

L 6/1 Ar 939/77

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
6

1. Instanz
SG Frankfurt (HES)
Aktenzeichen
S 15/18/14 Ar 459/75

Datum
25.07.1977

2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 6/1 Ar 939/77

Datum
21.10.1982

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Leitsätze

1. Ein Betrieb, der sich in der Hauptsache mit dem Bau von Tennisplätzen im Freien befaßt, ist ein Betrieb des Baugewerbes.
 2. Betriebe, die überwiegend Tennisplätze im Freien – mit Tennen- oder Kunststoffbelag – erstellen, gehören nicht zu den in der produktiven Winterbauförderung förderbaren Betrieben, weshalb sie auch nicht der Umlagepflicht (§ 186 a AFG) unterliegen. Dem trägt die Baubetriebe-VO i.d.F. v. 19.07.1972 durch die globale Erfassung des Sportstättenbaues nicht ausreichend Rechnung. Auf die Verwendung von Winterbauhallen kann nicht abgestellt werden, wenn deren Einsatz wirtschaftlich nicht vertretbar ist.
 3. Die Umlagepflicht kann nicht daraus hergeleitet werden, ein Betrieb solle in der Winterzeit andere – förderbare – Arbeiten verrichten; dies stellte einen unzulässigen Eingriff in die von unternehmerischer Verantwortung geprägte Betriebsstruktur dar
 4. Eine andere rechtliche Beurteilung folgt auch nicht aus der Regelung des § 76 Abs. 2 AFG i.d.F. des 5. AFG-ÄndG. Die Neufassung soll klarstellen, daß die für die Einbeziehung von Zweigen des Baugewerbes in die Winterbauförderung erforderliche Erwartung einer wirtschafts- und sozialpolitisch erwünschten Belebung der Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit nicht einzelbetrieblich, sondern gesamtwirtschaftlich zu verstehen ist. Die Bau-Betriebe-VO muß den beobachteten Betriebsstrukturen Rechnung tragen; dem entspricht der Verordnungsgeber nicht, wenn er den Sportstättenbau als Einheit erfaßt, ohne wesentliche Besonderheiten, wie den Tennisplatzbau im Freien, angemessen zu berücksichtigen.
 5. Die betriebliche Gestaltung der Arbeiten, auch die Ausgestaltung eines Betriebes als Saisonbetrieb, ist für sich nicht geeignet, einen Betrieb von der Umlagepflicht in der produktiven Winterbauförderung (§ 186a AFG) auszunehmen.
- I. Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 25. Juli 1977, der Bescheid vom 21. Mai 1975, der Widerspruchsbescheid vom 30. Oktober 1975 sowie die Bescheide vom 7. Januar 1976 und 20. Dezember 1979 aufgehoben.

II. Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Heranziehung der Klägerin zur Umlage für die Produktive Winterbauförderung (§ 186 a Arbeitsförderungsgesetz – AFG –).

Bei der Klägerin handelt es sich um einen Spezialbetrieb des Sportstättenbaus, der vorwiegend in Hessen und Rheinland-Pfalz Bauarbeiten ausführt. Seit Betriebsbeginn im März 1968 ist der Betrieb als Saisonbetrieb organisiert. Er beschäftigte bis zum Jahre 1979/80 im wesentlichen 60 bis 65 gewerbliche Arbeitnehmer, seit dieser Zeit etwa nur noch 30 Arbeitnehmer. Die Aufsichtsarbeiten werden durch wenige Angestellte vorgenommen, die nach einer Betriebsvereinbarung im Winter Urlaub zu nehmen haben, in dieser Zeit zusätzlich den Maschinenpark überprüfen und instandhalten sowie neue Aufträge einholen und betreuen. Bei den gewerblichen Arbeitnehmern handelt es sich regelmäßig um Italiener, die sich etwa in den Monaten November bis Februar in Italien aufhalten und dort – soweit der Klägerin dies bekannt ist – andere Arbeiten verrichten. Zumindest seit Beginn des streitbefangenen Zeitraumes – seit 1972 – ist die Klägerin mit deutlichem Schwerpunkt im Tennisplatzbau – Freianlagen – tätig, und zwar vom Umsatz her zu etwa 80–85 % im Durchschnitt mit leichten Schwankungen nach unten und oben. Soweit andere Arbeiten ausgeführt wurden, handelt es sich um den Bau von Sportplätzen und Fußballspielplätzen und in begrenztem Umfang um Arbeiten an Leichtathletikanlagen – Freianlagen –. Bei Teilarbeiten ist die Klägerin im wesentlichen mit der Erstellung des eigentlichen Bodenbelages befaßt. Umzäunungsarbeiten sowie Nebengebäude und Gartenanlagen werden im Rahmen der Aufträge von ihr nicht ausgeführt. In letzter Zeit befaßt sich die Klägerin zusätzlich mit Pflege- und Wartungsarbeiten an Tennisplätzen, die schwerpunktmäßig in den ersten beiden Monaten der Saison auszuführen sind und dann etwa 30 % der

auszuführenden Arbeiten umfassen. Die Klägerin beabsichtigt sich in Zukunft während der Saison zusätzlich um die vollständige Betreuung von Tennisplätzen zu bemühen, um die schlechte Auftragslage auszugleichen.

Mit Bescheid vom 21. Mai 1975 zog die Beklagte die Klägerin zur Zahlung der Winterbau-Umlage heran und errechnete für die Zeit von Dezember 1972 bis September 1974 eine Umlage von 4.9.515,86 DM zuzüglich eines Säumniszuschlages von 988,20 DM. Zur Begründung führte sie an, die Klägerin unterhalte einen Betrieb des Garten- und Landschaftsbaues, der in die Produktive Winterbauförderung einbezogen sei. Den Widerspruch wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 30. Oktober 1975 zurück.

