

## L 10 Ar 935/94

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 7 Ar 2784/88  
Datum  
19.05.1994  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 Ar 935/94  
Datum  
28.11.1997  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 19. Mai 1994 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Frage im Streit, ob die Klägerin gemäß § 186 a Arbeitsförderungsgesetz (AFG) winterbaumlagepflichtig ist.

Bei der Klägerin handelt es sich um einen Bagger- und Raupenbetrieb zum Vertrieb von Sand und Kies.

Am 10. November 1984 wurde von der Beklagten eine Prüfung bei der Klägerin über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 76 Abs. 2 AFG in Verbindung mit der Baubetriebsverordnung durchgeführt. Hierbei stellte die Beklagte fest, daß die Klägerin vermutlich auch baufremde Leistungen erbringe. Von dem Geschäftsführer der Firma, Herrn M., wurde dies bei der Betriebsprüfung bestritten. Insgesamt, so ergab die Betriebsprüfung weiterhin, führe die Firma Tätigkeiten eines Mischbetriebes aus. Als wesentliche Leistung erbringe sie Bauleistungen (Tiefbauarbeiten, Vermieten von Baumaschinen mit Bedienungspersonal zur Erbringung baulicher Leistungen und auch baufremde Leistungen (Lieferung von Sand, Kies, Schotter usw.)). Nach den Unterlagen würden 1983 eindeutig die Bauleistungen überwiegen. Bei der Bewertung der Frage, ob der Betrieb insgesamt als Baubetrieb im Sinne des § 76 AFG anzusehen sei, müsse jedoch berücksichtigt werden, ob die Bauleistungen überwiegend und fortgesetzt ausgeführt würden. Dabei sei es grundsätzlich unerheblich, wenn nach drei Jahren überwiegender Bautätigkeit im vierten Jahr ein Rückgang des Anteils der Bauarbeiten zu verzeichnen sei. Es handele sich daher um einen Baubetrieb im Sinne des § 76 Abs. 2 AFG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 der Baubetriebsverordnung.

Mit Bescheid vom 14. Dezember 1984 ließ daraufhin die Beklagte die Klägerin zur Winterbauförderung zu und wies sie auf ihre Verpflichtung zur Zahlung der Umlage gemäß § 186 a AFG hin. Mit weiterem Bescheid vom 21. Dezember 1984 erhob die Beklagte gegenüber der Klägerin Umlagen aufgrund der neu getroffenen Entscheidung, die Klägerin in die Winterbauförderung einzubeziehen. Die Umlageerhebung betraf die Zeit ab Juli 1980.

Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 7. Januar 1985 Widerspruch ein. Der Widerspruch wurde damit begründet, daß die Bewertungsgrundlagen für die Umlageerhebung nicht erkennbar seien. Im übrigen würden die Tätigkeiten der Klägerin nicht der Winterbauförderung unterfallen. Bauleistungen seien nur Arbeiten, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen würden. Die Tätigkeit der Klägerin werde jedoch von diesen Begriffen nicht erfaßt.

Der Zeitraum von Dezember 1975 bis Juni 1980 war bereits Gegenstand eines Rechtsstreits, der aufgrund des Urteils des Hessischen Landessozialgerichts vom 7. Dezember 1987 - L-10/Ar-1072/81 - rechtskräftig entschieden wurde. Das LSG sah in seiner Entscheidung die Klägerin in dem Zeitraum von Dezember 1975 bis Juni 1980 als umlagepflichtige Arbeitgeberin des Baugewerbes an, weil ihr Betrieb zu einer Gruppe gehöre, deren Betriebe mit Mitteln der produktiven Winterbauförderung zu fördern seien im Rahmen des § 186 a AFG. In dem Betrieb würden überwiegend Bauleistungen gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG erbracht. Der Betrieb der Klägerin gehöre im übrigen auch zu den nach den §§ 77 bis 80 AFG förderungsfähigen Betrieben. Dies könne deshalb angenommen werden, weil die von der Klägerin erbrachten Bauleistungen unter die in § 1 Abs. 1 Ziff. 38 Baubetriebsverordnung vom 19. Juli 1972 aufgeführten Arbeiten fallen würden. Diese Regelung sei durch § 76 Abs. 2 AFG gedeckt. Dabei sei die Rechtslage auch nach Änderung des § 76 Abs. 2 AFG durch das 5. AFG-Änderungsgesetz für

die streitige Zeit einheitlich zu beurteilen.

