

L 3 AL 2379/07

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 16 AL 6951/06
Datum
22.03.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 3 AL 2379/07
Datum
16.09.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Heranziehung der Klägerin zur Winterbauumlage streitig.

Die Klägerin betreibt ausweislich des Handelsregisterauszuges des Amtsgerichts Stuttgart (Eintragung vom 22.04.2003) ein Gewerbe, welches die Ausführung von Dachdeckerleistungen aller Art sowie Vermittlung von Bauaufträgen beinhaltet. Eine Eintragung in die Handwerksrolle für das Dachdeckerhandwerk liegt seit Februar 2001 vor, als technischer Leiter war Herr P. angegeben.

Am 01.03.2003 erfolgte eine Namensänderung der Firma G. R. Vertrieb GmbH in G. R. Bedachungen GmbH. Als neu ausgeübte Tätigkeiten wurden die Ausführungen von Dachdeckerleistungen sowie die Vermittlung von Bauverträgen aller Art aufgenommen.

Gegenüber der Lohnausgleichskasse für das Dachdeckerhandwerk gab die Firma G. R. Bedachungen GmbH an, im Betrieb würden fünf Arbeitnehmer beschäftigt, davon zwei Dachdecker. Im September 2003 teilte sie mit, ca. 80 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit entfalle auf die Handelsvertretung, ca. 15 % auf Steildacheindeckungen und ca. 0,5 % auf Flachdachabdichtungsarbeiten.

Am 24.06.2004 fand bei der Firma G. R. Bedachungen GmbH eine Betriebsprüfung durch die Beklagte statt. Im hierüber erstellten Protokoll ist angegeben, die Firma sei am 01.03.2003 gegründet worden. Die Tätigkeit des Betriebes umfasse ca. 20 % bauliche Leistungen sowie ca. 80 % die Vermittlung von Bauaufträgen aller Art. Es handle sich um keinen Baubetrieb im Sinne der Baubetriebe-Verordnung. Das Ergebnis der Prüfung sei mit dem Betriebsinhaber bzw. seinem Bevollmächtigten besprochen worden.

Im April 2005 bat die Lohnausgleichskasse für das Dachdeckerhandwerk die Beklagte um eine erneute Überprüfung der Klägerin. Beigefügt waren Kopien der Internetseiten der Klägerin, worin unter anderem mit der Ausführung von Dachdeckerleistungen geworben wurde.

Gegen die mit Schreiben vom 24.08.2005 erfolgte Ankündigung einer erneuten Betriebsprüfung legte die Klägerin Widerspruch ein. Über die hiergegen zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhobene Klage (Az: S 16 AL 5873/05) hat das SG mit Urteil vom 22.03.2007 wie folgt entschieden: Der Bescheid der Beklagten vom 24.08.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.09.2005 wird insoweit aufgehoben, als eine Betriebsprüfung der Klägerin für den Zeitraum vor dem 25.06.2004 angeordnet wird.

Mit Bescheid vom 12.10.2005 stellte die Beklagte die Umlagepflicht der Klägerin für die Winterbauumlage ab März 2003 fest. Zur Begründung führte sie aus, die Entscheidung ergehe aufgrund [§ 211 Abs. 1a](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III), weil die Klägerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sei.

Hiergegen hat die Klägerin am 11.11.2005 Widerspruch erhoben mit der Begründung, sie habe zum einen ihre Mitwirkung nicht verweigert, zum anderen sei sie kein Baubetrieb und deshalb auch nicht umlagepflichtig. Im Rahmen einer Prüfungsniederschrift zu [§ 211 Abs. 1](#) und [§ 216 SGB III](#) habe die Beklagte selbst eine entsprechende Feststellung getroffen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 15.08.2006, auf den Bezug genommen wird, wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Hiergegen hat die Klägerin am 18.09.2006 Klage zum SG erhoben.

Mit Urteil vom 22.03.2007 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 12.10.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.08.2006 insoweit aufgehoben, als die Umlagepflicht der Klägerin zur Winterbau-Umlage für die Zeit vor dem 25.06.2004 festgestellt worden ist. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin sei ab dem 25.06.2004 als ein zur Winterbau-Umlage verpflichteter Baubetrieb anzusehen. Sie erbringe unstreitig Bauleistungen des Dachdeckerhandwerks. Hinsichtlich der Frage, ob die Klägerin überwiegend Bauleistungen oder überwiegend baufremde Leistungen erbringe, komme die Regelung des [§ 211 Abs. 1a SGB III](#) bzw. ab dem 01.04.2006 [§ 175 Abs. 3 SGB III](#) zur Anwendung, wonach widerlegbar vermutet werde, dass die Klägerin unabhängig vom tatsächlichen Umfang überwiegend Bauleistungen des Dachdeckerhandwerks erbringe. Diese Vermutung sei - bisher - nicht widerlegt. Für die Beklagte habe auch Veranlassung bestanden, die Umlagepflicht der Klägerin im Rahmen einer Betriebsprüfung für den Zeitraum ab 25.06.2004 zu prüfen. Die Selbstdarstellung der Klägerin im Internet widerspreche dem Ergebnis der Prüfung, dass lediglich 20 % der Betriebstätigkeit auf bauliche Leistungen entfielen. Der Feststellung der Umlagepflicht für die Zeit vor dem 24.06.2005 stehe das Ergebnis der an diesem Tag durchgeführten Betriebsprüfung entgegen, an dem sich die Beklagte festhalten lassen müsse. Zwar entfalte dieses Prüfungsergebnis keine formelle Bindungswirkung, es greife jedoch die Vermutungswirkung des [§ 211 Abs. 1](#) a SGB III a.F. nicht ein. Bei dieser Prüfung sei die Klägerin auch ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen und habe die geforderten Nachweise erbracht.

Gegen das am 10.04.2007 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 10.05.2007 Berufung eingelegt. Sie trägt vor, die Beklagte habe aufgrund ihrer Prüfung am 24.06.2004 durch Verwaltungsakt festgestellt, dass die Klägerin kein zur Winterbau-Umlage verpflichteter Baubetrieb sei. Das SG habe keinerlei Ausführungen dazu gemacht, weshalb sich diese Verhältnisse am Tag nach der Prüfung geändert hätten. Eine Veränderung der Verhältnisse sei tatsächlich auch nicht eingetreten. Insbesondere habe sich der Internetauftritt vor und nach dem Prüftermin nicht geändert. Zudem sei vom SG der angebotene Beweis nicht erhoben worden, dass nach dem Zeitpunkt der Prüfung die Bauleistungen nicht ausgeweitet worden seien.

Die Verwaltungsberufsgenossenschaft (VBG) BV Ludwigsburg hat den Dienstreisebericht vom 21.07.2006 über eine Besprechung am 19.07.2006 zwischen Frau H. (G. R. Bedachung GmbH), Herrn K. und Frau von E. (VBG) vorgelegt. Dieser enthält eine Auflistung der in den Jahren 2001 bis 2005 bei der Klägerin tätigen Arbeitnehmer. Ausweislich des Berichts hat Frau H. angegeben, seit September 2005 seien die Tätigkeiten im Bereich Bau (Dachdecker) komplett eingestellt. Das Unternehmen betreibe nur noch die Vermittlung von Aufträgen an Subunternehmer. Die noch beschäftigten Dachdecker bzw. Meister seien jetzt neben der Endabnahme mit der Kundenanfrage beschäftigt. Folgende Löhne seien für die einzelnen Bereiche gezahlt worden:

Bereich 2003 2004 2005 Dachdecker 111.732,25 EUR 114,845 EUR 97.513 EUR Fahrer 22.908,90 EUR 27.624,60 EUR 29.417,90 EUR Vertrieb 2.400 EUR Reinigung 3.940 EUR 5.300 EUR 4.100 EUR

Der Senat hat die bei der Klägerin beschäftigten Mitarbeiter H., M., F. und P. als Zeugen vernommen. Auf die Niederschriften wird insoweit Bezug genommen. Die Zeugin H. hat bei ihrer Vernehmung am 25.11.2008 u.a. angegeben, sie sei bis 2005 bei der Klägerin angestellt gewesen und nun freiberuflich tätig. Die Klägerin sei ausschließlich als Generalübernehmer tätig. In der Vergangenheit seien zwar Mitarbeiter auf den Baustellen beschäftigt gewesen, um dringende Aufträge auszuführen, für die nicht sofort Subunternehmer zur Verfügung gestanden hätten. Seit einem ihr nicht mehr genau erinnerlichen Datum seien die Tätigkeiten auf Baustellen jedoch vollständig eingestellt.

Die VBG hat mit Schreiben vom 13.01.2009 mitgeteilt, für den Zeitraum vom 19.07.2006 bis heute lägen 5 Besichtigungsberichte vor, bei denen das Unternehmen G. R. Bedachungen GmbH auf Baustellen angetroffen worden sei, zuletzt am 06.11.2008. Bei einer Besprechung am 07.10.2008 habe Frau H. angegeben, dass sie mittlerweile (Mitte 2007) das Unternehmen übernommen habe. Der Unternehmensgegenstand habe sich dahingehend geändert, dass ab 15.09.2008 wieder zwei Dachdecker fest eingestellt worden seien und auch die Aufträge teilweise wieder selbst durchgeführt würden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 22. März 2007 abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 12. Oktober 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 2006 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gem. [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) einverstanden erklärt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Beklagtenakten, der beigezogenen Akten der Verwaltungsberufsgenossenschaft sowie der Gerichtsakten beider Rechtszüge ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten gem. [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist zulässig. Berufungsausschlussgründe nach [§ 144 SGG](#) liegen nicht vor.

Das SG hat über die Klage nur insoweit ausdrücklich entschieden, als es die angefochtenen Bescheide insoweit aufgehoben hat, als die Umlagepflicht der Klägerin zur Winterbau-Umlage für die Zeit vor dem 25.06.2004 festgestellt worden ist. Über die Umlagepflicht für die nachfolgende Zeit enthält der Tenor des angefochtenen Urteils keinen Ausspruch. Insoweit ist der Tenor unvollständig, denn bei teilweisem

Obsiegen muss die Klage im Übrigen abgewiesen werden. Der Tenor ist deshalb unter Heranziehung des Tatbestands und der Entscheidungsgründe auszulegen (BSG, Urteil vom 08.02.2007 - [B 9b SO 5/05 R](#) - in juris). Den Entscheidungsgründen ist zu entnehmen, dass die Klage im Übrigen abgewiesen werden sollte. Denn das SG hat unter weiterer Begründung ausgeführt, für die Zeit ab dem 25.06.2004 habe die Beklagte zutreffend dargestellt, dass die Klägerin als ein zur Winterbau-Umlage verpflichteter Baubetrieb anzusehen sei und die Klage insoweit abzuweisen sei.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist allein die Umlagepflicht der Klägerin zur Winterbau-Umlage ab dem 25.06.2004. Soweit das SG die angefochtenen Bescheide insoweit aufgehoben hat, als die Umlagepflicht der Klägerin zur Winterbau-Umlage für den Zeitraum vor dem 25.06.2004 aufgehoben hat, ist die Klägerin nicht beschwert und hat die Beklagte keine Berufung bzw. Anschlussberufung eingelegt. Das angefochtene Urteil ist insoweit bestandskräftig geworden.

Rechtsgrundlage für die Heranziehung zur Winterbau-Umlage ist [§ 354 SGB III](#). Nach [§ 354 SGB III](#) in der bis zum 31.03.2006 geltenden Fassung werden die Mittel für das Wintergeld, das Winterausfallgeld bis zur 100. Ausfallstunde und die Erstattung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung 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.

Nach [§ 354 Satz 1 SGB III](#) in der ab dem 01.04.2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung vom 24.04.2006 ([BGBl. I S. 926](#)) werden die Mittel für die ergänzenden Leistungen nach § 175a einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, in den durch die Verordnung nach § 182 Abs. 3 bestimmten Wirtschaftszweigen durch Umlage aufgebracht.

Nach [§ 182 Abs. 3 SGB III](#) wird das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt, auf Grundlage von Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien durch Rechtsverordnung festzulegen, ob, in welcher Höhe und für welche Arbeitnehmer die ergänzenden Leistungen nach § 175a Abs. 2 bis 4 in den Zweigen des Baugewerbes und den einzelnen Wirtschaftszweigen erbracht werden.

Auf dieser Rechtsgrundlage wurde die am 01.05.2006 in Kraft getretene Winterbeschäftigungs-Verordnung (WinterbeschV) vom 26.04.2006 idF v. 11.12.2006 erlassen, die m.W.v. 01.05.2006 die Winterbau-Umlage-VO vom 13.07.1972 ersetzt hat.

Nach § 2 WinterbeschV werden die Mittel für die ergänzenden Leistungen sowie die Verwaltungskosten und sonstigen Kosten, die mit der Gewährung der ergänzenden Leistungen zusammenhängen, durch Umlage in den Betrieben nach § 1 Abs. 1 aufgebracht. Hierzu gehören nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 WinterbeschV die gewerblichen Arbeitnehmer von Betrieben des Dachdeckerhandwerks (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 der Baubetriebe-Verordnung).

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Baubetriebe-Verordnung ist die ganzjährige Beschäftigung im Baugewerbe in Betrieben und Betriebsabteilungen zu fördern, die gewerblich überwiegend Bauleistungen ([§ 175 Abs. 2 SGB III](#)) erbringen.

Gem. [§ 175 Abs. 2](#) Sätze 1 und [2 SGB III](#) n.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. Erbringen Betriebe Bauleistungen auf dem Baumarkt, so wird gem. § 175 Abs. 3 n.F. vermutet, dass sie Betriebe des Baugewerbes im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 sind. Satz 1 gilt nicht, wenn gegenüber der Bundesagentur nachgewiesen wird, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen.

Die Feststellung der Umlagepflicht dem Grunde nach kann durch Bescheid vorweg ergehen (BSG Urteil vom 11.03.1087 - [10 RAr 5/85](#) - SozR 4100 § 186 a Nr. 21).

Bei der Prüfung der Umlagepflicht ist auf den Betrieb, nicht auf das Unternehmen oder den Konzern abzustellen. Heranzuziehen sind alle Arbeitgeber des Baugewerbes, deren Betrieb einem Zweig der Bauwirtschaft angehört, der durch die Baubetriebsverordnung einbezogen ist. Vorliegend sind Dachdecker aufgrund § 1 Abs. 3 Nr. 2 der Baubetriebe-Verordnung einbezogen. Unbeachtlich ist, ob die Arbeitnehmer des Betriebes im Einzelfall gefördert werden, weil die Baubranche insgesamt von einer Verstetigung der Bauleistung profitiert. Ein Arbeitgeber ist deshalb auch dann umlagepflichtig, wenn er sich mit eigenen Mitteln witterungsunabhängig gemacht hat (BSG Urteil vom 14.02.1991 - [10 RAr 3/90](#) - SozR 3-4100 § 186 a Nr. 4).

Nach [§ 211 Abs. 1 SGB III](#) 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. Nach [§ 211 Abs. 1a SGB III](#) wird bei Mischbetrieben - wie dem der Klägerin -, die Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringen, vermutet, dass in diesen Betrieben die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist. Dies gilt nicht, wenn gegenüber der Bundesagentur nachgewiesen wird, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen. Diese Vermutung ist erst dann widerlegt, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer nicht zeitlich überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 1 BaubetriebsVO erbringen (Leitherer in Eicher/Schlegel, SGB III, § 211 Rn. 52 ff.; Rutz in Hauck/Noftz, SGB III, § 211 Rn. 20a ff.). Zwar besteht auch insoweit eine gesetzliche Amtsermittlungspflicht, so dass die sonst bekannt gewordenen Umstände zu überprüfen sind. Der Nachweis ist dann erbracht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen (Röder in Niesel, SGB III, 3. Aufl., § 211 Rn. 12).

Gleiches gilt für die ab dem 01.04.2006 geltende Vermutungsregelung des [§ 175 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#). Diese ist erst widerlegt, wenn nachgewiesen ist, dass in dem Betrieb, in dem die Arbeitnehmer teils mit Bauleistungen, teils mit baufremden Arbeiten befasst sind, die Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen. Hierbei ist nicht mehr auf den Einsatz der Mehrzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer für Bauleistungen, sondern auf die Mehrzahl der Arbeitsstunden für Bauleistungen bzw. auf die zeitliche Inanspruchnahme abzustellen (so bereits BSG, Urteil vom 04.03.1999 - B [11/10 AL 6/98 R](#) - [SozR 3-4100 § 75 Nr. 2](#)).

Die Widerlegung der Vermutungsregel greift jedoch nur, wenn der Nachweis erbracht ist, dass Bau- bzw. Dachdeckerleistungen

arbeitszeitlich nicht überwiegen. Der Nachweis ist erbracht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen. Bleiben vernünftige Zweifel, ist die Vermutung des Abs. 3 Satz 1 nicht widerlegt. Bei einer Nichterweislichkeit trägt der Arbeitgeber die objektive Beweislast (Krodel in Niesel, SGB III, 4. Aufl., § 175 Rn. 21).

Sowohl nach [§ 211 Abs. 1a SGB III](#) a.F. als auch nach [§ 175 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) ist die Baubetriebe-Eigenschaft der Klägerin zu vermuten. Wie das SG zutreffend ausgeführt hat, legt der Internet-Auftritt der Klägerin eine diesbezügliche Geschäftstätigkeit nahe. Dort tritt die Klägerin in erster Linie als mittelständische Anbieterin von Leistungen des Dachdeckerhandwerks, wie z.B. Dachdeckung, Dachreparaturen, Dachisolierung, Dachausstiege und -fenster, Dachrinnen, Bauflaschnerei, Kaminverwahrung und -verkleidung sowie Gaubenverkleidung auf. Es werden zahlreiche Bauleistungen genannt, die von der Firma angeboten werden, ohne irgend einen Hinweis darauf, dass Bautätigkeiten lediglich vermittelt werden sollen. Im Einzelnen ist u.a. ausgeführt: "Unsere drei Dachdeckermeister mit jahrzehntelanger Erfahrung, zahlreiche Bauleiter, sowie das ganze Team stehen Ihnen jederzeit für alle erdenklichen Sonderwünsche und Problemlösungen zur Verfügung." Allein der Hinweis auf drei Dachdeckermeister steht der Aussage bei der Prüfung am 24.06.2004 entgegen, es würden lediglich zwei gewerbliche Mitarbeiter beschäftigt.

Auch den von der Verwaltungs-BG vorgelegten Unterlagen kann entnommen werden, dass die Klägerin nicht nur Dachdeckerarbeiten vermittelt, sondern auch tatsächlich ausführt. So waren ausweislich eines Schreibens der Württembergischen Bau-BG an die Klägerin vom 28.04.2004 drei Mitarbeiter der Klägerin auf einer Baustelle in Pfullingen mit Dacharbeiten beschäftigt. Am 14.04.2004 wurden vier Mitarbeiter der Klägerin auf einer Baustelle in Neu-Isenburg bei Dacharbeiten angetroffen. Am 10.12.2004 wurde eine Baustelle der Klägerin in Augsburg, auf der ihre Mitarbeiter beschäftigt waren, wegen Verstößen gegen Sicherheitsvorschriften eingestellt.

Für die Durchführung von Bauleistungen spricht auch die zum 01.03.2003 durchgeführte Gewerbe-Ummeldung nach [§§ 14, 55 c](#) Gewerbeordnung (GEWO). Hierbei ist die bisher ausgeübte Tätigkeit "Vermittlung von Bauaufträgen aller Art ohne eigene Durchführung" ab 01.03.2003 erweitert worden um die Tätigkeit "Ausführung von Dachdeckerleistungen, Vermittlung von Bauverträgen aller Art". Als Grund wurde eingetragen "Erweiterung der Betriebstätigkeit". Hierzu wurde am 05.05.2003 von der Handwerkskammer Stuttgart/Dachdecker die Handwerkskarte ausgestellt.

Die Akten der Verwaltungs-BG enthalten weiter ein Schreiben der Klägerin vom 06.09.2005, in welchem mitgeteilt wird, die übersandten Entgeltnachweise seien leider falsch gewesen. Richtigerweise seien in den Jahre 2003 und 2004 zehn Personen als Makler und Vermittler beschäftigt gewesen, im Jahr 2003 13 Personen im Hochbau und im Jahr 2004 11 Personen im Hochbau.

Dem Dienstreisebericht der VBG Ludwigsburg vom 21.07.2006 kann zwar entnommen werden, dass die damalige Angestellte und nunmehrige Inhaberin der Klägerin, Frau H., angegeben hat, seit September 2005 sei das Unternehmen nur noch in der Vermittlung von Aufträgen an Subunternehmer tätig, die Tätigkeiten im Bereich Bau (Dachdecker) seien komplett eingestellt worden. Diese Angabe war jedoch nicht zutreffend. So haben sowohl Frau H. bei ihrer Zeugenvernehmung als auch der Zeuge P. angegeben, dass die Mitarbeiter O., A. I., J. D., Y. S. und W. mit Dachdeckerarbeiten beschäftigt gewesen seien.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Zeugin H. bei ihrer Vernehmung am 25.11.2008 angegeben hat, zwischenzeitlich sei die Bauausführung durch eigene Mitarbeiter vollständig eingestellt, die Klägerin sei ausschließlich als Generalübernehmer tätig. Dem steht nämlich entgegen, dass sie bei einem Gespräch mit Mitarbeitern der Verwaltungs-BG am 07.10.2008 angegeben hat, zwischenzeitlich seien am 15.09.2008 - und damit vor ihrer Zeugenvernehmung - wieder zwei Dachdecker fest angestellt worden, es würden wieder einige Aufträge selbst ausgeführt. Darüber hinaus kann den von der Verwaltungs-BG vorgelegten Unterlagen entnommen werden, dass in der Zeit ab 19.07.2006 Mitarbeiter der Klägerin mehrmals auf Baustellen arbeitend angetroffen worden sind. So war auf der Baustelle Sulz-Mühlheim am 15.09.2006 der von der Klägerin als Mitarbeiter geführte Herr A. X. Objektleiter. Bei der am 16.10.2006 in München besichtigten Baustelle war Gesprächspartner der BG Bau Herr Z. V., der gleichfalls bei der Klägerin als Mitarbeiter geführt wird. Bei einer Baustellenbesichtigung in W. am 09.05.2007 war Ansprechpartner Herr G ...

Auch den von der Klägerin vorgelegten Lohnunterlagen lässt sich nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit entnehmen, dass die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer arbeitszeitlich überwiegend nicht mit Bauleistungen beschäftigt waren. Die Klägerin hat im Entgeltnachweis 2005 (Bl. 60 der LSG-Akten) der Verwaltungs-BG gegenüber angegeben, im Jahr 2005 seien 14 Versicherte im Bereich Makler/Vermittlung mit einem Jahresbruttoentgelt von 199.976 EUR und 3 Versicherte im Bereich Hochbau aller Art mit einem Jahresbruttoentgelt von 860 EUR beschäftigt gewesen. Dies lässt sich jedoch anhand des Lohnjournals mit den Jahreswerten 2005 (Bl. 61f.) nicht in Übereinstimmung bringen. Auch ist als Arbeitnehmer im Jahr 2005 der Arbeitnehmer F. aufgeführt. Die Zeugin H. hat zu diesem angegeben, er habe Werbung gemacht. Dieser hat demgegenüber bei seiner Vernehmung als Zeuge angegeben, seine Aufgabe habe darin bestanden, bei Reklamationen Baustellen zu besichtigen und gegebenenfalls die Mängel zu beheben. Damit hat er nach seiner eigenen Aussage Dachdeckerleistungen erbracht.