Hiergegen richtet sich die am 8. November 1975 beim Sozialgericht Wiesbaden erhobene Klage, das den Rechtsstreit an das Sozialgericht Frankfurt am Main verwiesen hat. Während des Klageverfahrens änderte die Beklagte ihren Leistungsbescheid vom 21. Mai 1975 mit Bescheid vom 7. Januar 1976 dahin ab, daß von der Klägerin insgesamt 49.952,43 DM zuzüglich eines Säumniszuschlages von 996,80 DM zu zahlen seien. Die Klägerin hat vorgetragen, sie betreibe ein Spezialunternehmen und befasse sich seit Bestehen der Firma ausschließlich mit dem Bau von Tennis- und Sportplätzen, mit deutlichem Schwerpunkt in der Erstellung von Tennis-Freiplätzen. In der Zeit von November bis März seien niemals Baumaßnahmen durchgeführt worden, da dies wegen der Witterungsverhältnisse – Frost und Feuchtigkeit – technisch unmöglich, jedenfalls aber in hohem Maße unwirtschaftlich sei. Diesen Gegebenheiten habe sie ihre Betriebsstruktur angepaßt, indem sie Arbeiten in den Wintermonaten nicht verrichte und deshalb nur Saisonarbeiter beschäftige. In den Wintermonaten bestehe nahezu Betriebsruhe.

Das Sozialgericht Frankfurt am Main hat die Klage mit Urteil vom 25. Juli 1977 abgewiesen. Zur Begründung hat es angeführt, die Klägerin sei zur Zahlung der Umlage für die produktive Winterbauförderung nach § 186 a Abs. 1 AFG verpflichtet, weil ihr Betrieb zu den in § 76 Abs. 2 AFG in Verbindung mit der Bau-Betriebe-Verordnung vom 19. Juli 1972 genannten Betrieben gehöre. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 a der Bau-Betriebe-Verordnung sei die ganzjährige Beschäftigung in der Bauwirtschaft durch die Leistungen der Produktiven Winterbauförderung und das Schlechtwettergeld zu fördern u.a. in Betrieben des Garten- und Landschaftsbaues, in denen fortgesetzt und ausschließlich oder überwiegend Garten-, Park- und Grünanlagen, Sport- und Spielplätze sowie Friedhofsanlagen erstellt würden. Die erkennende Kammer habe keine Zweifel daran, daß in Betrieben dieser Art in der Schlechtwetterzeit die Bautätigkeit durch die Förderung voraussichtlich in wirtschafts- oder sozialpolitisch erwünschter Weise belebt werden könne. Es könne nicht in das Belieben des einzelnen Arbeitgebers gestellt werden, sich durch Einstellung der Betriebstätigkeit während der Schlechtwetterzeit der Umlagepflicht zu entziehen.

Gegen dieses, der Klägerin am 26. August 1977 zugestellte Urteil richtet sich ihre mit Schriftsatz vom 13. September 1977, eingegangen beim Hessischen Landessozialgericht am 14. September 1977, eingelegte Berufung.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte die Umlage gemäß § 186 a AFG für den Zeitraum von November 1975 bis Oktober 1979 mit Bescheid vom 20. Dezember 1979 festgelegt, und zwar in der Gesamthöhe von 128.809,11 DM einschließlich Verzugszinsen. Dem Bescheid ist der Zusatz beigefügt, daß dieser gemäß §§ 153, 96 SGG Gegenstand des Berufungsverfahrens werde.

Die Klägerin ist der Auffassung, nach ihrer Betriebsstruktur und der Art der Aufträge – Tennisplatzbau mit Tennen- bzw. Kunststoffbelag – sei es unrentabel und wirtschaftlich nicht vertretbar, in den Wintermonaten (November bis März) den Tennisplatzbau zu betreiben. Die hierzu erforderlichen Materialien, seien es Tennen- oder Kunststoffbeläge, seien in den Wintermonaten nicht ordnungsgemäß zu verarbeiten. Einer Verarbeitung stünden die zu hohe Luft- und Bodenfeuchtigkeit und die zu niedrigen Temperaturen entgegen. Die Verarbeitung von Kunststoffen wie z.B. Polyurethan erfordere eine Mindesttemperatur von 15 bis 18 Grad Celsius. Bei Unterschreitung dieser Temperaturen seien Kunststoffe wegen mangelnder Fließfähigkeit nicht zu verarbeiten. Überbauungen oder Hallen zur Erstellung der Tennisplätze seien unwirtschaftlich, da die Kosten solcher Vorsorgemaßnahmen pro Baustelle mindestens 100.000,- DM ausmachten und damit in keinem Verhältnis zum Auftragswert von erfahrungsgemäß etwa 30.000,- DM stünden.

Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 25. Juli 1977 sowie den Bescheid vom 21. Mai 1975, den Widerspruchsbescheid vom 30. Oktober 1975 sowie die Bescheide vom 7. Januar 1976 und 20. Dezember 1979 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie schließt sich inhaltlich dem Urteil des Sozialgerichts an und ist ergänzend der Auffassung, hinsichtlich der Umlagepflicht sei gemäß § 186 a, 76 Absatz 2 Sätze 1 und 2 AFG nicht auf einzelbetriebliche Besonderheiten abzustellen, vielmehr sei gesamtwirtschaftlich zu prüfen, ob die Belebung der Bautätigkeit in wirtschafts- oder sozialpolitischer Hinsicht in der Schlechtwetterzeit erreicht werden könne. Ein solcher wirtschaftspolitischer Effekt trete bereits dadurch ein, daß Baubetriebe in die Winterbauförderung und damit in die Umlagepflicht einbezogen seien. Die monatliche Erhebung der Umlage nach § 186 a Absatz 1 AFG bewirke, daß die Kosten der produktiven Winterbauförderung auf das ganze Jahr verteilt würden und damit weitgehend preisneutral blieben. Dies habe der Gesetzgeber auch ausdrücklich in der Neuregelung des § 76 Absatz 2 AFG durch das 5. AFG-Änderungsgesetz vom 23. Juli 1979 klargestellt. Der Betrieb der Klägerin sei dem Bereich des Garten- und Landschaftsbaues zuzuordnen. Sie errichte Sportanlagen und damit Drainierungsarbeiten gemäß § 1 Absatz 2 Nr. 2 Baubetriebe-Verordnung, Erdbewegungsarbeiten gemäß § 1 Absatz 2 Nr. 9 Baubetriebe-Verordnung und Tiefbauarbeiten gemäß § 1 Absatz 2 Nr. 35 Baubetriebe-Verordnung und sei deshalb eindeutig als umlagepflichtig gemäß § 186a AFG zu bewerten. Unabhängig davon sei es der Klägerin technisch und wirtschaftlich möglich, die vorwiegend von ihr vorgenommenen Tennisplatzbauarbeiten auch in dem Förderungszeitraum von November bis März auszuführen. Sie müsse hierbei nur geeignete Maschinen und Geräte verwenden. Ein Vollschutz in Form einer Winterbauhalle sei technisch zwar denkbar, aus wirtschaftlichen Gründen jedoch nicht zumutbar; in Betracht kämen jedoch Schutzvorkehrungen in Form von Winterschutzkleidung, Abdeckung des Baumaterials mit Planen, Nachtdeckung des Erdplanums oder der Oberbauschichten mit Planen gegen Frosteinwirkung oder Verschlammung. Grundsätzlich müsse die Niederschlags-/Frostkombination beachtet werden, welche viele Arbeiten im Garten- und Landschaftsbau, Straßen- und Tiefbau in der Winterzeit erschwere, aber deshalb langfristig nicht unmöglich mache. Wegen der Einzelheiten der gutachterlichen Stellungnahme der Beklagten wird auf Bl. 75 bis 79 der Gerichtsakte Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens bei der Forschungs- und Materialprüfungsanstalt B.-W. – O.-G.-Institut –

S. über die Möglichkeiten der Durchführung von Tennisplatzbauarbeiten mit Tennen- bzw. Kunststoffbelag in den Wintermonaten. Der Gutachter ist in seinem Bericht vom 27. Mai 1981 im wesentlichen zu dem Ergebnis gekommen, daß die von der Klägerin im Schwerpunkt durchgeführten Baumaßnahmen wegen der in den Monaten November bis März zu erwartenden Witterungsumstände technisch unmöglich, jedenfalls in hohem Maße unwirtschaftlich seien. Das Gericht hat weiter ergänzend hierzu Auskünfte eingeholt. Insoweit wird auf die Schreiben des Vorsitzenden der Fachgemeinschaft Winterbau, G. K., vom 8. Juli 1982, des Bundesinstituts für Sportwissenschaft vom 20. Juli 1982, der Industriegewerkschaft Bau, Steine, Erden vom 26. Juli 1982, des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes vom 28. Juli 1982 sowie des Bundesverbandes Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e. V. vom 9. August 1982 Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Akteninhalt, insbesondere auf den der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen gewesen sind, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, denn sie ist form- und fristgerecht eingelegt sowie an sich statthaft ([§§ 143, 151 SGG](#)).

Die Berufung der Klägerin ist auch begründet. Das Urteil des Sozialgerichts wie auch die Beitragsbescheide der Beklagten halten einer Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin darf nicht zur Umlage im Rahmen der Produktiven Winterbauförderung gemäß § 186a AFG herangezogen werden. Von der. Aufhebung sind auch der Änderungsbescheid vom 7. Januar 1976, der bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens geworden ist, wie die Bescheide vom 20. Dezember 1979, die Gegenstand des Berufungsverfahrens ([§§ 153, 96 SGG](#)) geworden sind, erfaßt.

Die Beklagte erhebt zur Aufbringung der Mittel für die Produktive Winterbauförderung von den Arbeitgebern des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung durch Leistungen nach den §§ 77-80 AFG zu fördern ist (§ 76 Abs. 2 AFG), eine Umlage (§ 186a AFG in der Fassung des 2. AFG-Änderungsgesetzes vom 19. Mai 1972 ([BGBl I S. 791](#)) in der bis zum 31. Dezember 1979 maßgeblichen Fassung - vgl. Art. 10 des 5. AFG-Änderungsgesetzes vom 23. Juli 1979 ([BGBl I S. 1189](#))). Anspruch auf Leistungen im Rahmen der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft haben Arbeitgeber des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung nach § 76 Abs. 2 AFG zu fördern ist, sowie Arbeitnehmer, die in solchen Betrieben beschäftigt sind. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bestimmt durch Rechtsverordnung, in welchen Betrieben des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist; er kann dabei für die Produktive Winterbauförderung und das Schlechtwettergeld unterschiedliche Regelungen treffen. Er darf in die Förderung nur Betriebe einbeziehen, deren Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit dadurch voraussichtlich in wirtschafts- oder sozialpolitisch erwünschter Weise belebt werden wird (§ 76 Abs. 1 und 2 Sätze 1 und 2 in der Fassung vom 19. Mai 1972 ([BGBl I S. 791](#)), hier in der bis zum 31. Juli 1979 maßgeblichen Fassung). Die Befugnis zum Erlaß der Baubetriebe-Verordnung folgt aus § 76 Abs. 2 AFG. Dort ist dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung aufgegeben, aus der Gesamtheit der Baubetriebe diejenigen abzugrenzen, in denen die ganzjährige Beschäftigung gefördert werden kann. Eine Befugnis, den Begriff des Baubetriebes und den der Bauleistungen im Sinne des § 75 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AFG zu bestimmen, enthält diese Ermächtigung nicht. Bei der Klägerin handelt es sich um einen Baubetrieb im Sinne der insoweit maßgeblichen Fassung der Baubetriebe-Verordnung vom 19. Juli 1972 ([BGBl I S. 1257](#)), hier gleichlautend in der Änderungsfassung vom 30. April 1975 ([BGBl I S. 1056](#)).

Die Klägerin nimmt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. f) chemische Bodenverfestigungsarbeiten vor; sie führt Drainierungsarbeiten gemäß Buchst. r) aus, weiterhin Tiefbaumaßnahmen nach Buchst. z) gg). Schließlich dient ihr Betriebszweck dem Bau von Sportplätzen, weshalb sie nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 a) Baubetriebe-Verordnung vom 19. Juli 1972 erfaßt ist. Es ist deshalb un-erheblich, ob die Klägerin in den Tarifbereich des Bundesrahmentarifs für das Baugewerbe (hier zunächst in der Fassung vom 1. April 1971) fällt oder ob andere tarifvertragliche Regelungen Anwendung finden; die Klägerin ordnet sich selbst ausweislich der Bekundungen ihres Geschäftsführers keiner bestimmten tarifvertraglichen Regelung unter. Unabhängig hiervon handelt es sich bei der Klägerin um einen Baubetrieb im Sinne des § 75 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AFG.

Nach der hier maßgeblichen Fassung des § 76 Abs. 1 und 2 AFG vom 19. Mai 1972 reicht es jedoch für eine Heranziehung zur Umlage nicht aus, wenn durch diese eine mittelbare Belegung der Winterbautätigkeit im Betrieb der Klägerin durch die Forderung anderer Baubetriebe ermöglicht wird. Nach § 76 Abs. 1 AFG sollen Anspruch auf Leistungen nur solche Arbeitgeber haben, in deren Betrieben die Leistungen eins Belegung der Bautätigkeit bewirken können. Es können daher nur solche Betriebe gemeint sein, bei denen durch gezielten Einsatz von Förderungsmitteln eine Belegung bewirkt werden kann. Der Auftrag an den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung in § 76 Abs. 2 AFG ist deshalb nur dahin zu verstehen, daß aus der Gesamtzahl der Betriebe, die Bauleistungen erbringen, nur diejenigen von der Baubetriebe-Verordnung erfaßt werden, bei denen durch den Einsatz von Förderungsleistungen unmittelbar eine wesentliche Belegung in der Schlechtwetterzeit erzielt werden kann. Der Ordnungsgeber kann nach § 76 Abs. 2 AFG nicht gezwungen werden, jegliche Besonderheiten einzelner Betriebe zu berücksichtigen, vielmehr ist ihm das Recht eingeräumt, generalisierend und typisierend Gruppen von Betrieben zu beschreiben. Dies kann im Einzelfalle zur Folge haben, daß einzelne Betriebe, die wegen ihrer Besonderheiten nicht wesentlich gefördert werden können, in die Förderung und damit in die Umlagepflicht einbezogen werden. Nimmt der Ordnungsgeber keine Differenzierung nach förderungsfähigen und nichtförderungsfähigen Gruppen vor, obwohl dies geboten wäre, so ist die Vorschrift, die eine Branche ohne Einschränkung in die Winterbauförderung einbezieht, unwirksam. Mangels einer typisierenden Bestimmung muß dann für jeden Betrieb dieser Branche besonders geprüft werden, ob nach den dort herrschenden Verhältnissen objektiv eine wesentliche Förderung möglich ist (vgl. BSG, Urteil vom 2. September 1977 - [12 RK 37/76](#) - SozR 4100 § 186a Nr. 2; Urteil vom 1. Juni 1978 - [12 RK 50/78](#) - SozR 4100 § 186a Nr. 4); der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung schließt sich der erkennende Senat an.

Der Betrieb der Klägerin wird durch die Baubetriebe-Verordnung in der Fassung vom 19. Juli 1972 im wesentlichen auf Grund mehrerer dort genannter Arbeitsvorgänge erfaßt, ohne daß sie in ihren Besonderheiten ausdrücklich in einer eigenen Position erwähnt werden. Im weitesten Sinns stellt der Tennisplatzbau zwar die Erstellung von Sportplätzen dar (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a) a.a.O.), ohne daß hier jedoch die notwendigen Besonderheiten bei den von der Klägerin auszuführenden Arbeiten berücksichtigt werden. Betriebe, die Tennisfreianlagen nach dem Verfahren der Klägerin oder ähnlichen Verfahren herstellen, können nach den objektiven Gegebenheiten des Betriebes nicht, auch nicht teilweise, durch die Produktive Winterbauförderung gefördert werden. Dabei ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Betriebe nach objektiven Maßstäben, insbesondere nach ihrer Ausrüstung und personellen Besetzung, in der Lage wären, unter Einsatz von Förderungsmitteln in wesentlich größerem Umfang Bauleistungen zu erbringen, als dies ohne Einsatz der Mittel möglich wäre (vgl. BSG,

Urteil vom 1. Juni 1978, [a.a.O.](#)). Förderungsfähigkeit und Umlagepflicht sind in der Produktiven Winterbauförderung nur von der – objektiven – Art der Arbeiten, nicht von der – subjektivbetrieblichen Gestaltung der Arbeiten abhängig. Unerheblich ist deshalb vorliegend, daß die Klägerin ihren Betrieb als Saisonbetrieb organisiert hat und Arbeiten in der Winterzeit nicht ausführt. Allerdings kommt diesem Umstand Bedeutung insoweit zu, als hierin zum Ausdruck kommt, daß sich die Klägerin veranlaßt sieht, sich den Möglichkeiten des Winterbaues anzupassen mit der betriebsorganisatorischen Konsequenz, eben in der Winterzeit keinerlei Arbeiten im Freien, die förderbar wären, zu verrichten (vgl. zur Bedeutung der betrieblichen Gestaltung der Arbeiten auch BSG, Urteil vom 27. Juni 1980 – 8 b/12 RAr 7/78 – [SozR 4100 § 186a Nr. 9](#) sowie BSG, Urteil vom 16. Februar 1982 – [10 RAr 1/81](#)).

Die Ermittlungen des Gerichts haben ergeben, daß die Baubetriebe-Verordnung dem Sportstättenbau nicht ausreichend Rechnung trägt, wenn auf die Belange des Tennisplatzbaues – Errichtung von Freiplätzen – abgestellt wird. Die Ermittlungen haben insoweit weiterhin ergeben, daß eine Förderung des Baues dieser Anlagen in den Wintermonaten nicht oder nur unwesentlich, in jedem Falle nicht wirtschaftlich vertretbar erfolgen kann. Die Klägerin betreibt ein Unternehmen, das sich mit der Erstellung von Sportplätzen befaßt, und zwar zu einem ganz überwiegenden Anteil, wie unter den Beteiligten nicht streitig ist, mit dem Bau von Tennisplätzen. Die von ihr ausgeführten Bauarbeiten konzentrieren sich im wesentlichen auf die Erstellung des eigentlichen Tennisplatzes und nicht auf die Umgebungsarbeiten. Der Arbeitsablauf läßt sich danach im wesentlichen wie folgt beschreiben: Die Arbeiten an einem Tennisplatz erfordern insgesamt einen Arbeitsaufwand von etwa 1 bis 2 Wochen. Etwa 1 bis 2 Tage nimmt die Erstellung des Erdplanums, vorgenommen mit Maschinen, in Anspruch. An das Erdplanum werden bereits hohe Anforderungen hinsichtlich der Verdichtung und Beschaffenheit gestellt. Der Unterbau enthält Aufschüttungen auf dem Untergrund, die evtl. mit Bindemitteln verfestigt werden müssen. Besondere Anforderungen werden hier an Gefälle, Höhenlage, Ebenheit, Verdichtungsgrad und Verformungsmodul gestellt. Darauf wird häufig eine Filterschicht aufgebracht, die im wesentlichen aus einem körnigen, mineralischen Gemisch besteht. Auch hier bestehen besondere Anforderungen an Gefälle, Höhenlage und Ebenheit. Notwendig ist weiterhin eine Tragschicht aus grobkörnigem mineralischem Gemisch, das zusätzlich besonderen Anforderungen an die Tragfähigkeit genügen muß. Auch hier ist die Verwendung von Bindemitteln ggf. notwendig. Es folgt weiterhin eine dynamische Schicht aus korngestuftem mineralischen Baustoffen mit besonderen Anforderungen an die Oberflächenfestigkeit. Zuletzt wird der Tennenbelag angebracht bzw. der Kunststoffbelag, der im wesentlichen aus ausgehärteten Mischungen von Bindemitteln, Zuschlagstoffen und Zusätzen besteht. Dieser Arbeitsablauf ist für alle Sportplätze ähnlich, an die die Anforderungen an Gefälle, Höhenlage, Ebenheit, Tragfähigkeit und Oberflächenfestigkeit gestellt werden, wie im Tennisplatzbau, wie der Gutachter Dipl.-Ing. K. in seinem Gutachten vom 27. Mai 1981 überzeugend festgestellt hat.

Diesen Anforderungen wird die Baubetriebe-Verordnung mit der formellen Erfassung aller Betriebe, die u.a. Sportplätze erstellen, nicht gerecht. Insbesondere ist die Zusammenfassung mit Betrieben, die mit der Erstellung von Garten- und Grünanlagen befaßt sind, nicht gerechtfertigt. Auch die Auskünfte des Bundesinstituts für Sportwissenschaft sowie des Zentralverbandes des deutschen Baugewerbes haben ergeben, daß durchaus Erdarbeiten wie auch Gartenarbeiten in der Winterzeit verrichtet werden können. Tatsächlich werden auch Straßenarbeiten in der Winterzeit, zumindest vorbereitende Erdarbeiten, durchgeführt. Unter diesem Gesichtspunkt gehen auch die eingeholten Auskünfte teilweise dahin, insbesondere die Auskunft des Wissenschaftlichen Winterbauberaters G. K. wie auch die Auskunft der Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft, daß wenigstens Teilarbeiten, etwa Erd- und Drainagearbeiten auch in der Winterzeit ohne Schwierigkeiten ausgeführt werden können. Insoweit werden nicht unerhebliche Bedenken seitens des Sachverständigen K. erhoben, als nämlich durch die Erdarbeiten in der Winterzeit unzulängliche Verdichtungsverhältnisse mit nachfolgenden Schäden auftreten können; die Klägerin kann deshalb auf die Möglichkeit zu Teilarbeiten im Erdbereich aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nicht verwiesen werden.

In wirtschaftlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, daß die Arbeiten im wesentlichen innerhalb eines verhältnismäßig kurzen Zeitraumes abgewickelt werden, im Durchschnitt innerhalb eines Zeitraumes von 1 bis 2. Wochen. Die notwendigen Erdarbeiten nehmen hieran nur einen verhältnismäßig geringen Anteil, zumindest zeitlich, in Anspruch, nämlich etwa 1 bis 2 Tage je Platz. Die Klägerin würde bei dieser Verfahrensweise gezwungen sein, eine große Zahl von Bauplätzen zu eröffnen, wollte sie in den Genuß von Leistungen nach der Produktiven Winterbauförderung kommen; unabhängig davon, ob der mögliche Kundenkreis dies hinnehmen würde, überzeugt der Vertrag der Klägerin, daß eine derartige Verfahrensweise für den Betrieb eine unzumutbare Belastung darstellen würde.

Noch schwerer wiegen jedoch die technischen Einwände, die der Gutachter K. überzeugend dargestellt hat. Zum einen kann das Erdplanum bei den in der Winterzeit überwiegend gegebenen Temperatur- und insbesondere Luftfeuchtigkeitswerten kaum haltbar und ausreichend verdichtet hergestellt werden. Zur weiteren Einarbeitung von Schichten wäre es ohnedies notwendig, das Frühjahr abzuwarten. Das Erdplanum würde in dieser Zeit sämtlichen Witterungseinflüssen ausgesetzt werden, wobei letztlich den Anforderungen an Gefälle, Höhenlage, Ebenheit, Verdichtungsgrad und Verformungsmodul nicht mehr ausreichend entsprochen würde. Notwendige Nacharbeiten würden die zuvor möglichen Arbeiten wirtschaftlich kaum oder nicht vertretbar erscheinen lassen. Diese Argumentation wiegt umso schwerer, als die aufgetragenen Schichten, etwa im Verhältnis zum Straßenbau, wie der Gutachter zu Recht ausführt, verhältnismäßig dünn sind und deshalb besondere Anforderungen an die Qualität einer Schicht zu stellen sind. Auch in den Wintermonaten November bis März können mit geringen Ausnahmen jedoch Witterungsbedingungen vorherrschen, die die Durchführung von Bauarbeiten mit Tennenbelag zulassen; insoweit handelt es sich jedoch, wie das Bundesinstitut für Sportwissenschaft überzeugend dargelegt hat, um Ausnahmesituationen, die für den Ablauf von Wintermonaten, auch unter Berücksichtigung des Arbeitsbereichs der Klägerin, nicht der Regel entsprechen. In keinem Falle können jedoch in dieser Zeit Kunststoffbeläge verarbeitet werden, schon wegen der notwendigen Arbeitstemperaturen von 10°-15°C. Tennenbeläge können in dieser Zeit insbesondere wegen der erfahrungsgemäß hohen Luftfeuchtigkeit und des in der Norm DIN 18035 Sportplätze festgelegten Proctorwassergehalts nicht eingebaut werden. Wie das Gutachten, aber auch die Auskünfte des Bundesinstituts für Sportwissenschaft und des Bundesverbandes für Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e.V. ergeben haben, gibt es keine geeigneten, speziellen Verfahren, die eine abschließende Durchführung der Arbeiten in der Winterzeit zuließen. Die Arbeiten können letztlich nur dann in der Winterzeit durchgeführt und abgeschlossen werden, wenn eine Winterbauhalle über den gesamten Zeitraum zur Verfügung steht. Hier geht die Beklagte selbst davon aus, daß dies wirtschaftlich nicht vertretbar wäre, wie dies auch die Auskünfte ergeben haben.

Die Arbeiten im Betrieb der Klägerin können durch die Produktive Winterbauförderung auch nicht wesentlich gefördert werden. Unter Zugrundelegung der Beschreibung des Arbeitsablaufs der von ihr weit überwiegend ausgeführten Arbeiten – im Durchschnitt zu etwa 85 % – können diese durch den Einsatz von Schutzvorkehrungen, Geräten und sonstigen Leistungen der Produktiven Winterbauförderung oder durch Schlechtwettergeld unter Zugrundelegung der objektiven Gegebenheiten und unabhängig von der –allerdings dem angepaßten –

Struktur und betrieblichen Organisation nicht wesentlich gefördert werden.

Der Klägerin wäre es allenfalls möglich, in der Winterzeit andere Arbeiten zusätzlich auszuführen, was jedoch auf eine Änderung ihrer Betriebsstruktur hinauslaufen und zudem die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung, welche Arbeiten auf dem Markt angeboten werden, beeinträchtigen würde. Deshalb ist insoweit die Arbeitsweise der Klägerin, wie sie beständig über Jahre hin geübt worden ist, hier zugrunde zulegen.

Wie die Klägerin im übrigen glaubhaft vorträgt, kann sie nur so als kleineres bis mittleres Spezialunternehmen im Wettbewerb bestehen. Bei Ausführung der Arbeiten für den Tennisplatzbau werden an jede Schicht hohe Anforderungen bzgl. der Profiligenauigkeit und Tragfähigkeit gestellt, wie der Gutachter K. überzeugend dargelegt hat. Hier bestehen wesentliche Unterschiede zwischen den Arbeiten im Sportstättenbau und denen im Garten- und Landschaftsbau, in dem regelmäßig das Planum nicht weiter bearbeitet werden muß, da es bepflanzt wird. Erdbewegungen ohne besondere Anforderungen an die Profiligenauigkeit können auch in Wintermonaten durchgeführt werden, während demgegenüber die Vorbereitung des Planums für den Tennisplatzbau auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. So können, wie der Gutachter anführt, Plattendruckversuche zur Feststellung der Tragfähigkeit nicht sinnvoll durchgeführt und verwertet werden. Verdichtungsarbeiten an Aufschüttungen sind praktisch unmöglich, da sich der bodenmechanische Zustand des Erdplanums durch Frost/Tauwechsel laufend verändert, so daß sogar die Durchführung von Erdarbeiten auf Schwierigkeiten stößt. Demgegenüber wird allerdings von dem Wissenschaftlichen Winterbauberater K. angeführt, daß einzelne Stufen einer Tennisplatzanlage auch in den Wintermonaten ohne erhebliche Schwierigkeiten erstellt werden könnten, weil es auch in den Wintermonaten viele baugünstige Arbeitstage gebe. Es könnten sogar z.B. die Planums- und Erdarbeiten, Wege- und Platzzeinzäunungen an nicht baugünstigen Tagen vorgenommen werden, abgesehen von den sonstigen, für die Sportanlagen notwendigen Bauten. Die Auskunft ist hier jedoch insoweit unerheblich, als sich die Klägerin auf die Erstellung der eigentlichen Sportanlage konzentriert; sie wird aber auch dem Tennisplatzbau mit seinen Besonderheiten nach Überzeugung des erkennenden Senats nicht gerecht. Auch dem Winterbauberater K. sind ebenso wie der Fachgemeinschaft Winterbau bisher keine Verfahren im Tennisplatzbau bekannt geworden, die sich besonders für die Durchführung von Bauaufträgen im Winter eignen. K. führt hier die Möglichkeit des Einsatzes von Kombi- und Variohallen an, ohne Angaben dazu machen zu können, ob derartige Hallen tatsächlich auch im Tennisplatzbau eingesetzt werden. Die Beklagte ist selbst der Auffassung, daß ein Hallenbau oder die Hallenverwendung bei dem verhältnismäßig niedrigen Auftragswert im Tennisplatzbau wirtschaftlich nicht vertretbar wäre. Dies hat der Gutachter überzeugend dargelegt und auch die Klägerin nachgewiesen.

Die Auskunft der Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden geht im wesentlichen ohne nähere Begründung dahin, es seien wohl keine wesentlichen Unterschiede zwischen Straßenbau und Tennisplatzbau feststellbar und im Tief- und Straßenbau seien in gewissem Umfang Bauleistungen unter Winterschutzmaßnahmen durchführbar. Diese Auskunft wird durch das Gutachten K., das sich mit der Arbeitsweise im einzelnen befaßt, widerlegt. Die weiteren Schichten des Tennisplatzes, z.B. eine ungebundene Tragschicht, könne in der Winterzeit regelmäßig weder profiligerecht gebaut noch ordnungsgemäß verdichtet werden. Denn auch die entsprechende Bauvorschrift DIN 18915 bzgl. Bodenarbeiten besage, daß der Auftragnehmer verpflichtet sei, den Boden nur dann zu bewegen oder zu bearbeiten, wenn er einen Wassergehalt besitze, der der Ausrollgrenze entspreche oder geringer sei. Hierbei sei, so der Gutachter überzeugend, die Schichtdicke wesentlich geringer als im Straßenbau. Weiterhin setzt die einwandfreie Herstellung das Aufbringen der bituminös gebundenen Tragschicht voraus. Trägt die ungebundene Tragschicht nicht ausreichend, werden beim Schwarzdeckeneinbau durch den Fertiger Fahrspuren erzeugt und der erforderliche hohe Verdichtungsgrad bzw. die Ebenheit von 6 mm unter der 4 mm-Latte nie erreicht, wie der Gutachter überzeugend darlegt. Falls Heißmischgut im Winter überhaupt verfügbar ist, kühlt dieses beim Transport und Einbau derart ab, daß weder die erforderliche Profiligenauigkeit noch der notwendige Verdichtungsgrad erreicht werden kann. Ganz abgesehen davon können Kunststoffbeläge, wie auch die eingeholten Auskünfte ergeben, im allgemeinen nur bei einer Temperatur von 15 Grad Celsius, nach Auffassung der Klägerin gerade noch bei einer Temperatur von über 10 Grad Celsius, aufgebracht worden, da andernfalls die Viskosität der verwendeten Polyurethanbindemittel unter der Temperatur so hoch wird, daß es kaum mehr fließfähig ist und damit unverarbeitbar wird. Auch insoweit sind die Angaben des Gutachters, die letztlich auch die Beklagte nicht widerlegen kann, eindeutig und überzeugend. Es gibt auch, und hierin stimmen sämtliche Auskünfte überein, keine geeigneten Verfahren, die speziell Winterarbeiten zuließen, ohne daß Winterbauhallen verwendet werden müßten, deren Einsatz jedoch, wie bereits ausgeführt wurde, wirtschaftlich nicht vertretbar wäre. Würde die Klägerin die technischen Gegebenheiten, insbesondere die Vorschriften für Tennen- bzw. Kunststoffbelag nach DIN 18035 nicht beachten, sähe sie sich, so der Gutachter überzeugend, erheblichen Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt, die betriebswirtschaftlich nicht vertretbar wären. In dieser Hinsicht ist insbesondere die Auskunft des Bundesinstituts für Sportwissenschaft eindeutig. Lediglich der Zentralverband des deutschen Baugewerbes kommt in seiner Auskunft vom 23. Juli 1982 zu dem Ergebnis, daß der Bau von Tennisplätzen in den Wintermonaten nicht nur möglich, sondern auch wirtschaftlich vertretbar sei. Hier seien besondere Vorgehensweisen zu beachten, die die Arbeiten bei schlechter Witterung erleichterten, wie etwa der Einbau von Kunststoffbelägen auf noch warmer bituminöser Unterlage, wobei jedoch der Zentralverband selbst in Frage stellt, ob diese Vorgehensweise wirtschaftlich vertretbar sei, indem insoweit auf den - nicht näher beschriebenen - Einzelfall abgestellt werde.

Die Auskünfte gehen weiterhin im wesentlichen dahin, daß letztlich nur das Planum für die weiteren Schichten bei ungünstiger Witterung vorbereitet werden könne. Hier trägt jedoch die Klägerin, wie auch von Gutachter K. bestätigt wird, vor, daß es wirtschaftlich nur vertretbar sei, die Baustelle innerhalb angemessener Zeit nach Eröffnung abzuschließen, zumal das Planum in Zwischenzeiten erheblichen Einflüssen ausgesetzt ist und deshalb nach längerer Unterbrechung der erneuten Überarbeitung bedarf. Dies steht einer wirtschaftlichen Vorgehensweise eindeutig entgegen. Können Arbeiten dieser Art damit in der Winterzeit nicht abgeschlossen, ja nicht einmal in wesentlichen Teilen weitergeführt werden - so der Gutachter -, sind die sich anbietenden Leistungen der Produktiven Winterbauförderung, wie Schutzvorkehrungen, Winterkleidung, Heizaggregat und Baustoffwärmearbeiten nicht geeignet, die Arbeiten im Betrieb der Klägerin wesentlich und wirtschaftlich vertretbar zu fördern. Ist damit eine Förderung nach § 76 Abs. 2 AFG in der Fassung vom 19. Mai 1972 ausgeschlossen, kann die Klägerin auch nicht zur Winterbaumlage, die mit der Förderungsmöglichkeit unter den dargestellten Voraussetzungen korrespondiert, herangezogen werden.

Daß der Betrieb der Klägerin nach objektiven Maßstäben auch unter dem Einsatz von Förderungsmitteln nach der Produktiven Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden kann, ist auch für den Zeitraum nach Inkrafttreten der Neufassung des § 76 Abs. 2 AFG durch das 5. AFG-Änderungsgesetz vom 23. Juli 1979 ([BGBl I S. 1189](#)) erheblich; hieraus folgt keine andere rechtliche Beurteilung. Danach bestimmt der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung durch Rechtsverordnung, in welchen Zweigen des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung zu fordern ist; er kann dabei für die Produktive Winterbauförderung und das Schlechtwettergeld unterschiedliche

Regelungen treffen. Hierbei hat er zu berücksichtigen, ob dadurch die Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit voraussichtlich in wirtschafts- oder sozialpolitisch erwünschter Weise belebt werden wird. Dem hat der Ordnungsgeber durch die Neuregelung der Baubetriebe-Verordnung in der Fassung vom 28. Oktober 1980 entsprochen. Der Beklagten ist einzuräumen, daß die Klägerin auch hiernach - dem Wortlaut nach - hinsichtlich der von ihr auszuführenden Arbeiten insofern erfaßt wird, als Sportanlagen und damit Drainierungsarbeiten nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 Baubetriebe-Verordnung, Erdbewegungsarbeiten nach § 1 Abs. 2 Nr. 9 Baubetriebe-Verordnung, Tiefbauarbeiten nach § 1 Abs. 2 Nr. 35 Baubetriebe-Verordnung verrichtet sowie generell Sportplätze nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 Baubetriebe-Verordnung erstellt werden. Im Zuge der Neuregelung ist § 186a AFG mit Wirkung vom 1. Januar 1980 dem angepaßt worden (vgl. [BTDrucks. 8/2914 S. 45](#) zu Art. 1 Nr. 60a sowie Art. 10 des 5. AFG-Änderungsgesetzes vom 23. Juli 1979 ([BGBl. I S. 1189](#))). Die weitere Änderung zu § 186a durch Art. 4 Nr. 2 des AFG-Konsolidierungsgesetzes vom 15. Dezember 1981 ([BGBl. I S. 1390](#)) mit Wirkung vom 1. Januar 1982 betrifft weitgehend die Umlagehöhe und somit nicht die hier vornehmlich streitbefangene Frage der Heranziehung zur Winterbaumlage dem Grunde nach.

Die Neufassung von § 76 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AFG, die hier für den streitbefangenen Zeitraum ab August 1979 von Bedeutung ist, geht im wesentlichen dahin, daß in Satz 1 nicht auf "Betriebe" des Baugewerbes, sondern auf "Zweige" des Baugewerbes abgestellt und daß im wesentlichen auf die wirtschafts- und sozialpolitisch erwünschte Belebung der Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit abgehoben wird. Die Neuregelung des 5. AFG-Änderungsgesetzes beruht auf einer Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung ([BTDrucks. 8/2914](#)) betr. § 76 Abs. 2 AFG. Die Änderungen in den Sätzen 1 und 2 sollen danach klarstellen, daß die für die Einbeziehung von Zweigen des Baugewerbes in die Winterbauförderung erforderliche Erwartung einer wirtschafts- oder sozialpolitisch erwünschten Belebung der Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit nicht einzelbetrieblich, sondern gesamtwirtschaftlich zu verstehen ist. Gerade unter Einbeziehung dieser Begründung kommt der erkennende Senat zu keinen anderen rechtlichen Überlegungen, zumal auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu der zu früherer Zeit geltenden Fassung des § 76 Abs. 2 AFG auch maßgeblich nicht auf den einzelnen Betrieb, sondern auf eine sinnvolle und vertretbare Abgrenzung der Betriebszweige durch die Baubetriebe-Verordnung abgestellt hat. Denn entscheidend ist hiernach allein, ob die Betriebe nach objektiven Maßstäben, insbesondere nach ihrer Ausrüstung und persönlichen Besetzung, in der Lage wären, unter Einsatz von Förderungsmitteln in wesentlich größerem Umfang Bauleistungen zu erbringen, als dies ohne Einsatz dieser Mittel möglich wäre. Der mehr makroökonomischen Betrachtungsweise nach § 76 Abs. 2 Satz 2 AFG ist zumindest die mikroökonomische Betrachtungsweise - Untergruppenbildung - nach Abs. 2 Satz 1 vorgeschaltet. Insoweit haben aber gerade die Ermittlungen des Gerichts ergeben, daß eine sinnvolle Förderung aller Betriebe, die Sportplätze im weiteren Sinne bauen, nicht möglich ist, vielmehr hier Gruppenbildungen geboten sind, die Ausnahmen von der Förderung und damit von der Umlagepflicht zulassen. Deshalb läßt sich die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 16. Februar 1982 - [10 RAr 1/81](#)), die sich - ausdrücklich - zu der Neuregelung des § 76 Abs. 2 AFG bisher nicht geäußert hat, sinngemäß und unter Anpassung an die Neuregelung auf diese übertragen; diese vorliegend anzuwenden, sieht sich der erkennende Senat auf Grund der festgestellten und oben dargelegten tatsächlichen Umstände auch für den Regelungsbereich des Bescheides vom 20. Dezember 1979 für den Zeitraum ab August 1979 geboten.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision hat der Senat zugelassen, weil er der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung beimißt (vgl. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2007-09-25