Mit Bescheid vom 2. April 1985 forderte die Beklagte von der Klägerin Umlagen in einer Gesamthöhe von 16.797,99 DM. Weitere Zahlungsaufforderungen ergingen am 4. März 1987 und am 30. März 1987. Dagegen legte die Klägerin Widerspruch ein.

Im Juli 1988 wurde die Klägerin erneut von der Beklagten überprüft. Hierbei stellte sie fest, daß die Klägerin mittlerweile Arbeitnehmer nicht mehr beschäftige, sondern nur noch die 15 Baumaschinen vermiete. Die Beklagte kam in ihrem Prüfbericht zu der Auffassung, daß sich zwar die Betriebsstruktur seit 1984 nicht geändert habe, aber neuerdings keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt würden. Neben den rd. 80 % Bauarbeiten erbringe die Firma ansonsten Fuhrleistungen (Sand, Kies) und vermiete Baumaschinen. Die Fuhrleistungen würden teilweise an Subunternehmen weitergegeben. Nachdem die Firma keine Arbeitnehmer mehr beschäftige, zeitweise aber gewerbliche Aushilfskräfte tätig würden, habe sich der Geschäftsführer der Klägerin einverstanden erklärt, diese Personen nachzumelden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. August 1988 hat die Beklagte den Widerspruch zurückgewiesen. Die Beklagte kam zu der Auffassung, daß nach den Feststellungen der Prüfung im November 1984 und im Juli 1988 der Betrieb der Klägerin zu einem Anteil von 20 % Fuhrleistungen gegenüber einem Anteil von 80 % Bauleistungen erbringe. Im einzelnen handele es sich hierbei um Baugrubenaushub, Abbrucharbeiten, Lieferung von Beton, Abfahren von Erde, Kanalaushub und Erdarbeiten. Entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht seien diese Arbeiten zu Recht als Bauleistung gewertet worden. Dies sei von dem Hessischen Landessozialgericht in einem Parallelfall mit Urteil vom 7. Dezember 1987 festgestellt worden. Da somit die Klägerin überwiegend Bauleistungen im Sinne der Baubetriebeverordnung erbringe, sei sie gemäß § 186 a AFG auch zur Entrichtung der Winterbaumlage verpflichtet.

Hiergegen hat am 16. September 1988 die Klägerin vor dem Sozialgericht Frankfurt am Main Klage erhoben. Sie vertritt die Auffassung, daß sie nicht zur Umlage verpflichtet sei.

Am 26. Oktober 1989 erließ die Beklagte erneut einen Umlagebescheid.

Während des erstinstanzlichen Verfahrens wurde von dem Dipl.-Ing. H. K. am 7. Oktober 1993 ein Gutachten zu der Frage der Erbringung von Bauleistungen im Sinne von § 75 Abs. 1 Nr. 3 AFG erstellt.

