. 1 Bst. m UVG für solche Arbeiten übernommen wird. Aus der Betriebsbeschreibung des Beschwerde führenden Betriebes geht nur hervor, dass sich das Unternehmen im Bereich Gartenbau, Gartenpflege und Gartenplanung betätigt (Akt. 8/4). Welche Arbeiten konkret ausgeübt werden, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Es lässt sich daher nicht beurteilen, ob der Betrieb der Beschwerdeführerin ein oder mehrere Unterstellungsmerkmale nach Art. 66 Abs. 1 Bst. e UVG erfüllt. Die Sache ist deshalb an die SUVA zurückzuweisen, damit sie die ergänzenden Abklärungen vornehme und anschliessend über die Unterstellungsfrage neu entscheide. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

6.
Zu befinden bleibt noch über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

6.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Eine Rückweisung gilt praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (BGE 132 V 215 E. 6). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss ist daher zurück zu erstatten. Den Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

6.2 Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhält-

nismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da der nicht vertretenen Beschwerdeführerin keine unverhältnismässig grossen Kosten entstanden sind und sie zu Recht auch keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. auch Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

Der Einspracheentscheid vom 17. August 2007 wird aufgehoben und die Sache an die SUVA zurückgewiesen, damit sie nach erfolgten Abklärungen im Sinne der Erwägungen die Unterstellung des Betriebes neu beurteile.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2000.- wird zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. _____; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Gesundheit, Dienstbereich Kranken- und Unfallversicherung

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Johannes Frölicher Susanne Fankhauser

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: