L 29 AL 8/11

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
29
1. Instanz
SG Frankfurt (Oder) (BRB)
Aktenzeichen
S 12 AL 181/09
Datum
08.12.2010
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 29 AL 8/11
Datum
06.02.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 8. Dezember 2010 im Verfahren S 12 AL 181/09 wird zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 8. Dezember 2010 im Verfahren S 12 AL 27/10 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten der Rechtsstreite hat die Klägerin zu tragen. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.001,13EUR festgesetzt. Im Klageverfahren S 12 AL 27/10 wird ein Streitwert in Höhe von 15.001,13 EUR festgesetzt. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit ist die Feststellung der Beklagten, dass der Betrieb der Klägerin seit dem 21. November 2003 der Umlagepflicht zur ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft unterliegt (Einbeziehungsbescheid der Beklagten vom 24. März 2009/Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2009 - Berufung eingelegt durch die Klägerin), sowie die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der Winterbau-Umlage für den Zeitraum von Dezember 2004 bis Dezember 2005 (Bescheid der Beklagten vom 16. Dezember 2009/Widerspruchsbescheid vom 6. Januar 2010 - Berufung eingelegt durch die Beklagte).

Mit notariellem Vertrag vom 21. November 2003, beurkundet durch den Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der Urkundenrolle Nr. 335/2003 als handelnden Notar, errichtete Frau I Z als alleinige Gründungsgesellschafterin die S G GmbH (im Folgenden: Klägerin) mit einem Stammkapital von 25.000 EUR und einem Firmensitz in H N Ortsteil B. Zu Ziffer II. "Geschäftsführerbestellung" enthält dieser notarielle Vertrag die Regelung, dass Frau Z in der von ihr abgehaltenen ersten Gesellschafterversammlung sich zur Geschäftsführerin bestellte und ihr die Befugnis erteilt wurde, die Gesellschaft allein zu vertreten, auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind. Sie wurde außerdem von den Beschränkungen des § 181 BGB und vom Wettbewerbsverbot befreit.

Diesem Gründungsvertrag war ein Gesellschaftsvertrag beigefügt, der unter § 3 als Gegenstand des Unternehmens "die Ausführung von Holz- und Bautenschutzarbeiten, Abdichtungsarbeiten, die Ausführung von Rigipsarbeiten, die Montage und der Verkauf von vorgefertigten Normbauteilen (insbesondere von Fenstern, Türen)" enthält.

In § 9 Abs. 3 (Gesellschaftsbeschlüsse) enthält der Gesellschaftsvertrag die Regelung, dass Gesellschafterbeschlüsse, sofern nicht das Gesetz oder der Gesellschaftervertrag eine andere Mehrheit vorsieht, mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Je 50 EUR des Geschäftsanteils gewähren eine Stimme. Nach § 9 Abs. 4 des Gesellschaftervertrages ist eine Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen nur erforderlich bei Auflösung der Gesellschaft, Aufnahme neuer Gesellschafter, Änderungen des Gesellschaftsvertrages und die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals. § 8 Abs. 6 S. 1 des Gesellschaftervertrages enthält die Regelung, dass die Gesellschaft beschlussfähig ist, sofern mindestens 50 % des Stammkapitals vertreten sind.

In der Gewerbeanmeldung bei der Stadt H N vom 2. Dezember 2003 wurde als Tätigkeit "Holz- und Bautenschutz, Einbau von genormten Baufertigteilen, Rigipsarbeiten, Abdichtungsarbeiten" angemeldet.

Die Firma wurde in das Handelsregister des Amtsgerichts Neuruppin (HRB 6824 OPR) am 16. Februar 2004 antragsgemäß eingetragen. Nach einer Verlegung des Firmensitzes nach P im Jahre 2006 wurde die Gesellschaft bei dem Amtsgericht Frankfurt (Oder) unter der Registernummer HRB geführt. Ausweislich der Gewerbeanmeldung in der Gemeinde P vom 30. Oktober 2006 wurde als Tätigkeit "Holz - und Bautenschutz, Abdichtungsarbeiten, Einbau von genormten Bauteilen" angemeldet.

Mit weiterem notariellen Vertrag des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als handelndem Notar vom 17. Dezember 2003 (Urkundenrolle

Nr. 378/2003) teilte Frau Z ihren Geschäftsanteil von 25.000 EUR in einen Geschäftsanteil von 15.100 EUR und 99 Geschäftsanteile in Höhe von je 100 EUR auf. Je einen Geschäftsanteil in Höhe von 100 EUR veräußerte sie sodann ausweislich dieses notariellen Vertrages an insgesamt zehn weitere Personen, so dass sie selbst weiterhin Eigentümerin eines Geschäftsanteiles in Höhe von 15.100 EUR sowie weiterer 89 Geschäftsanteile von nominal jeweils 100 EUR blieb. Die so nunmehr insgesamt elf vorhandenen Gesellschafter der Klägerin bestellten sich jeweils mit Beschluss auch zu Geschäftsführern, wobei den übrigen Geschäftsführern aber nur gemeinsam mit der Geschäftsführerin Frau Z Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft eingeräumt wurde.

Die im wesentlichen inhaltsgleichen Geschäftsführerverträge der Gesellschafter-Geschäftsführer - mit Ausnahme von Frau Z- enthielten in § 1 (Aufgabenbereich) jeweils die Regelung, dass der Geschäftsführer seine Leistung am Sitz der Gesellschaft bzw. nach Erfordernis der Gesellschaft zu erbringen habe und er seine Arbeitskraft mindestens 42 Stunden pro Woche zur Verfügung zu stellen habe, wobei sich die tägliche Arbeitszeit entsprechend dem betrieblichen Erfordernis verteile (§ 1 Nr. 5 und 6 der Geschäftsführerverträge). In § 2 des Geschäftsführervertrages wurden Kündigungsfristen geregelt (14 Tage zum Ende des Monats) und nach § 5 erhielt jeder Geschäftsführer ein festes monatliches Entgelt, welches individuell unterschiedlich war, so erhielten beispielsweise Herr St 1900 EUR monatlich brutto, Herr S 1650 EUR monatlich brutto, Herr S 1802,50 EUR monatlich brutto und Herr N 2008,50 EUR monatlich brutto. In § 5 Abs. 2 der Geschäftsführerverträge war zudem jeweils eine Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall für die Dauer von max. 6 Wochen und in § 6 ein Urlaubsanspruch von 27 Arbeitstagen im Kalenderjahr vorgesehen. Nur der Geschäftsführervertrag von Frau Z enthält in dessen § 1 die Regelung, dass die Geschäftsführerin die Gesellschaft allein vertritt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Als Vergütung ist dort in § 4 ein festes Jahresgehalt in Höhe von 33.600 EUR, zahlbar in monatlichen Teilbeträgen in Höhe von 2800 EUR - ohne Fortzahlung im Krankheitsfall - geregelt.

In der Folgezeit wurden, beispielsweise ausweislich der notariellen Verträge vom 5. Februar 2005 (Urkundenrolle Nr. 52/2004) und vom 8. März 2004 (Urkundenrolle Nr. 85/2004), stetig weitere Gesellschafter-Geschäftsführer in die GmbH aufgenommen. Auch wurden umgekehrt, Gesellschaftsanteile von 100 EUR durch einen ausscheidenden Gesellschafter an Frau Z und Kündigung dieses Geschäftsführers durch Frau Z rückübertragen, beispielsweise ausweislich eines notariellen Vertrages vom 10. Januar 2006 (Notar T J, Urkundenrolle 7/06). Immer gleich blieb im streitigen Zeitraum, dass die Gesellschafterin- Geschäftsführerin Frau Z mindestens einen Geschäftsanteil mit 15.100 EUR zuzüglich einer wechselnden Anzahl weiterer Geschäftsanteile zu je 100 EUR hielt und alleinvertretungsberechtigt blieb.

Am 3. Dezember 2013 wurde schließlich Frau S B als alleinige Geschäftsführerin in das Handelsregister eingetragen.

Aus den Registerakten ergibt sich danach folgende Entwicklung bei den Gesellschafter-Geschäftsführern:

21. November 2003 1 Gesellschafter-Geschäftsführerin (Frau Z) 17. Dezember 2003 11 Gesellschafter-Geschäftsführer 5. Februar 2004 19 Gesellschafter-Geschäftsführer 8. März 2004 25 Gesellschafter-Geschäftsführer 10. Januar 2006 24 Gesellschafter-Geschäftsführer 30. März 2007 24 Gesellschafter-Geschäftsführer 5. Juni 2008 32 Gesellschafter-Geschäftsführer 8. Februar 2008 34 Gesellschafter-Geschäftsführer 23. September 2008 31 Gesellschafter-Geschäftsführer 17. Dezember 2008 30 Gesellschafter-Geschäftsführer 28. Januar 2009 30 Gesellschafter-Geschäftsführer 14. Oktober 2009 27 Gesellschafter-Geschäftsführer 8. April 2013 27 Gesellschafter-Geschäftsführer 3. Dezember 2013 1 Gesellschafter-Geschäftsführerin (Frau B)

In einem Schreiben vom 8. Juli 2008 an die Steuerberaterin der Klägerin führte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin zu der Frage, ob Beiträge zur Baukasse abgeführt werden müssten, u.a. wörtlich aus:

"Streitig kann daher nur sein, ob für die angestellten Geschäftsführer auch in die Baukasse eingezahlt werden muss Ein Baubetrieb liegt generell vor, so dass die sachlichen Voraussetzungen gegeben sind und für alle angestellten Mitarbeiter (nicht Geschäftsführer) Beiträge zur Baukasse abgeführt werden müssen für Mitgeschäftsführer einer GmbH (müssten aber, weil sie nicht Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes –BetrVG-seien) keine Beiträge abgeführt werden."

Ausweislich eines Vermerks vom 25. August 2008 führte die Agentur für Arbeit Berlin Süd am 12. August 2008 auf Veranlassung der Agentur für Arbeit Eberswalde bei der Klägerin eine Betriebsprüfung im Steuerbüro in Berlin durch. Es sei festgestellt worden, dass die Klägerin seit Firmengründung bauliche Leistungen wie Abdichtarbeiten gegen Feuchtigkeit, Fassadenbauarbeiten, Holzschutzarbeiten an Bauteilen, Stuck- und Putzarbeiten sowie Trocken- und Montagebauarbeiten auf dem Baumarkt gewerblich anbiete und der Betrieb somit dem Geltungsbereich des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe zuzuordnen sei. Der Betrieb beschäftige zur Zeit drei Poliere, zwei geringfügig Beschäftigte im Büro, einen technischen Angestellten und 31 Gesellschafter- Geschäftsführer mit einem Gesellschafteranteil von jeweils 100 EUR. Die Gesellschafter-Geschäftsführer seien auf den Baustellen gewerblich tätig und würden Bauleistungen ausführen. Frau Z als Gesellschafterin und Geschäftsführerin halte einen Gesellschafteranteil von 15.100 EUR und vertrete die GmbH allein. Es sei bei den Prüfern der Eindruck entstanden, der Betrieb entziehe sich durch die Gestaltung der Verträge wissentlich der Umlagepflicht für gewerblich tätige Arbeitnehmer.

Die Beklagte stellte daraufhin mit Bescheid vom 24. März 2009 eine Umlagepflicht der Klägerin seit dem 21. November 2003 fest (so genannter Einbeziehungbescheid). In dem Betrieb würden Arbeiten erbracht, die unter § 1 Abs. 2 Nr. 1, 11, 19, 33 und 36 der Baubetriebe-Verordnung fielen, so dass von der Klägerin eine monatliche Winterbeschäftigungs-Umlage gemäß § 354 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch auf (SGB III) zu zahlen sei. Die Umlage betrage derzeit 2 % der monatlich angefallenen Bruttolöhne aller gewerblichen Arbeitnehmer einschließlich der beschäftigten gewerblichen Aushilfskräfte und sei nach § 7 Abs. 1 der Winterbeschäftigungs-Verordnung an die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes VVaG jeweils am 15. des Folgemonats abzuführen. Konkrete Beiträge zu einzelnen Zeiträumen wurden mit diesem Bescheid nicht geltend gemacht.

Gegen diesen Bescheid erhob die durch ihren Prozessbevollmächtigten vertretene Klägerin am 3. April 2009 Widerspruch. Zur Begründung führte die Klägerin mit Schreiben vom 3. Juni 2009 aus, das Unternehmen unterliege keinesfalls der Umlagepflicht, weil keinerlei gewerbliche Arbeitnehmer beschäftigt würden. Das Unternehmen habe in zulässiger Weise den Gesellschaftsvertrag und auch die Geschäftsführerverträge gestaltet. Es gebe keinerlei Verpflichtung dahingehend, dass in einem derartigen Betrieb gewerbliche Mitarbeiter eingestellt werden müssten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2009 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Die Betriebsprüfung habe ergeben, dass die Klägerin bauliche Leistungen im Sinne des §§ 182 Abs. 2 SGB III in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Nr. 1, 11, 19, 33 und 36 der Baubetriebe-Verordnung (insbesondere Abdichtungsarbeiten gegen Feuchtigkeit, Fassadenbauarbeiten und Holzschutzarbeiten an Bauteilen) erbringe. Die Klägerin sei damit als Betrieb in die Beschäftigungsförderung im Baugewerbe einzuziehen und die Umlagepflicht bestehe unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Förderleistungen.

Gegen diesen Widerspruchsbescheid hat die Klägerin am 23. Juli 2009 bei dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) die dort unter dem Aktenzeichen S 12 AL 181/09 registrierte Klage erhoben. Die Beklagte habe zwar zutreffend festgestellt, dass die Klägerin unter anderem auch teilweise im Bereich der Bauhauptarbeiten tätig sei. Sie lasse jedoch völlig unberücksichtigt, dass keinerlei gewerbliche Arbeitnehmer beschäftigt würden. Es könne nicht sein, dass eine solche Sondersituation völlig unberücksichtigt bliebe. Es habe keinen Sinn, die Erforderlichkeit einer Bauumlage festzustellen, wenn tatsächlich keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt würden. Seit der Gründung der Gesellschaft im Jahre 2003 seien keine Arbeitnehmer beschäftigt worden. Es handele sich auch nicht um Scheinselbstständige; in gleicher Weise könnten die zahlreichen Gesellschafter mit unterschiedlichen Beteiligungen eine GbR oder KG gründen. Ein Gesellschafter und Geschäftsführer könne nicht zugleich gewerblicher Arbeitnehmer sein; es handele sich nicht um eine Scheinkonstruktion, sondern um eine zulässige gesellschaftsrechtliche Gestaltung. Die Beklagte (gemeint ist: Die Klägerin) sei seinerzeit von den Mitgesellschaftern gegründet worden, weil diese von einem Drittunternehmen gekündigt worden seien und vor der Arbeitslosigkeit gestanden hätten. Ansonsten hätte jeder der Mitgesellschafter ein eigenes Gewerbe gründen müssen und auch gegründet. Die Klägerin (gemeint ist: Die Beklagte) unterstütze ihrerseits oben genannte Existenzgründer mit Zuschüssen und umgehe damit die Baukasse. Die Mitgesellschafter hätten also sogar staatliche Existenzgründermittel in Anspruch nehmen können und wären dann auf die gleiche Weise wie auch jetzt nicht abgabepflichtig. Im Übrigen sei das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 11. März 1987 (10 RAr 5/85), wonach die Feststellung der Umlagepflicht in einem gesonderten Bescheid ohne Festsetzung der konkreten Umlage zulässig sei, nicht einschlägig. In dem vom BSG entschiedenen Fall habe unstreitig die Beschäftigung mehrerer gewerblicher Arbeitnehmer festgestanden, was vorliegend gerade nicht der Fall sei.

Während des Klageverfahrens hat die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (SOKA- BAU) der Klägerin mit Schreiben vom 3. September 2009 mitgeteilt, der Betrieb führe arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten aus und sei daher berechtigt, die Leistungen von SOKA-BAU im Rahmen der Sozialkassenverfahren in Anspruch zu nehmen. Da die Klägerin zurzeit aber keine Arbeitnehmer beschäftige, ruhe ihr Beitrags- und Leistungskonto; eine Verpflichtung zur Beitragsmeldung- und Zahlung bestehe derzeit also nicht.

In der nichtöffentlichen Sitzung des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 27. Januar 2010 hat Frau Z erklärt, für sämtliche Gesellschafter-Geschäftsführer mit Ausnahme Ihrer Person würden monatlich Sozialversicherungsbeiträge abgeführt; dementsprechend sei bereits eine Betriebsprüfung durchgeführt worden.

Die Klägerin hat schriftlich beantragt,

den Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 24. März 2009 in der Form des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2009 aufzuheben.

Die Beklagte hat schriftlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Klägerin vertrete selbst die Auffassung, sie sei als Arbeitgeberin des Baugewerbes grundsätzlich umlagepflichtig nach § 354 ff. SGB III. Es sei danach schon fraglich, inwieweit sie durch den angefochtenen Einbeziehungsbescheid überhaupt beschwert sei. Zur Höhe und Umfang der zu entrichtenden Umlage enthalte diese Entscheidung keine Regelung. Soweit die Klägerin behaupte, sie beschäftige überhaupt keine gewerblichen Arbeitnehmer, treffe dies nicht zu. Zutreffend sei zwar, dass die Klägerin formal nur aus Gesellschafter-Geschäftsführern bestehe. Auffallend sei aber, dass eine Vertretung nur durch Frau Z erfolge und diese schon allein aufgrund ihres Gesellschaftsanteiles von 15.100 EUR am Stammkapital von 25.000 EUR, mithin von 60,4 % der Gesellschaftsanteile, die bestimmende Gesellschafterin sei. Die anderen Gesellschafter hätten keine Möglichkeit, Entscheidungen ohne Zutun oder gegen Frau Z herbeizuführen. Es sei offenkundig, dass aufgrund der formalrechtlichen Konstruktion nur erreicht werden sollte, den Arbeitnehmerschutz in Bezug auf Mindestlohn, Kündigungsschutz usw. sowie die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen zu umgehen, und es sich bei allen Gesellschafter-Geschäftsführern, außer Frau Z, um so genannte Scheinselbständige handele. Im sozialrechtlichen Sinne komme es aber nicht auf die formalrechtliche Konstruktion, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse an.

Mit Einverständnis der Beteiligten hat das Sozialgericht Frankfurt (Oder) mit Urteil vom 8. Dezember 2010 ohne mündliche Verhandlung die Klage abgewiesen. Nach § 354 SGB III bestehe eine Umlagepflicht der Klägerin. Die Beklagte habe mit Einbeziehungsbescheid isoliert über die Umlagepflicht entscheiden dürfen, da ein Regelungsbedürfnis bestehe, damit die Arbeitgeber möglichst frühzeitig wüssten, ob ihr Betrieb umlagepflichtig sei. Die Feststellung der Umlagepflichtigkeit sei auch zutreffend, weil die Klägerin zu den Arbeitgebern des Baugewerbes gehöre. Sie erbringe mit Abdichtungsarbeiten, Montagearbeiten von vorgefertigten Normteilen, Holzschutzarbeiten und Rigibsarbeiten überwiegend Bauleistungen nach § 1 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 12, Nr. 19 und Nummer 36 der Baubetriebe-Verordnung.

Gegen dieses dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 16. Dezember 2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 10. Januar 2011 Berufung bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingelegt, welche unter dem Az. L 29 AL 8/11 registriert worden ist.

Nach Zurückweisung des Widerspruchs gegen den Einbeziehungsbescheid vom 24. März 2009 hat die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 6. November 2009 aufgefordert, die seit November 2003 angefallenen Bruttolohnsummen aller gewerblich tätigen Arbeitnehmer und Aushilfen bis zum 7. Dezember 2009 zu melden und die sich daraus ergebende Winterbeschäftigungsumlage zu zahlen. Auf dieses Schreiben teilte die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 3. Dezember 2009 mit, die Klägerin beschäftige bekanntlich keine gewerblichen Mitarbeiter und habe keine Umlage abzuführen (das Schreiben befindet sich direkt nach der obigen Anfrage in der Umlageakte der Beklagten).

Mit Bescheid (Beitragsbescheid) vom 16. Dezember 2009 forderte die Beklagte daraufhin für den Zeitraum von Dezember 2004 bis

Dezember 2005 von der Klägerin Beiträge in Höhe von 13.000 EUR, zuzüglich einer Mehrkostenpauschale in Höhe von 1950 EUR sowie Mahngebühren in Höhe von 51,13 EUR, insgesamt 15.001,13 EUR. Hinsichtlich der Beitragshöhe enthält der Beitragsbescheid lediglich den Hinweis, es handele sich um eine Schätzung nach § 5 Abs. 5 Winterbeschäftigungsverordnung in Verbindung mit § 28f Abs. 3 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV), die berichtigt werden würde, sollte sie sich als zu hoch oder zu niedrig herausstellen.

Den hiergegen erhobenen Widerspruch hat die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 6. Januar 2010 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klägerin betreibe Bauleistungen und sei zur Umlage verpflichtet. Die Umlagenhöhe betrage gemäß § 1 S. 1 Winterbau-Umlageverordnung 1% der lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelte der Arbeitnehmer. Die gesellschaftsrechtliche Konstruktion der Klägerin diene offenkundig dazu, die Arbeitnehmer als Scheinselbständige der Sozialversicherungspflicht und den Arbeitgeber darüberhinaus der Umlage- und Sozialkassenpflicht zu entziehen. Ein Betrieb mit Betriebszweck und Größe der Klägerin sei nicht in der Lage, diesen ohne die Beschäftigung von Arbeitnehmern zu erfüllen. Die vorgenommene Schätzung der Umlagebeträge gemäß § 3 Abs. 2 Winterbau- Umlageverordnung in Verbindung mit § 28f Abs. 3 SGB IV sei nicht zu beanstanden.

Hiergegen hat die Klägerin am 4. Februar 2010 die unter dem Aktenzeichen S 12 AL 27/10 registrierte Klage bei dem Sozialgericht Frankfurt (Oder).

Die Beklagte hat in diesem Verfahren mit Schriftsatz vom 24. März 2010 ausgeführt, bei der Beitragsschätzung sei von mindestens 30 gewerblichen Arbeitnehmern pro Umlagemonat ausgegangen worden. Dies beruhe auf den von der Klägerin gemeldeten Zahlen zu ihren sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigten. Danach habe die Klägerin in den Jahren von 2006 bis 2009 zwischen 32 und 40 Arbeitnehmer beschäftigt, davon allein zwischen 22 und 26 Maurer. Aus datenschutzrechtlichen Gründen lägen die Daten vor dem Jahr 2006 nicht mehr vor, die vorhandenen Daten ließen jedoch Rückschlüsse auf den vorhergehenden Zeitraum zu. Da von Seiten der Klägerin keinerlei Angaben erfolgt seien, habe eine Schätzung vorgenommen werden müssen und unter Zugrundelegung von durchschnittlich 30 gewerblichen Arbeitnehmern sei ein monatlicher Umlagebetrag von 1000 EUR anzusetzen gewesen.

Auf diese Klage im Verfahren S 12 AL 27/10 hat das Sozialgericht Frankfurt (Oder) mit Urteil ohne mündliche Verhandlung ebenfalls vom 8. Dezember 2010 - berichtigt mit Beschluss vom 14. Januar 2011 - den Bescheid der Beklagten vom 16. Dezember 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. Januar 2010 aufgehoben. Zwar sei die Beklagte zu einer Schätzung berechtigt gewesen, weil die Klägerin erforderliche Angaben zur durchzuführenden Umlageberechnung verweigert habe. Der Bescheid vom 16. Dezember 2009 sei jedoch rechtswidrig, weil ihm nicht einmal ansatzweise entnommen werden könne, welches die für die Schätzung herangezogenen Grundlagen seien. Weder aus dem Beitragsbescheid vom 16. Dezember 2009 noch dem Widerspruchsbescheid vom 6. Januar 2010 ließe sich entnehmen, welche der im Betrieb der Klägerin tätigen Personen für eine Winterbauförderung in Betracht kämen, welche geschätzten Bruttoarbeitsentgelte der Umlageberechnung zugrundegelegt worden seien und worauf die Schätzung beruhe. Das Sozialgericht hat als Streitwert 39.000 EUR festgesetzt (den dreifachen Jahresbetrag der Umlage).

Gegen das der Beklagten am 16. Dezember 2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 12. Januar 2011 bei dem Landessozialgericht Berlin -Brandenburg Berufung eingelegt, die unter dem Az. L 8 AL 12/11 registriert worden ist.

Der 29. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg hat mit Beschluss vom 21. April 2011 die Verfahren L 29 AL 8/11 und L 8 AL 12/11 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung unter dem Aktenzeichen L 29 AL 8/11 verbunden.

Die Klägerin ist der Auffassung, entgegen der Ansicht des Sozialgerichts habe die Beklagte nicht durch einen Einbeziehungsbescheid entscheiden dürfen, da das Urteil des Bundessozialgerichts nicht einschlägig sei, weil im vorliegenden Fall keinerlei gewerbliche Arbeitnehmer beschäftigt würden. Die Feststellung einer grundsätzlichen Umlagepflicht ergebe keinerlei Sinn, wenn eine Beitragspflicht in Höhe von 0,00 EUR gegeben sei. Ein im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer könne kein Arbeitnehmer sein. Richtig sei lediglich, dass das für die Klägerin zuständige Steuerberaterbüro im Rahmen des EDV-Verfahrens jeweils den Ausbildungsberuf angegeben habe. Bei einem Geschäftsführer handele sich generell um keinen gewerblichen Mitarbeiter und er sei immer als Arbeitgeber und nicht als Arbeitnehmer anzusehen. In gleicher Weise gelte dies auch sozialversicherungsrechtlich. Ein Geschäftsführer könne weder Leistungen aus der Winterumlage noch aus der Baukasse in Anspruch nehmen. Die S-Bau habe die Arbeitsverträge geprüft und festgestellt, dass es sich nicht um gewerbliche Mitarbeiter handele. Angesichts dieser Prüfung könne die Beklagte nicht einfach auf eigene Feststellungen verzichten und Schätzungen vorlegen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 8. Dezember 2010 in dem Verfahren S 12 AL 181/09 sowie den Bescheid der Beklagten vom 24. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2009 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin (Ausgangsverfahren Sozialgericht Frankfurt/Oder S 12 AL 181/09) zurückzuweisen

sowie

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 8. Dezember 2010 in dem Verfahren S 12 AL 97/10 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten (Ausgangsverfahren Sozialgericht Frankfurt/Oder S 12 AL 27/10) zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, wesentlich für die Arbeitnehmereigenschaft eines Geschäftsführers sei, ob der äußere Rahmen der Tätigkeit, insbesondere, was Zeit, Ort und Dauer der Arbeitsleistung angeht, durch einseitige Weisungen der Gesellschafter (und auch der

Geschäftsführer bei sonstigen in der Gesellschaft tätigen Personen) geregelt wird oder geregelt werden könne. Dabei komme es nicht so sehr auf den Wortlaut der einschlägigen Regelungen im Gesellschafts- und/oder Anstellungsvertrag an, sondern vor allem auf die praktische Durchführung der Regelungen im Leben der Gesellschaft (BSGE, Urteil vom 24. Juni 1982,12 RK 45/80). Die angeblichen Geschäftsführer seien mit einem minimalen Anteil von jeweils 0,4 % an der Gesellschaft beteiligt, eine echte Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft könne sich daraus nicht ergeben. Sie seien zudem vorliegend tatsächlich gewerbliche Arbeitnehmer. Dass der Maurer seine Maurertätigkeit gegebenenfalls als Führung der Geschäfte der Klägerin verstehe oder bezeichne, mache ihn noch nicht zum Geschäftsführer. Die Klägerin sei gemäß § 28a SGB IV zur Meldung ihrer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten an die Eilzugstelle verpflichtet und habe hierbei auch Angaben über die jeweilige Tätigkeit ihrer Beschäftigten nach dem Schlüsselverzeichnis zu melden. Nach diesen Mitteilungen habe die Klägerin in den Jahren 2006 bis 2009 zwischen 32 und 40 Arbeitnehmer beschäftigt, davon allein zwischen 22 und 26 Arbeitnehmer als Maurer. Selbst wenn im Übrigen derzeit keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt würden, könne sich dieser Zustand jederzeit ändern. Die Vorschrift des § 354 SGB III in Verbindung mit §§ 2, 1 Abs. 1 Nr. 1 Winterbeschäftigungs-Verordnung stelle auf den Baubetrieb und die Baubetriebeeigenschaft und nicht auf die tatsächliche Beschäftigung von gewerblichen Arbeitnehmern ab. Im Verfahren S 12 AL 27/10 habe das Sozialgericht unzutreffend den Streitwert mit 39.000 EUR festgesetzt. Betreffe der Antrag eine bezifferte Geldleistung sei gemäß § 52 Abs. 3 GKG deren Höhe maßgebend, vorliegend mithin der konkrete Forderungsbetrag, gegen den sich die Klage richtet. In der Sache sei im Übrigen die für den Zeitraum Dezember 2004 bis Dezember 2005 vorgenommene Schätzung nicht zu beanstanden.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2011 hat der Senat die Klägerin aufgefordert, substantiiert und chronologisch vorzutragen, welche Personen seit dem 1. Dezember 2004 bei der Klägerin tätig und wie die Einzelheiten dieser Tätigkeiten ausgestaltet gewesen seien. Außerdem ist die Klägerin insbesondere um Vorlage der Protokolle aller Gesellschafterversammlungen gebeten worden. Die Klägerin hat daraufhin zahlreiche Geschäftsführerverträge und notarielle Urkunden über Gesellschaftsverträge zu den Gerichtsakten übersandt; Protokolle von Gesellschafterversammlungen sind nicht zu den Gerichtsakten überreicht worden.

Auf Nachfrage zu den Tätigkeiten hat die Klägerin erklärt, die Nachfrage sei nicht nachvollziehbar. Das Unternehmen sei ursprünglich von Frau Z gegründet worden. In der Folgezeit seien in gleicher Weise wie im Rahmen einer Handwerker GbR zahlreiche Gesellschafter-Geschäftsführer aufgenommen worden, die als Geschäftsführer auch im Handelsregister eingetragen worden seien. Es habe sich hierbei um gelernte Handwerker gehandelt, die Volltags ihre Geschäftsführertätigkeiten ausüben. Zu den Geschäftsführertätigkeiten gehörten auch handwerkliche Tätigkeiten. Dies sei von Anbeginn an unstreitig gewesen. In gleicher Weise könnten zwei Handwerker, z.B. Fliesenlegermeister, eine GbR gründen und auf Baustellen arbeiten, und zwar ohne dass sie jeweils gegenseitig abhängige Beschäftigte würden. Es existiere auch keinerlei Vorschrift im GmbH-Recht, nach der ein Handwerkergeselle keine Geschäftsführertätigkeit ausüben dürfe bzw. nach der ein Geschäftsführer über eine kaufmännische Ausbildung und/oder Universitätsausbildung verfügen müsse. Die Anfragen des Gerichts seien daher nicht nachvollziehbar und es werde um nähere Erläuterung gebeten.

Auf den Hinweis des Senats, es dürfte bei der Prüfung einer Umlagepflicht auf Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeiten ankommen, hat die Klägerin mitgeteilt, es könne nicht Aufgabe des Gerichts sein, zu Gunsten der Bundes- agentur für Arbeit die Sachermittlung durchzuführen und sich ausschließlich damit zu beschäftigen, einen Nachweis für die angeblich bestehende Beitragspflicht zu finden. Es werde um Rechtsgrundlage für die Eigenermittlungstätigkeit des Gerichts gebeten.

Nach Hinweis auf die geltende Untersuchungsmaxime gemäß §§ 103, 153 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) hat die Klägerin insbesondere mitgeteilt, das Gericht könne nicht ernsthaft die Auffassung vertreten, von der Klägerin sei für die Dauer von sieben Jahren mitzuteilen, welche Personen auf welcher Baustelle täglich tätig gewesen seien. Bei sämtlichen angestellten Gesellschaftern handele es sich um mitarbeitende Geschäftsführer, die auf regelmäßig wechselnden Baustellen tätig seien. Sie hätten eine Anwesenheitspflicht von 42-Wochen-Arbeitsstunden. Die Mitarbeiter seien täglich mindestens 8 Stunden tätig mit Ausnahme von Urlaub und Krankheit. Die Ausbildungen der Mitarbeiter seien bereits mitgeteilt worden. Die technischen Mitarbeiter übten die Tätigkeit im Büro der Klägerin sowie auf den Baustellen aus, die weiteren Mitarbeiter übten die Tätigkeiten auf den wechselnden Baustellen aus. Soweit das Gericht auf § 103 SGG hinweise, treffe diese Pflicht das Gericht; die Untersuchungsmaxime bedeute nicht, dass das Gericht den Parteien unzumutbare Auflagen erteilen könne.

Auf Nachfrage des Senats hat die Beklagte mitgeteilt, für weitere Zeiträume seien Umlagebescheide ergangen und Gerichtsverfahren anhängig. So seien für Umlagezeiträume Januar 2006 bis August 2012 noch Klageverfahren bei dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) anhängig; für den Zeitraum Januar bis Dezember 2012 habe der 18. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg mit Beschluss vom 13. März 2012 (Az. L 18 AL 26/12 B ER) den Antrag der Klägerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage abgelehnt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakten, der beigezogenen Gerichtsakten S 12 AL 249/11 ER (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg Az. L 18 AL 35/12 B ER) und S 2 AL 282/10 ER (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg Az. L 18 AL 26/12 B ER) des Sozialgerichts Frankfurt (Oder), der beigezogenen Gerichtsakten der Registergericht Neuruppin und Frankfurt (oder) (vier Bände, HRB) und der beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten (), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegten Berufungen sind zulässig. Sie sind ohne weitere Zulassung nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthaft, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes jeweils 750 EUR übersteigt.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) in dem Verfahren S 12 AL 181/09 ist unbegründet (betr. Einbeziehungsbescheid - hierzu unter I.), die Berufung der Beklagten in dem Verfahren S 12 AL 27/10 ist begründet (betr. Beitragsbescheid - hierzu unter II.).

I. In dem Verfahren S 12 AL 181/09 ist die Klage zulässig, jedoch unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 24. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 29. Juni 2009 ist rechtmäßig. Die Beklagte hat rechtlich einwandfrei ab dem 21. November 2003 die Umlagepflicht der Klägerin zur Winterbau-Umlage gemäß § 354 SGB III festgestellt.

Gemäß § 354 SGB III in der hier anzuwendenden im Jahre 2003 geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft vom 23. November 1999 (BGBl. I S. 2230) werden die Mittel für das Wintergeld, das Winterausfallgeld bis zur 100. Ausfallstunde und die Erstattung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung werden einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, von den Arbeitgebern des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist, durch Umlage aufgebracht. Die Umlagepflicht trifft somit die Arbeitgeber des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist.

Gemäß § 211 Abs. 1 Satz 1 SGB III in der von 1998 bis zum 31. März 2006 geltenden und hier anzuwendenden Fassung (a.F.) ist ein Betrieb des Baugewerbes ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt. Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Betriebe, die überwiegend Bauvorrichtungen, Baumaschinen, Baugeräte oder sonstige Baubetriebsmittel ohne Personal Betrieben des Baugewerbes gewerblich zur Verfügung stellen oder überwiegend Baustoffe oder Bauteile für den Markt herstellen, sowie Betriebe, die Betonentladegeräte gewerblich zur Verfügung stellen, sind nicht Betriebe im Sinne des Satzes 1 (§ 211 Abs. 1 Satz 2 SGB III a.F.). Betrieb im Sinne der Vorschriften über die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft ist auch eine Betriebsabteilung (§ 211 Abs. 1 Satz 3 SGB III a.F.).

Gemäß § 211 Abs. 1a Satz 1 SGB III in der vom 1. Januar 2004 bis zum 31. März 2006 geltenden Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2848) wird vermutet, sofern Betriebe Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringen, dass in diesen Betrieben die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist. Satz 1 gilt nicht, wenn gegenüber der Bundesagentur nachgewiesen wird, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen (§ 211 Abs. 1a Satz 2 SGB III in der vom 1. Januar 2004 bis zum 31. März 2006 geltenden Fassung).

Nach der Rechtsprechung des BSG muss es sich jeweils um Arbeiten am erdverbundenen Bau handeln (BSG SozR 4670 § 2 Nr. 2; BSG SozR 4100 § 75 Nrn. 7 und 8; BSG SozR 3-4100 § 186a Nr. 6; BSGE 83, 297, 298 f = SozR 3-4100 § 75 Nr. 2). Ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung des BSG ist zur Beurteilung, ob ein Arbeitgeber dem Baugewerbe zuzuordnen ist, auf die zeitliche Inanspruchnahme der Mitarbeiter abzustellen (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 15. Februar 2000 - B 11 AL 41/99 R - u.a. in SozR 3-4100 § 75 Nr. 3).

Nach § 76 Abs. 2 Satz 1 AFG in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Fassung bestimmte das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung durch Rechtsverordnung, in welchen Zweigen des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist. Es hatte hierbei zu berücksichtigen, ob dadurch die Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit voraussichtlich in wirtschafts- oder sozialpolitisch erwünschter Weise belebt werden wird. Betriebe, die überwiegend Bauvorrichtungen, Baumaschinen, Baugeräte oder sonstige Baubetriebsmittel ohne Personal Betrieben des Baugewerbes gewerblich zur Verfügung stellen oder überwiegend Baustoffe oder Bauteile für den Markt herstellen, durfte es in die Förderung nicht einbeziehen. Es sollte nach Möglichkeit den fachlichen Geltungsbereich tariflicher Regelungen berücksichtigen und vorher die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes anhören (§ 76 Abs. 2 Satz 1 Sätze 2 bis 4 AFG in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Fassung).

Das BSG hat hierzu ausgeführt, dass der Auftrag an das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung dementsprechend nur so verstanden werden könne, dass dieses aus der Gesamtzahl der Betriebe, die Bauleistungen erbringen, nur diejenigen in die Baubetriebe-Verordnung aufnehmen dürfe, in denen durch Einsatz von Förderungsleistungen unmittelbar eine wesentliche Belebung in der Schlechtwetterzeit erzielt werden könne. Allerdings müssten hierbei nicht jegliche Besonderheiten einzelner Betriebe berücksichtigt werden. Dem Verordnungsgeber sei vielmehr das Recht eingeräumt, generalisierend und typisierend Gruppen von Betrieben zu beschreiben. Innerhalb solcher Gruppen seien dann auch einzelne Betriebe, die wegen ihrer Besonderheiten nicht wesentlich gefördert werden könnten, in die Förderung – und damit in die Umlagepflicht – einbezogen (BSG SozR 4100 § 186a Nr. 8 m.w.N.).

Ob in den betreffenden Betrieben des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist, ist in der aufgrund von § 76 Abs. 2 AFG bzw. § 216 Abs. 2 SGB III in der vom 1. Januar 1998 bis zum 31. März 2006 geltenden Fassung erlassenen Baubetriebe-Verordnung (vom 28. Oktober 1980, BGBl. I S. 2033; geändert u.a. mit Wirkung zum 1. November 1999 durch Gesetz zur Neuregelung der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft vom 23. November 1999 [BGBl. I S. 2230], mit Wirkung zum 1. Mai 2006 durch die Dritte Verordnung zur Änderung der Baubetriebe-Verordnung vom 26. April 2006 [BGBl. I S. 1085], zuletzt mit Wirkung zum 1. April 2012 durch Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20. Dezember 2011 [BGBl. I S. 2854]) geregelt. Nach § 1 Abs. 1 Baubetriebe-Verordnung ist die ganzjährige Beschäftigung in der Bauwirtschaft durch Leistungen der Produktiven Winterbauförderung in Betrieben und Betriebsteilen zu fördern, die gewerblich überwiegend Bauleistungen (§ 75 Abs. 1 AFG bzw. § 211 Abs. 1 SGB III a.F. bzw. § 101 Abs. 2 SGB III - Fassung seit dem 1. April 2012) erbringen. In § 1 Abs. 2 Baubetriebe-Verordnung ist geregelt, dass Betriebe und Betriebsabteilungen im Sinne von Abs. 1 solche sind, in denen insbesondere in Nr. 1 bis 41 näher genannte Arbeiten verrichtet werden. So führt die Baubetriebe-Verordnung u.a. in § 1 Abs. 2 "Abdichtungsarbeiten gegen Feuchtigkeit" (Nr. 1), "Fertigbauarbeiten: Einbauen oder Zusammenfügen von Fertigbauteilen zur Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken; " (Nr. 12), "Hochbauarbeiten" (Nr. 18), "Trocken-und Montagearbeiten (z.B. Wand-und Deckeneinbau und -verkleidungen) einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern" (Nr. 36) auf.

Nach der weiteren Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30. Januar1996 - Az. 10 RAr 10/94 – in: SozR 3-4100 § 186 a Nr. 6) ist der Betrieb dann von der Umlagepflicht zur Produktiven Winterbauförderung (nur) herauszunehmen, wenn innerhalb eines der in der Baubetriebe-Verordnung aufgeführten Gewerbezweige eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe von Betrieben erkennbar ist, die durch Leistungen der Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden kann, und der fragliche Betrieb zu einer solchen Gruppe gehört. Eine abgrenzbar und nennenswerte Gruppe wird dann angenommen, wenn z. B. die Tarifvertragsparteien im Katalog des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe inzwischen eine neue Aufteilung vorgenommen haben, die einen nicht witterungsabhängigen Zweig des Baugewerbes getrennt aufführen oder wenn sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte, einheitliche nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende, dauerhafte Gruppe etabliert hat, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig sind. Als Indizien für das Vorliegen einer derartigen Gruppe gilt, dass sich ein Bundesverband gleichartiger Unternehmen gebildet hat (BSG, a. a. O. m. w. N.).

Das BSG (Urteil vom 11. März 1987, Az: 10 RAr 5/85 in: SozR 4100 § 186a Nr. 21) hat hierzu u. a. ausgeführt:

" Um entscheiden zu können, ob die Beklagte den Kläger zu Recht als umlagepflichtig angesehen hat, ist festzustellen, welche Tätigkeiten seinem Betrieb das Gepräge geben. Dabei kommt es auf die Zahl der in den jeweiligen Bereichen tätigen Personen an - einschließlich des Betriebsinhabers, wenn dieser auch handwerklich im Betriebe tätig sein sollte -. Denn die Vorschriften über die Produktive Winterbauförderung zielen darauf ab, möglichst Arbeitslosigkeit zu vermeiden (vgl. Schmidt, a.a.O.; BT-Drucks VI/2689, S 9 f). Deshalb liegt es im Sinne des Gesetzes, einen Mischbetrieb dann als umlagepflichtig zu betrachten, wenn die Mehrzahl seiner Mitarbeiter Arbeiten verrichtet, die nach der Baubetriebe-Verordnung zu fördern sind. Darauf, ob dieser Teil des Betriebes auch den größeren Anteil am Umsatz erreicht oder ob hier der Einsatz der sächlichen Mittel größer ist, kommt es nicht an ".

Nach dieser vorgenannten Rechtsprechung des BSG, der der Senat nach eigener Prüfung folgt, ist der Betrieb der Klägerin dem Baugewerbe mit der Folge der Umlagepflicht zuzuordnen.

Diese Einschätzung folgt schon aus den eigenen Angaben der Klägerin. So gab die Klägerin in der Gewerbeanmeldung vom 2. Dezember 2003 als angemeldete Tätigkeit "Holz- und Bautenschutz, Einbau von genormten Baufertigteilen, Rigipsarbeiten, Abdichtungsarbeiten" an. In der Gewerbeanmeldung vom 30. Oktober 2006 gab sie als ausgeübte Tätigkeit "Holz- und Bautenschutz, Abdichtungsarbeiten, Einbau von genormten Bauteilen" an.

Auch wenn mit dem BSG davon auszugehen ist, dass aus der Verordnung über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (Baubetriebe-Verordnung, vom 28. Oktober 1980, BGBl. I S. 2033) selbst keine von § 75 Abs. 1 AFG (§ 211 Abs. 1 SGB III a.F.) abweichende rechtliche Beurteilung hergeleitet werden kann, weil die Baubetriebe-Verordnung keine eigene Konkretisierung der Begriffe "Arbeitgeber des Baugewerbes", "Betrieb des Baugewerbes" oder "Bauleistungen" vornimmt (vgl. Urteil vom 4. März 1999, B 11/10 AL 6/98 R, m. w. N.; unter anderem in BSGE 83, 297 bis 300 und NZA - RR 1999, 551 bis 553), so lässt sich nach Ansicht des Senats aus der exemplarischen Aufzählung bestimmter Arbeiten in § 1 Abs. 2 der Baubetriebe - Verordnung doch eine Indizwirkung dahingehend entnehmen, dass bei Verrichtung von Tätigkeiten, die in § 1 Abs. 2 der Baubetriebe-Verordnung exemplarisch aufgezählt sind, grundsätzlich von einem Betrieb des Baugewerbes im Sinne des § 75 Abs. 1 Nr. 1 AFG (bzw. § 211 Abs. 1 S. 1 SGB III a.F.) auszugehen ist.

Zu den Betrieben des Baugewerbes, die überwiegend Bauleistungen erbringen, zählen alle Arbeiten, die zur bestimmungsmäßigen Nutzung eines Bauwerkes erforderlich sind. Einbezogen werden auch die Errichtung einer Baustelle, das Ausheben der Baugrube und Ausbauarbeiten, nicht aber Arbeiten, die der Erhaltung der Funktion und nicht der Substanz des Gebäudes dienen. Das bloße Liefern von Baumaterialien ist ebenso keine Bauleistung wie der Abtransport von Abbruch- bzw. Aushubmaterial.

Mit der Herstellung von Bauwerken sind alle Arbeiten gemeint, die irgendwie, wenn auch nur auf einem kleinen und speziellen Gebiet, der Errichtung und Vollendung von Bauwerken zu dienen bestimmt sind. Ein Bauwerk ist erst dann erstellt im Sinne des Gesetzes und damit auch baulich vollendet, wenn es in vollem Umfange seinen bestimmungsgemäßen Zweck zu erfüllen in der Lage ist. Der Zweck, die Produktionsaufgaben und die Produktionsziele des Betriebes müssen sich auf die Herstellung von Bauwerken oder auf das Erbringen sonstiger baulicher Leistungen erstrecken. Die Einrichtung des Betriebes muss ihn in die Lage versetzen, Bauwerke aller Art zu erstellen und sonstige bauliche Leistungen zu erbringen.

Wie das Sozialgericht in der angegriffenen Entscheidung schon zutreffend ausgeführt hat, können die von der Klägerin nach eigener Erklärung verrichteten Tätigkeiten nach Ansicht des Senats zwanglos gleich unter mehrere in § 1 Abs. 2 Baubetriebe-Verordnung genannten Arbeiten subsumiert werden, und zwar beispielsweise unter "Abdichtungsarbeiten gegen Feuchtigkeit" (§ 1 Abs. 2 Nr. 1), "Fertigbauarbeiten: Einbauen oder Zusammenfügen von Fertigbauteilen zur Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken; " (§ 1 Abs. 2 Nr. 12), "Hochbauarbeiten" (§ 1 Abs. 2 Nr. 18), "Trocken-und Montagearbeiten (z.B. Wand-und Deckeneinbau und -verkleidungen) einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern" (§ 1 Abs. 2 Nr. 36).

Dass es sich bei dem Betrieb der Klägerin um einen Baubetriebe handelt, der grundsätzlich der Umlagepflicht unterfällt, wird letztlich auch von ihr nicht infrage gestellt. So hat beispielsweise der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in seinem Schreiben an die Steuerberaterin vom 8. Juli 2008 zur Frage, ob Beiträge zur Baukasse abgeführt werden müssten, ausdrücklich ausgeführt, ein Baubetrieb liege vor, so dass die sachlichen Voraussetzungen generell gegeben seien. Nur wegen der (vermeintlich) fehlenden Arbeitnehmereigenschaft der Mitgeschäftsführer einer GmbH seien Beiträge nicht zu entrichten.

Selbst wenn im Übrigen von einem sogenannten Mischbetrieb ausgegangen würde, so wäre die Klägerin als Baubetrieb einzuordnen.

Werden nicht ausschließlich Bauarbeiten verrichtet, ist ein Arbeitgeber nur dann umlagepflichtig, wenn die Bauarbeiten in seinem Betrieb überwiegen, ihm mithin das Gepräge geben. Das ist der Fall, wenn die Mitarbeiter des Betriebes mehr mit Bauarbeiten als mit anderen Arbeiten befasst waren bzw. sind; denn bei Mischbetrieben richtet sich die Zuordnung zu einem bestimmten Tätigkeitsbereich nicht nach Umsatz, Verdienst oder Gewinn, sondern nach der zeitlichen Inanspruchnahme der Mitarbeiter (st. Rspr. BSG, u. a. Urteil vom 15. Februar 2000, B 11 AL 41/99 R, m.w.N.).

Nach den Angaben der Klägerin handelt es sich bei sämtlichen angestellten Gesellschaftern um mitarbeitende Geschäftsführer, die gelernte Handwerker (Maurer) und auf regelmäßig wechselnden Baustellen mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden (8 Stunden/täglich) tätig sind. Zu den Geschäftsführertätigkeiten würden auch die handwerklichen Tätigkeiten gehören.

Auch nach diesen eigenen Angaben der Klägerin ist davon auszugehen, dass die verrichteten Bauarbeiten weit überwiegen und damit dem Betrieb das Gepräge geben.

Insgesamt steht nach alledem fest, dass die Klägerin überwiegend Bauleistungen verrichtete und daher einen Betrieb des Baugewerbes ausübte.

Soweit die Klägerin der Ansicht ist, eine Umlagepflicht käme im Hinblick auf die Stellung der weiteren Gesellschafter-Geschäftsführer nicht in Betracht, verweist der Senat auf den zwischen den Beteiligten ergangenen Beschluss des 18. Senats des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 13. März 2012 in dem Verfahren L 18 AL 26/12 B ER (zitiert nach juris). In diesem Beschluss hat der 18. Senat des

Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg Folgendes ausgeführt:

"Das Gericht hat danach bei der gebotenen summarischen Prüfung keine offensichtlichen rechtlichen Bedenken gegen die von der Antragsgegnerin erhobenen Umlagebeträge. Eine Vollziehung des Umlagebescheides hat für die Antragstellerin auch keine unbillige Härte zur Folge. Bei den in Rede stehenden Geschäftsführern der Antragstellerin, von denen die Antragsgegnerin lediglich 30 Personen in Ansatz gebracht hat, und die nach den nicht angegriffenen Feststellungen der Antragsgegnerin bei der durchgeführten Betriebsprüfung praktisch ausschließlich die von der Antragstellerin durchgeführten gewerblichen Leistungen im streitigen Veranlagungszeitraum erbracht haben, sprechen die derzeit möglichen Tatsachenfeststellungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dafür, dass es sich um gewerbliche Arbeitnehmer iSv § 1 Abs. 1 WinterbeschV handelt. Die Antragstellerin hat mit den in Rede stehenden Personen, die jeweils mit einer Stammeinlage von 100,- EUR an der Gesellschaft beteiligt sind, jeweils "Anstellungsverträge" geschlossen, die sowohl Urlaubsansprüche als auch ein festes monatliches Entgelt ausweisen. Die bestellten Geschäftsführer aus dem Kreis der genannten Anteilseigner dürfen die Gesellschaft nur gemeinsam mit der Geschäftsführerin I Z vertreten, die ihrerseits im streitigen Veranlagungszeitraum Geschäftsanteile iHv insgesamt 22.600,- EUR hielt. Eine Sperrminorität kommt ihnen in der Gesellschafterversammlung nicht zu. Bei der Beurteilung, ob eine Eigenschaft als gewerblicher Arbeitnehmer vorliegt, kann im Übrigen nichts anderes gelten als bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung gegeben ist.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - 1 BvR 21/96 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (vgl BSG-Urteile vom 08. August 1990, 11 RAr 77/89 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 4 und vom 08. Dezember 1994, 11 RAr 49/94 = SozR 3-4100 § 168 Nr. 18; vgl zum Ganzen auch BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - B 12 KR 30/04 R - juris). Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob ein Vertreter einer juristischen Person zu dieser gleichzeitig in einem Beschäftigungsverhältnis steht (so für GmbH-Geschäftsführer BSG aaO). Weist eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Selbständigkeit hinweisen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen (vgl BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 - 12 RK 72/92 - NJW 1994, 2974, 2975) und der Arbeitsleistung das Gepräge geben (vgl BSG, Beschluss vom 23. Februar 1995 - 12 BK 98/94 -).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 5 und 18; BSG SozR 3-4100 § 141b Nr 17; BSG, Urteil vom 25. Januar 2006 - B 12 KR 30/04 R = ZIP 2006, 678; BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - B 12 KR 31/06 R, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen). Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits – wie aber die Antragstellerin augenscheinlich meint – "zwingend" durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer sind der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenen Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 20; SozR 4-2400 § 7 Nr 1). Vergleichbares muss – wie sich aus der ständigen Rechtsprechung des BSG ergibt - (vgl BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 1; vgl auch BSG, Urteil vom 14. Dezember 1999 - B 2 U 48/98 R - juris -mwN) - auch bei Geschäftsführern gelten, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen (vgl BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 8 mwN). Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor.

Derartig einzelfallbezogene Umstände sind indes nicht ersichtlich. Die in Rede stehenden Gesellschafter-Geschäftsführer waren rechtlich den von der Geschäftsführerin Z ohne weiteres zu fällenden Mehrheitsbeschlüssen uneingeschränkt unterworfen und hatten keine eigenständig durchsetzbare rechtliche Gestaltungsmacht im Hinblick auf die Belange der Gesellschaft. Diese Rechtsmacht ist auch in den Anstellungsverträgen nicht abgedungen worden. Diese sehen im Übrigen ein festes monatliches Entgelt, eine sechswöchige Lohnfortzahlung im Krankheitsfall entsprechend den Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes, feste Urlaubsansprüche und eine feste wöchentliche Mindestarbeitszeit vor, was ebenfalls für eine abhängige Beschäftigung spricht. Dass die Verträge nicht als "Arbeitsverträge", sondern als "Geschäftsführerverträge" tituliert sind, ist ohne Belang."

Diesen Ausführungen schließt sich der erkennende Senat nach eigener Prüfung an. Lediglich ergänzend ist zur Rechtsansicht der Klägerin anzumerken, dass eine arbeitsrechtliche Sichtweise für die sozialrechtliche Beurteilung einer Beitragspflicht nicht entscheidend ist. Erfolgt beispielsweise im § 5 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) die Definition eines "Arbeitnehmers", so gilt diese Definition schon nach dem Wortlaut des Gesetzes ("im Sinne dieses Gesetzes") nur für das Betriebsverfassungsrecht und ist entgegen der Ansicht der Klägerin (vergleiche ihr Schreiben vom 8. Juli 2008) für die Beurteilung einer hier im Streit befindlichen Umlagepflicht nicht erheblich. Auch ob es tatsächlich zu einem witterungsbedingten Arbeitsausfall gekommen ist, ist unerheblich (vgl. BSG, Urteil vom 9. September 1999, B 11 AL 27/99 R, m. w. N.).

Zu den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen ist außerdem anzumerken, dass allein die ehemalige Gesellschafterin Frau Z schon aufgrund ihres immer gehaltenen Anteils in Höhe von 15.100 EUR, mithin 60,4 % der Gesellschaftsanteile, nach § 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages Gesellschafterbeschlüsse (mit Mehrheit der Stimmen) fassen konnte und eine Gesellschafterversammlung nur bei ihrer Anwesenheit beschlussfähig war (nach § 8 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages mussten mindestens 50 % des Stammkapitals vertreten sein). Auch nur sie allein konnte die Einberufung einer Gesellschafterversammlung nach § 8 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages verlangen, weil sonst kein Gesellschafter über mindestens 10 % des Stammkapitals verfügte. Die übrigen Gesellschafter verfügten nur jeweils über 100 EUR, also 0,4 % des Stammkapitals.

Ausgehend von den aus den Handelsregisterakten ersichtlichen Gesellschafterlisten ist zudem festzustellen, dass die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt mehr als 34 Gesellschafter hatte. Damit hielten also die übrigen Gesellschafter zusammen zu keinem Zeitpunkt mehr als 3300 EUR und damit höchstens 13,2 % des Stammkapitals von 25.000 EUR. Anders ausgedrückt, hielt Frau Z zu keiner Zeit weniger als 86,8 % des Stammkapitals und hatte damit immer die Möglichkeit, auch Gesellschafterbeschlüsse nach § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages (für die 75 % der abgegebenen Stimmen erforderlich waren) allein zu fassen. Sie allein konnte also bestimmen über die Auflösung der Gesellschaft, Aufnahme neuer Gesellschafter, Änderungen des Gesellschaftsvertrages und die Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals.

Damit war allein Frau Z schon aufgrund ihrer seinerzeitigen Gesellschaftsanteile in der Lage, die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen, so dass allein bei ihr von einer selbständigen Tätigkeit und nicht von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen ist. Anzeichen dafür, dass der tatsächliche Einfluss der übrigen Gesellschafter-Geschäftsführer auf die Geschicke der Gesellschaft höher war, als der ihnen gesellschaftsrechtlich aufgrund ihrer Anteile zustehende Einfluss, sind nicht ansatzweise ersichtlich. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis der übrigen Gesellschafter spricht im Übrigen deren Vergütung (vergleiche hierzu Brand in Brand, SGB III, Komm., 6. Auflage 2012, § 25 Rn. 13). Die erfolgte zum einen in fester Höhe. Sie lag außerdem regelmäßig mit 1500 bis 2000 EUR/brutto monatlich bei einer Größenordnung von Löhnen für Handwerkern/Maurern im Baubereich und nicht von Geschäftsführern. So erhielt beispielsweise Frau Z nach Ihren Geschäftsführervertrag in 2004 ein Jahresgehalt von 33.600 EUR.

Hinsichtlich der Frage, ob die Beklagte zur grundsätzlichen Feststellung der Umlagepflicht der Klägerin (so genannter Einbeziehungsbescheid) berechtigt war, verweist der Senat nach § 153 Abs. 2 SGG auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung und sieht von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab.

Im Ergebnis ist die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) in dem Verfahren S 12 AL 181/09 (betr. Klageabweisung im Verfahren gegen den Einbeziehungsbescheid) unbegründet und zurückzuweisen.

II. In dem Verfahren S 12 AL 27/10 ist die Klage zulässig, jedoch unbegründet. Der Umlagebescheid der Beklagten vom 16. Dezember 2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 6. Januar 2010 ist bezüglich der darin enthaltenen Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der Winterbau-Umlage für den Zeitraum von Dezember 2004 bis Dezember 2005 rechtmäßig.

Gemäß § 354 SGB III in der hier anzuwendenden im Jahre 2004 geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft vom 23. November 1999 (BGBl. I S. 2230) werden die Mittel für das Wintergeld, das Winterausfallgeld bis zur 100. Ausfallstunde und die Erstattung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung werden einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, von den Arbeitgebern des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist, durch Umlage aufgebracht.

Die Umlage ist in den einzelnen Wirtschaftszweigen des Baugewerbes monatlich nach einem Prozentsatz der Bruttoarbeitsentgelte der in den genannten Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis in der Schlechtwetter Zeit nicht aus witterungsbedingten Gründen gekündigt werden kann, zu erheben (§ 355 Satz 1 SGB III in der hier anzuwendenden vom 1. Januar 1998 bis zum 31. März 2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur ganzjährigen Förderung der Beschäftigung im Baugewerbe vom 22. Oktober 1997 - BGBl. I S. 2486).

Nach § 357 Satz 1 SGB III in der hier anzuwendenden ab dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung bestimmt das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit durch Rechtsverordnung

1. den Prozentsatz zur Berechnung der Umlagen, 2. die umlagepflichtigen Bestandteile der Bruttoarbeitsentgelte in den einzel- nen Wirtschaftszweigen des Baugewerbes zur Berechnung der Umlagen, 3. die Höhe der Pauschale für die Mehraufwendungen in Fällen, in denen die Arbeitgeber ihre Umlagebeträge nicht über eine gemeinsame Einrichtung abführen, 4. die Voraussetzungen zur Entrichtung der Umlagebeträge in längeren Ab- rechnungsintervallen und 5. das Nähere über die Zahlung und Einziehung der Umlagen.

In der Verordnung über die Umlage zur Aufbringung der Mittel für das Wintergeld und das Winterausfallgeld (Winterbau-Umlageverordnung) vom 13. Juli 1972 (BGBl. I S. 1201, in der vom 1. August 2004 bis zum 30. April 2006 gültigen Fassung des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung - SchwarzArbBekämpfG – vom 23. Juli 2004 – BGBl. I. S. 1842) ist in § 1 geregelt, dass die Umlage 1,0 vom Hundert der lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelte der Arbeiter beträgt. Nach § 3 Abs. 2 Winterbau-Umlageverordnung gelten die Vorschriften des Dritten und des Vierten Buches Sozialgesetzbuch über das Entstehen und die Fälligkeit der Beitragsansprüche, die Erhebung von Säumniszuschlägen, die Verjährung von Beitragsansprüchen, die Beitragserstattung und die Erhebung der Einnahmen entsprechend, soweit diese auf die Beiträge zur Arbeitsförderung anzurechnen sind und die Besonderheiten der Umlage nicht entgegenstehen.

Hinsichtlich der Zahlung der Umlagebeträge enthält § 5 Abs. 5 der ab dem 1. Mai 2006 gültigen Verordnung über ergänzende Leistungen zum Saisonkurzarbeitergeld und die Aufbringung der erforderlichen Mittel zur Aufrechterhaltung der Beschäftigung in den Wintermonaten vom 26. April 2006 (Winter- Beschäftigungsverordnung, BGBl. I S. 1026) eine mit § 3 Abs. 2 der zum 1. Mai 2006 außer Kraft getretenen Winterbau-Umlageverordnung im Wesentlichen wort- und inhaltsgleiche Regelung, in der ebenfalls auf die Regelungen des Dritten und des Vierten Buches Sozialgesetzbuch verwiesen wird.

Nach § 28f Abs. 3 S. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) hat der Arbeitgeber der Einzugsstelle einen Beitragsnachweis

rechtzeitig einzureichen; dies gilt nicht hinsichtlich der Beschäftigten in privaten Haushalten bei Verwendung von Haushaltsschecks. Reicht der Arbeitgeber den Beitragsnachweis nicht rechtzeitig ein, so kann die Einzugsstelle das für die Beitragsberechnung maßgebende Arbeitsentgelt schätzen, bis der Nachweis ordnungsgemäß eingereicht wird (§ 28f Abs. 3 S. 4 SGB IV).

Nach diesen Regelungen ist der Umlagebescheid der Beklagten nicht zu beanstanden.

In seinem angefochtenen Urteil vom 8. Dezember 2010 hat das Sozialgericht Frankfurt (Oder) insoweit zutreffend festgestellt, dass die Beklagte nach § 355 SGB III in Verbindung mit § 28 f Abs. 3 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) berechtigt war, die der Umlage zu Grunde zu legenden Bruttoarbeitsentgelte zu schätzen und auf der Grundlage dieser Schätzung einen Umlagebescheid zu erteilen, weil die Klägerin sich selbst nach dem Aufforderungsschreiben der Beklagten vom 6. November 2009 mit anwaltlichem Schriftsatz vom 3. Dezember 2009 weigerte - dies bis zum heutigen Tag -, eine Anmeldung vorzunehmen und eine Umlage abzuführen.

In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob die Verweisung auf § 28f Abs. 3 SGB IV aus der erst ab dem 1. Mai 2006 in Kraft getretenen Winterbeschäftigungs-Verordnung herrührt, wie das Sozialgericht es ausgeführt hat, oder aus der bis zum 30. April 2006 geltenden Winterbau-Umlageverordnung. Für die Anwendung der Winterbau-Umlageverordnung spricht, dass grundsätzlich auf die Rechtslage abzustellen ist, die für den Zeitpunkt der Umlagepflicht gilt, vorliegend mithin für den Zeitraum von Dezember 2004 bis Dezember 2005. Ob für den vorliegenden Rechtsstreit auf die Winterbeschäftigungs-Verordnung oder die Winterbau-Umlageverordnung abzustellen ist, kann aber dahinstehen, weil beide inhalts- und im Wesentlichen wortgleiche Verweisungen auf das SGB IV enthalten (§ 3 Abs. 3 Winterbau-Umlageverordnung und § 5 Abs. 5 Winterbeschäftigungs-Verordnung).

Der Umlagebescheid ist auch nicht schon aufgrund einer fehlenden Begründung nach § 35 Abs. 1 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) rechtswidrig.

Zwar ist dem Sozialgericht zuzugeben, dass sowohl der angegriffene Bescheid als auch der Widerspruchsbescheid keinerlei Ausführungen zur Berechnung der erhobenen Umlage enthalten und damit insoweit keinerlei Begründung im Sinne von § 35 SGB X. Das Sozialgericht hat jedoch selbst zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Begründung auch im Klageverfahren noch nachgeholt werden kann (vergleiche § 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X), hat dann allerdings übersehen, dass dies durch die Beklagte mit Schriftsatz vom 24. März 2010 geschehen ist. Auch wenn diese Begründung kaum als ausreichend anzusehen ist, führt sie dazu, dass eine Begründung nicht mehr gänzlich fehlt, sondern allenfalls noch von Begründungsmängeln oder Begründungsfehlern auszugehen ist. Bloße Begründungsmängeln oder Begründungsfehlers wirken sich bei gebundenen Verwaltungsakten auf die Rechtmäßigkeit der Regelung selbst jedoch nicht aus und rechtfertigen grundsätzlich nicht die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts (ständige Rechtsprechung, u.a. BSG - Urteil vom 29. Juni 2000, B 11 AL 85/99 R und Bundesverwaltungsgericht [BVerwG,]Urteil vom 19. August 1988, 8 C 29/87, jeweils m.w.N. und zitiert nach juris). Ein inhaltlicher (materieller) Begründungsmangel ist vielmehr bei gebundenen Verwaltungsakten grundsätzlich entscheidungsunerheblich, weil das Gericht die getroffene Regel unter jedem rechtlich denkbaren Gesichtspunkt zu überprüfen hat (st.Rechtspr. BSG, a.a.O., m.w.N., zitiert nach juris).

Der Senat konnte sich schließlich auch sonst nicht von einer Rechtswidrigkeit des angegriffenen Bescheides überzeugen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die geschätzte Umlagenhöhe fehlerhaft ist.

Zur grundsätzlichen Schätzungsbefugnis hat das BSG festgestellt, dass über § 202 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren § 287 der Zivilprozessordnung (ZPO) Anwendung findet und daher das Gericht eine eigene Schätzungsbefugnis hat. Soweit die nach § 287 ZPO erforderliche Schätzung schon im angefochtenen Verwaltungsakt vorgenommen wird, handelt es sich nicht um Verwaltungsermessen und die Schätzung ist voll vom Gericht überprüfbar (vergleiche schon BSG, Urteil vom 14. Juli 1988,11/7 RAr 41/87 mit weiteren Hinweisen, zitiert nach juris).

Diese Grundsätze gelten nach Ansicht des Senats auch für eine Schätzung nach § 28f Abs. 3 SGB IV und führen vorliegend dazu, dass zum einen eine Überprüfung der Schätzung der Beklagten durch das Gericht erfolgen kann. Zum anderen führen sie dazu, dass das Gericht eine eigene Schätzung vornehmen kann, wenn es Fehler bei der Schätzung der Beklagten feststellt.

Vorliegend sind solche Schätzungsfehler aber nicht feststellbar und das Gericht ist daher auch an einer eigenen Schätzung gehindert.

Ob ein angegriffener Verwaltungsakt inhaltlich rechtswidrig ist, beurteilt sich nach dem materiellen Recht. Zu dem materiellen Recht gehören auch die Regeln zur Beweislast. Wie auch im Zivilprozess werden die Beweislastregeln- nicht mehr wie früher- dem Prozessrecht, sondern dem materiellen Recht zugeordnet, jedenfalls, wenn der Rechtssatz, dessen Voraussetzungen streitig sind, diesem Rechtsgebiet zugehört; dies gilt entsprechend für den Verwaltungsprozess (BSG Urteil vom 14. Juli 1988,11/7 RAr 41/87, a.a.O., mit weiteren Nachweisen). Das BSG hat zudem bereits zu den Regelungen des früheren § 128 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) bzw. des bis zum 31. März 2012 geltenden § 147a SGB III in seinem Urteil vom 21. September 2000 (B 11 AL 7/00 R, m.w.N., zitiert nach juris) festgestellt, dass aus der materiell- rechtlichen Regelung auch der Umfang der Amtsermittlungspflicht abzuleiten ist. Sei in § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG beispielsweise vorgesehen, dass der Arbeitgeber etwas "darlegt und nachweist", so führe dies auch im sozialgerichtlichen Verfahren zur Geltung des Beibringungsgrundsatzes und schränke den Untersuchungsgrundsatz des § 103 SGG entsprechend ein. Dies habe seinen Grund in der Sache, wenn es sich um Tatbestände handele, die sich auf betriebsinterne Vorgänge bezögen, zu denen der Arbeitgeber allein Zugang habe. Es bestehe auch kein Bedürfnis, seine prozessuale Last zur Darlegung und zum Nachweis durch amtliche Sachaufklärung zu ergänzen. Für den Fall der Unschlüssigkeit seines Vorbringens habe im Verwaltungsverfahren die Bundesagentur den Arbeitgeber gegebenenfalls zu beraten und im sozialgerichtlichen Verfahren habe das Gericht durch den Vorsitzenden nach § 106 Abs. 1 SGG darauf hinzuwirken, ungenügende Angaben tatsächlicher Art zu ergänzen. Insoweit bestünde zwischen Verfahren, die dem Untersuchungsgrundsatz und solchen, die dem Beibringungsgrundsatz folgen, kein Unterschied, wie § 139 ZPO zeige. Für über die Beratungs- und Hinweispflicht hinausgehende Initiativen zur Sachaufklärung bestehe im Rahmen es § 128 Absatz 1 S. 2 und Abs. 2 AFG weder Anlass noch eine hinreichende Rechtsgrundlage.

Vorliegend ist mithin für diese Fragen auf die streitentscheidende Norm des § 28f SGB IV abzustellen.

Nach dieser materiell-rechtlichen Regelung ist der Arbeitgeber insbesondere verpflichtet, für jeden Beschäftigten, getrennt nach

Kalenderjahren, Lohnunterlagen zu führen (§ 28f Abs. 1 SGB IV), bei der Ausführung eines Dienst- oder Werkvertrages im Baugewerbe die Lohnunterlagen und die Beitragsabrechnungen so zu gestalten, dass eine Zuordnung der Arbeitnehmer, des Arbeitsentgelts und des darauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags zu dem jeweiligen Dienst- oder Werkvertrag möglich ist (§ 28f Abs. 1a SGB IV) und der Einzugsstelle einen Beitragsnachweis rechtzeitig einzureichen (§ 28f Abs. 3 S. 1 SGB IV). Reicht der Arbeitgeber den Beitragsnachweis nicht rechtzeitig ein, so kann die Einzugsstelle die für die Beitragsberechnung maßgebenden Arbeitsentgelte schätzen, bis der Nachweis ordnungsgemäß eingereicht wird (§ 28f Abs. 3 S. 4 SGB IV).

Nach diesen Regelungen liegt es mithin in dem Verantwortungsbereich des Arbeitgebers, zur Beitragsberechnung und -erhebung erforderliche Unterlagen ordnungsgemäß zu führen und vorzulegen. Unterlässt er den Beitragsnachweis, ist die Beklagte zur Schätzung berechtigt, bis der Nachweis ordnungsgemäß eingereicht wird.