Mit Urteil vom 19. Mai 1994 wies das Sozialgericht Frankfurt am Main die Klage ab. Die Klägerin sei im streitigen Zeitpunkt umlagepflichtige Arbeitgeberin im Baugewerbe gewesen. Ihr Betrieb gehöre zu der Gruppe von Betrieben, die mit Mitteln der produktiven Winterbauförderung zu fördern seien, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Klägerin diese Mittel auch in Anspruch nehme. Im Betrieb der Klägerin seien, wie bereits in den Jahren zuvor, überwiegend Bauleistungen im Sinne des Gesetzes erbracht worden. Danach seien Bauleistungen alle Bauarbeiten, die der Herstellung, der Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung und der Beseitigung von Bauwerken dienen würden. Bestätigt worden sei dies durch die gutachterliche Beurteilung des Sachverständigen K ... Dieser habe in seinem Gutachten vom 7. Oktober 1993 festgestellt, daß die Bauleistungen nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 AFG überwiegen würden. In Vom-Hundert-Sätzen ausgedrückt würden die Bauleistungen in den Jahren 1984 bis 1989 bei 58, 40, 87 und 86 v.H. liegen. Dieses Gutachten sei überzeugend. Es seien insgesamt 741 Rechnungen daraufhin untersucht worden, ob eine Bauleistung im Sinne des § 75 Abs. 1 Nr. 3 AFG vorliege, wobei der Gutachter zutreffend von der Definition der Bauleistung, wie sie in § 1 Nr. 2 BRTV-Bau beschrieben worden sei, ausgehe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin vom 7. Oktober 1994 beim Hessischen Landessozialgericht. Die Berufung wird im wesentlichen damit begründet, daß nach § 76 Abs. 2 AFG Betriebe des Baugewerbes nur solche Betriebe seien, die überwiegend Bauleistungen erbringen würden. Hierbei habe sich das Sozialgericht auf das Gutachten des Gutachters van Kann gestützt. Dieser habe jedoch das Überwiegen der Bauleistung auf der Grundlage der Unternehmensumsätze festgestellt. Dies sei jedoch nicht richtig. Bei der Beurteilung, ob ein Betrieb überwiegend Bauleistungen erbringe, sei vielmehr auf die Zahl der mit der Erbringung von Bauleistungen beschäftigten Arbeitnehmer und nicht auf den jeweiligen Umsatzanteil abzustellen. Die Notwendigkeit einer solchen Betrachtungsweise ergebe sich schon daraus, daß die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft nicht den Umsatz des Bauunternehmers sichern wolle, sondern zur Stabilisierung von Arbeitsplätzen in der Bauwirtschaft beitragen solle. Auch das Hessische Landessozialgericht habe in seiner Entscheidung aus 1987 festgestellt, daß bei der Frage, ob die reinen Bauleistungen überwiegen, die Anzahl der Personen, die mit Bauleistungen beschäftigt seien, die Anzahl der übrigen Beschäftigten überwiegen müsse und es nicht auf den Umsatz ankomme. Im vorliegenden Fall habe das Sozialgericht die Anzahl der mit reinen Bauleistungen beschäftigten Mitarbeiter bei seiner Beurteilung nicht berücksichtigt. Im übrigen habe das Sozialgericht verkannt, daß gemäß § 76 Abs. 1 AFG winterbaumlagepflichtig nur die Inhaber förderungsfähiger Baubetriebe seien und es sich bei der Klägerin nicht um einen förderungsfähigen Baubetrieb handele. Die Förderungsfähigkeit richte sich danach, ob die Betriebe durch den Einsatz von Förderungsmitteln objektiv in die Lage versetzt würden, in wesentlich größerem Umfang in der Schlechtwetterzeit Bauleistungen zu erbringen, als dies ohne den Einsatz der Mittel möglich wäre. Nach § 76 Abs. 1 AFG sollten nur Betriebe Anspruch auf Förderung haben, in deren Betrieb die Förderungsmittel eine Belebung der Bautätigkeit bewirken könnten. Die Förderungsmittel müßten demnach die ganzjährige Beschäftigung fördern und nicht nur angenehmer machen. Aus dem Gutachten des Sachverständigen van Kann ergebe sich, daß die Klägerin die von ihr erbrachten Leistungen auch ohne Förderung ganzjährig erbringen könne und daß höchstens rein theoretisch die Arbeiten für den Mitarbeiter angenehmer gestaltet werden könnten. Dies reiche jedoch nicht aus, um die Förderungsfähigkeit zu begründen.

Im übrigen seien die Bescheide auch deshalb rechtswidrig, als sie auf der zu § 76 Abs. 2 AFG erlassenen Baubetriebeverordnung beruhten. Die Baubetriebeverordnung sei unwirksam, da die §§ 7,5 Abs. 1, 76 Abs. 2 AFG keine gesetzliche Ermächtigung für die in ihr enthaltene Konkretisierung der förderungsfähigen Betriebe enthalte. Dem Verordnungsgeber sei lediglich das Recht eingeräumt worden, generalisierend und typisierend Gruppen von Betrieben zu beschreiben. Da der Verordnungsgeber jedoch ohne Einschränkung ganze Branchen ohne Differenzierung nach förderungsfähigen und nichtförderungsfähigen Gruppen in die Winterbauförderung einbezogen habe, sei die Verordnung unwirksam. Das Sozialgericht hätte daher sich nicht auf die Baubetriebeverordnung beschränken dürfen, sondern hätte prüfen müssen, ob eine Förderung der Klägerin objektiv möglich sei. Im übrigen sei das Urteil auch deswegen aufzuheben, weil die von der 1. Instanz bestätigten Bescheide der Beklagten auf einer fehlerhaften Rechtsgrundlage ergangen seien. Gemäß § 186 a AFG werde die Umlage monatlich durch einen Prozentsatz des Bruttoarbeitsentgelts der in den genannten Betrieben beschäftigten Mitarbeiter erhoben. Die Verwaltungskosten und die sonstigen Kosten würden pauschaliert. Gemäß § 1 Winterbaumlageverordnung werde nicht mehr von dem Bruttoarbeitsentgelt gemäß dem Gesetz ausgegangen, sondern es genüge, daß die Umlage ausschließlich der Verwaltungskosten 2 % der

lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelte der Arbeiter in den Betrieben oder Betriebsabteilungen betragen dürfe. Die Konkretisierung der Bemessungsgrundlage durch den Ordnungsgeber werde nicht durch das Gesetz aus § 186 a AFG gedeckt. Die Besonderheit der Rechtsverordnung hätte den Bundesminister für Arbeit veranlassen müssen, eine Regelung zu treffen, die den Vorgaben des § 186 a Abs. 1 AFG entspreche.

Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 19. Mai 1994 sowie die Bescheide der Beklagten vom 21. Dezember 1984, 2. April 1985, 30. März 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. August 1988 sowie den Bescheid der Beklagten vom 26. Oktober 1989 aufzuheben,  
hilfsweise,  
die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, daß das erstinstanzliche Urteil rechtsfehlerfrei auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen van Kann ergangen sei. Im übrigen sei zu den Ausführungen der Klägerin festzustellen, daß es sich bei der Heranziehung des lohnsteuerpflichtigen Bruttoarbeitsentgelts zur Berechnung der Winterbaumlage um eine gewollte Einschränkung bzw. Konkretisierung des allgemeinen Ausdrucks "Bruttoarbeitsentgelt" handele. Die Einschränkung bzw. Konkretisierung des Bruttoarbeitsentgelts wirke sich zugunsten der Arbeitgeber aus; denn es dürfte unbestritten sein, daß gerade auf dem Bausektor der Bruttolohn der Arbeiter überwiegend einen höheren Betrag ausweise als der lohnsteuerpflichtige Bruttolohn. Deshalb halte sich § 1 Winterbaumlageverordnung im Rahmen der Ermächtigung des § 186 a AFG.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Verwaltungsakten der Beklagten sowie auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig und statthaft, sie ist jedoch unbegründet.

Das erstinstanzliche Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main hat rechtsfehlerfrei die Klage abgewiesen; die angefochtenen Bescheide der Beklagten waren nicht zu beanstanden.

Die Klägerin war in dem Zeitraum ab Juli 1980 bis April 1989, der den angefochtenen Bescheiden zugrunde lag, umlagepflichtige Arbeitgeberin des Baugewerbes, da ihr Betrieb zu der Gruppe gehörte, deren Betriebe mit Mitteln der produktiven Winterbauförderung zu fördern sind (§ 186 a AFG). In Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Gericht und der hinsichtlich des Zeitraums ab Dezember 1975 ergangenen Entscheidung vom 7. Dezember 1987 - L-10/Ar-1072/81 - geht der Senat davon aus, daß die Klägerin mit ihrem Betrieb überwiegend Bauleistungen im Sinne des § 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG erbracht hat. Danach sind Bauleistungen im Sinne dieser Vorschrift alle Bauarbeiten, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Diese Bauleistungen wurden in dem Betrieb der Klägerin überwiegend erbracht (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG), wie der Sachverständige H. K. in seinem Gutachten vom 7. Oktober 1993 überzeugend ausgeführt hat. Diese Bauleistungen wurden in erster Linie in Form der Vermietung der Baumaschinen auf dem Bauparkt gewerblich angeboten. Die Bauleistungen lagen in den Jahren 1984 bis 1989 zumeist über 50 %. Hierbei hat der Sachverständige K. darauf hingewiesen, daß der Betrieb der Klägerin von den Dispositionen der vielen Bauunternehmen abhängig sei, auch wenn Winterbaueinrichtungen für das Unternehmen selbst wohl kaum in Betracht kämen. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Bei der Feststellung der Umlageverpflichtung im Sinne des § 186 a AFG wird allein auf die Tatsache der überwiegenden Bauleistungen abgestellt und nicht darauf, ob auch Winterbauleistungen nach der Struktur des Betriebes in Anspruch genommen werden.