Im Entgeltnachweis 2006 (Bl. 57) ist angegeben, im Jahr 2006 seien lediglich 14 Versicherte im Bereich Makler/Vermittlung beschäftigt worden, im Bereich "Hochbau aller Art" wurde kein Versicherter angegeben. Demgegenüber sind im Lohnjournal 2006 bereits ohne den damaligen Geschäftsführer G. bereits 15 Arbeitnehmer aufgeführt. Auf einer Baustelle der Klägerin wurde am 15.09.2006 als Objektleiter Herr A. X. angetroffen (Bl. 75), der allerdings in den Lohnjournals der Klägerin nur im Jahr 2004 aufgeführt ist (Bl. 65). Auf einer anderen Baustelle der Klägerin wurde am 16.10.2006 Herr V. angetroffen (Bl. 78), der nach den Lohnjournals bzw. ausweislich des Dienstreisebericht vom 21.07.2006 (Bl. 54f.) lediglich in den Jahren 2003 und 2004 beschäftigt war. Widersprüchlich sind auch die Angaben hinsichtlich dessen Tätigkeit. Während die Zeugin H. angegeben hat, Herr V. habe kleinere Reparaturen durchgeführt, hat der Zeuge P. angegeben, dieser sei Kolonnenführer gewesen. Auch bezüglich weiterer Mitarbeiter weichen die Angaben der Zeugen bezüglich deren Tätigkeit voneinander ab. Während A. I. nach Aussage der Zeugin H. als Helfer und J. D. als Fahrer und Helfer tätig war, waren nach Aussage des Zeugen P. beide Kolonnenführer. B. hat nach der einen Aussage Werbematerial verteilt, nach der anderen war er zweiter Mann in der Kolonne.

Der Senat ist damit insgesamt zu der Beurteilung gelangt, dass die Klägerin zur Erbringung von Dachdeckerleistungen in wechselndem Umfang Subunternehmen herangezogen hat, jedoch gleichzeitig auch Dachdeckerleistungen durch eigene Arbeitnehmer erbracht hat. Das Verhältnis zwischen der auf die Vermittlung von Dachdeckerleistungen und der für Dachdeckerarbeiten direkt verwandten Arbeitszeit lässt

sich nicht mehr feststellen. Dies geht nach dem Grundsatz der objektiven Beweislast zu Lasten der Klägerin.

Nicht zutreffend ist, dass die Beklagte am 24.06.2004 einen sie bindenden Prüfbescheid erlassen und durch Verwaltungsakt festgestellt hat, dass die Klägerin kein Baubetrieb im Sinne der Baubetriebe-Verordnung ist. Ausweislich der Prüfungsniederschrift vom 24.06.2004 wurde das Ergebnis der Prüfung lediglich mit dem Betriebsinhaber bzw. seinem Bevollmächtigten besprochen. Dies stellt keine Feststellung bzw. Bekanntgabe durch Verwaltungsakt dar. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob nach der Betriebsprüfung vom 24.06.2004 eine wesentliche Änderung eingetreten ist. Maßgeblich sind allein die objektiven Verhältnisse. Nur weil die Beklagte keine Anschlussberufung eingelegt hat, war nicht mehr zu prüfen, ob die Umlagepflicht auch für die Zeit vor dem 24.06.2004 bestanden hat.

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

Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§§ 197a Abs. 1 SGG](#), [63 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Da der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet, ist dieser gem. [§ 52 Abs. 2 GKG](#) mit 5.000,- EUR festzusetzen.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-10-07