Nach Ansicht des Senats folgt aus dieser materiell-rechtlichen Regelung unter Berücksichtigung der oben genannten Rechtsprechung des BSG prozessual, dass die von der Beklagten vorgenommene Schätzung nur durch einen ordnungsgemäß erfolgten Nachweis beseitigt werden kann.

Wie im vom BSG entschiedenen Fall zu § 128 Abs. 2 AFG findet eine solche Sichtweise seinen Grund darin, dass es sich bei den maßgeblichen Tatbeständen (vergleiche § 28 f Abs. 1 und 1a SGB IV; beispielsweise Lohnunterlagen für jeden Beschäftigten) um solche handelt, die sich auf betriebsinterne Vorgänge beziehen, zu denen allein der Arbeitgeber Zugang hat. Nur er ist in der Lage, Angaben zu den ausgeführten Arbeiten und den beschäftigten Arbeitnehmern sowie deren Arbeitsentgelten vorzunehmen. Entsprechend gilt nach Ansicht des Senats in solchen Fällen ebenfalls der Beibringungsgrundsatz. Dem Arbeitgeber obliegt es, den Beitragsnachweis zur Entkräftung der erfolgten Schätzung vorzulegen. Bis zur Vorlage des Beitragsnachweises gilt die Schätzung.

Entgegen der Ansicht der Klägerin folgt aus der Untersuchungsmaxime des § 103 SGG keine andere Einschätzung.

Die Untersuchungsmaxime führt nicht zu einer Entbindung des Arbeitgebers zur Angabe der benötigten Tatsachen bzw. Vorlage des Beitragsnachweises. Wie das Bundessozialgericht in dem oben erwähnten Urteil vom 21. September 2000 (B 11 AL 7/00 R) ausgeführt hat, führt die Untersuchungsmaxime in Fällen der vorliegenden Art vielmehr zu einer entsprechenden Hinweispflicht durch die Verwaltung und die Gerichte. So hat beispielsweise der Vorsitzende nach § 106 Abs. 1 SGG insbesondere darauf hinzuwirken, dass ungenügende Angaben tatsächlicher Art ergänzt werden.

Auf eine solche Verpflichtung ist die Klägerin bereits von der Beklagten mehrfach hingewiesen worden. Insbesondere das Aufforderungsschreiben vom 6. November 2009 enthält den Hinweis zu einer entsprechenden Pflicht der Klägerin. Auch im angegriffenen Bescheid hat die Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen, dass die aus der Schätzung ermittelte Forderung gegebenenfalls berichtigt wird, sofern die tatsächlich angefallenen Bruttolohnsummen gemeldet werden.

Im Berufungsverfahren ist die Klägerin durch das Gericht ebenfalls mit Schreiben vom 14. Juni 2011 um entsprechende Angaben ersucht worden, ohne dass diese Angaben von der Klägerin erfolgt sind. Diese hat vielmehr auf ihrem bisherigen Standpunkt beharrt, es seien keine Arbeitnehmer bei ihr beschäftigt, und den Senat aufgefordert, selbst in ihren Geschäftsräumen die erforderlichen Unterlagen "aus weitaus über 100 Leitzordnern" zusammen zu suchen.

Aus dieser Weigerung der Klägerin bis zum heutigen Tag, die erforderlichen Beitragsnachweise vorzulegen, folgt daher, dass die von der Beklagten im angegriffenen Bescheid vorgenommene Schätzung bis zum heutigen Tage nicht entkräftet worden ist. Von der Klägerin ist vielmehr bis zum heutigen Tage gegen die Höhe der Schätzung nicht einmal substantiiert Stellung genommen, sondern lediglich auf die angeblich fehlenden Arbeitnehmer im Betrieb abgestellt worden.

Danach sieht der Senat sich gehindert, eigene weitere Ermittlungen zur Höhe der Umlage oder gar eine eigene Schätzung vorzunehmen, weil nicht einmal ansatzweise von der Klägerin dargelegt worden ist, weshalb die von der Beklagten geschätzte Höhe unzutreffend sein soll (so im Ergebnis wohl auch der 18. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg in seinem Beschluss vom 13. März 2012 - L 18 AL 26/12 B ER -, in dem dort ausgeführt wird, die Beitragsschätzung sei nicht zu beanstanden; die Klägerin habe es selbst in der Hand, durch Vorlage ausreichender Nachweise gegebenenfalls eine Berichtigung der Umlageforderung herbeizuführen).

Eine andere Sichtweise würde zudem zu einer Privilegierung von Arbeitgebern führen, die ihre Pflichten nach § 28f SGB IV verletzen.

Während die pflichtbewussten Arbeitgeber mit ihrem Personal und damit auf ihre Kosten die Beitragsnachweise selbst erstellen und einreichen, würden die Arbeitgeber, die diesen Pflichten nicht nachkommen schon allein diese Kosten sparen, wenn die Verwaltung und die Gerichte verpflichtet wären, sich die erforderlichen Unterlagen jeweils selbst aus den Firmenunterlagen zusammenzustellen. Schon allein dadurch würden diese Arbeitgeber gegenüber den pflichtbewussten Arbeitgebern Einsparungen und damit einen Wettbewerbsvorteil auf Kosten der Versicherten bzw. Steuerzahler erlangen. Außerdem ist die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erstellung des Beitragsnachweises nicht zuletzt deshalb sinnvoll, weil weder die Verwaltung noch die Gerichte über die Kapazitäten verfügen, diese Aufgabe zu übernehmen. Die Klägerin schreibt selbst (Schriftsatz vom 27. Oktober 2011), dass das Zusammenstellen dieser Daten für einen Zeitraum von über sieben Jahren mit einem erheblichen Aufwand verbunden ("unzumutbar") ist. Wenn dies schon für die Klägerin so ist, die sich in ihren eigenen Geschäftsräumen auskennen und wissen sollte, wo die jeweils benötigten Unterlagen zu finden sind, so gilt dies umso mehr für die Verwaltungen und die Gerichte, die sich in den Geschäftsunterlagen der Klägerin nicht auskennen und daher weitaus größeren Aufwand beim Auffinden der notwendigen Daten hätten. Schließlich ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass der heutige Aufwand für die Klägerin die Folge ihres Handelns und ihrer jahrelangen Weigerung zur Mitarbeit ist. Hätte sie, wie jeder pflichtbewusste Arbeitgeber, die entsprechenden Beitragsnachweise zeitnah erstellt, so hätte sie nur den Aufwand gehabt, der nach § 28f SGB IV jedem Arbeitgeber zugemutet wird. Ist ihr dieser Aufwand zu groß, so steht es ihr im Übrigen ja auch frei, auf die Erstellung eines Beitragsnachweises zu verzichten und die Schätzung hinzunehmen.

Schließlich ist auch die Höhe der von der Beklagten geforderten Mehraufwendungen für die Einziehung rechnerisch zutreffend ermittelt.

Haben Arbeitgeber, die ihre Umlagebeträge nicht über eine gemeinsame Einrichtung oder Ausgleichskasse abführen der Bundesagentur die Mehraufwendungen für die Einziehung pauschal zu erstatten (§ 356 Abs. 2 SGB III). Nach § 6 Satz 1 Nr. 1 der Winterbau-Umlageverordnung bzw. § 8 Abs. 1 Satz 2 der Winterbeschäftigungs-Verordnung beträgt die Pauschale nach § 326 Abs. 2 SGB III 15 % der Umlagebeträge, wenn der erhobene Umlageprozentsatz weniger als 1,5 % beträgt.

Vorliegend hat die Beklagte die Winterbauumlage gemäß § 1 S. 1 der Winterbau-Umlageverordnung in Höhe von 1 % der lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelte der Arbeiter erhoben, so dass eine Pauschale von 15 % der Umlagebeträge anzusetzen ist. Bei einer Umlageforderung in Höhe von 13.000 EUR ergibt sich mithin eine Mehrkostenpauschale in Höhe von 1.950 EUR (= 13.000 EUR × 15 %).

Abschließend bleibt damit festzuhalten, dass sowohl der Einbeziehungsbescheid als aus der Beitragsbescheid der Beklagten rechtmäßig war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG i.V.m. § 154 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Nach § 197a SGG, der durch das 6. SGG-Änderungsgesetz vom 17. August 2001 (BGBl. I S. 2144) mit Wirkung zum 2. Januar 2002 in das SGG eingefügt worden ist, werden Kosten nach den Vorschriften des Gerichtskostengesetzes in einem Rechtszug erhoben, wenn weder der Kläger noch der Beklagte zu den in § 183 genannten Personen gehört.

Vorliegend ist weder die Klägerin noch die Beklagte dem Personenkreis des § 183 SGG zuzurechnen, so dass gem. § 197a SGG Kosten nach den Vorschriften des Gerichtskostengesetzes erhoben werden, wobei sich die Kostentragungspflicht aus § 154 Abs.1 und Abs. 2 VwGO ergibt.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 187a Abs. 1 SGG, § 13 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG), wobei sich als Einzelstreitwerte in den einzelnen Klageverfahren 5000 EUR für das Verfahren S 12 AL 181/09 (Einbeziehungsbescheid) und für das Klageverfahren gegen den Umlagebescheid S 12 AL 27/10 in Höhe von 15.001,13 EUR ergeben. Für die verbundenen Berufungsverfahren liegt der Streitwert insgesamt mithin bei 20.001,13 EUR.

Der Wert im Klageverfahren gegen den Einbeziehungsbescheid ergibt sich hierbei aus § 52 Abs. 2 GKG.

Der Wert im Klageverfahren gegen den Beitragsbescheid ergibt sich aus § 52 Abs. 3 Satz 1 GKG.

Danach ist der Streitwert grundsätzlich nach der Höhe einer bezifferten Geldleistung zu bestimmen. Vorliegend wendet sich die Klägerin gegen eine Forderung der Beklagten in Höhe von 15.001,13 EUR, so dass diese Höhe anzusetzen ist.

Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts ist nicht ein Streitwert von 39.000 EUR anzusetzen. Zwar kann nach § 52 Abs. 3 Satz 2 GKG in bestimmten Fällen ein Streitwert bis zum Dreifachen des regulären Wertes entstehen. Dies betrifft aber nur Verfahren, in denen der Antrag des Klägers offensichtlich absehbare Auswirkungen für die Zukunft hat. Dies ist bei einem Beitragsbescheid für einen genau definierten Zeitraum nicht der Fall.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Nrn.1 und 2 SGG nicht vorliegen.
Rechtskraft
Aus
Login
BRB
Saved
2014-06-05