Der Betrieb der Klägerin gehört auch zu den nach den §§ 77 bis 80 AFG förderungsfähigen Betrieben. Hiervon kann schon deshalb ausgegangen werden, weil die von der Klägerin erbrachten Bauleistungen unter die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe z) Baubetriebsverordnung aufgeführten Arbeiten fallen (Vermieten von Baumaschinen). Diese Regelung ist durch § 76 Abs. 2 AFG gedeckt. Dabei ist die Rechtslage auch nach Änderung des § 76 Abs. 2 AFG für die streitige Zeit einheitlich zu beurteilen. Nach § 76 Abs. 2 AFG bestimmt der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung durch Rechtsverordnung, in welchen Zweigen des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist. Er hat hierbei zu berücksichtigen, ob dadurch die Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit voraussichtlich in wirtschafts- oder sozialpolitisch erwünschter Weise belebt werden kann. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) war der Ordnungsgeber schon nach der bis zum 31. Juli 1979 gültigen Fassung des § 76 Abs. 2 AFG nicht verpflichtet, bei der Bestimmung des Kreises der zu fördernden Betriebe auf die Besonderheiten einzelner Betriebe, also auf ihre individuellen Bedürfnisse und Betriebsgestaltungen abzustellen; vielmehr hatte er bereits nach früherem Recht einen Spielraum für eine praktikable und damit auch typisierende Abgrenzung des Kreises der förderungsfähigen Betriebe (Hess. Landessozialgericht, Entscheidung vom 7. Dezember 1987 - L-10/Ar-1072/81 -). Aus diesem Grund hat das BSG bereits vor dem Inkrafttreten des 5. AFG-Änderungsgesetzes die Regelung des § 76 Abs. 2 Satz 1 AFG a.F. nicht auf die Förderungsfähigkeit einzelner Betriebe bezogen, sondern ist davon ausgegangen, daß damit die Förderbarkeit von Betriebsgruppen gemeint sei. Diese Ermächtigung zur Standardisierung, besser gesagt Typisierung, war dahin begrenzt, daß der Ordnungsgeber zu beachten hatte, ob innerhalb einer Branche eine nennenswerte, abgrenzbare Gruppe von Baubetrieben bestehe, deren Bautätigkeit wegen der Art der verrichteten Arbeiten in der Schlechtwetterzeit nicht wesentlich gefördert werden könne; die Einbeziehung solcher Gruppen in die Umlageverpflichtung nach § 186 a Abs. 1 AFG war daher von der Ermächtigung des § 76 Abs. 2 AFG nicht gedeckt (BSG SozR 4100 § 186 a Nrn. 2, 4, 7, 8, 17). Werden in einem Betrieb Bauarbeiten jedoch geleistet, die in der Baubetriebsverordnung genannt sind, so entfällt die Förderungsfähigkeit und damit die Umlageverpflichtung des Inhabers nicht, wenn er in seinem Betrieb nur einen Teil der für die bezeichnete Gruppe typischen Arbeiten ausführt, wodurch sein Betrieb witterungsunabhängig wird. Bei Betrieben, die Baumaschinen vermieten und hiermit mit Raupen und Radladern und Baggern überwiegend auf Baustellen Bauleistungen erbringen, ist anzunehmen, daß sie Arbeiten verrichten, die witterungsabhängig sind und damit grundsätzlich förderungsfähig sind.

Der Einwand der Klägerin hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage für die Förderungsfähigkeit im Rahmen des § 186 a AFG geht fehl. Zu

Recht hat die Beklagte darauf hingewiesen, daß es sich bei der Heranziehung des "lohnsteuerpflichtigen" Bruttoarbeitsentgelts zur Berechnung der Winterbauumlage um eine gewollte Einschränkung bzw. Konkretisierung des allgemeinen Ausdruckes "Bruttoarbeitsentgelt" handele. Da diese Vorschrift zum Vorteil des Arbeitgebers ausschlägt, hält sich § 1 der Winterbauumlageverordnung im Rahmen der Ermächtigung des § 186 a AFG.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus [§ 193 SGG](#).

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, da keine der in [§ 160 Abs. 2 SGG](#) genannten Gründe vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-09-11