

L 8 AL 2704/14

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

8

1. Instanz

SG Reutlingen (BWB)

Aktenzeichen

S 5 AL 1378/13

Datum

21.05.2014

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 8 AL 2704/14

Datum

27.11.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 21. Mai 2014 aufgehoben und die Klage der Klägerin abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist ein Anspruch der Klägerin auf Gewährung von Saison-Kurzarbeitergeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch - SGB III - streitig.

Die Klägerin verkauft und errichtet Solarstromanlagen. Sie bietet in einer Hausausstellung Solarmodule von über 10 Modulherstellern und verschiedenen Wechselrichterherstellern an und unterbreitet an Interessenten schriftliche Angebote inklusive Wirtschaftlichkeitsberechnung. Nach der Auftragserteilung erfolgen die Anmeldung der Solaranlage beim zuständigen Netzbetreiber, die Errichtung der Solaranlage schlüsselfertig zum Festpreis sowie die Information des Netzbetreibers über die Fertigstellung (Fertigmeldung) jeweils durch die Klägerin (Schriftsatz der Klägerin vom 10.03.2015 mit Anlage Blätter 23 bis 26 der Senatsakte).

Unter dem 18.03.2013 zeigte die Klägerin bei der Beklagten einen Arbeitsausfall (Saison-Kurzarbeitergeld) an. Sie gab an, dass die regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit aufgrund von wirtschaftlichen Ursachen mit Wirkung des Monats März 2013 bis April 2013 in der "Betriebsabteilung: Montage (Aufdach)" von wöchentlich 40 Stunden auf 0 Stunden reduziert werden solle. Betroffen seien 2 Angestellte. Der Betrieb sei nicht tarifgebunden und habe keinen Betriebsrat. Die Kurzarbeitszeit sei durch Vereinbarung mit den Arbeitnehmern am 15.03.2013 mit Wirkung zum 15.03.2013 eingeführt worden. Zur Begründung gab die Klägerin an, aufgrund schlechten Wetters sei es nicht möglich, Photovoltaikanlagen auf Dächern zu montieren; laut Berufsgenossenschaft Bau, der sie anhöre, sei dies auch nicht erlaubt. Die ausgeführten Tätigkeiten entsprächen denen des Dachdeckerhandwerks.

Mit Bescheid vom 25.03.2013 teilte die Beklagte der Klägerin mit, der Anzeige könne nicht entsprochen werden.

Gegen den Bescheid vom 25.03.2013 legte die Klägerin Widerspruch ein. Sie machte geltend, der Antrag auf Bewilligung von Saison-Kurzarbeitergeld sei zu Unrecht abgelehnt worden. Sie betreibe als Gewerbe die Montage von Photovoltaikanlagen, wobei es sich um eine Bauleistung handele. Jedenfalls sei die Leistung Bauleistungen gleichzustellen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.04.2013 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Antrag auf Gewährung von Saison-Kurzarbeitergeld sei abgelehnt worden. Zu fördern sei die ganzjährige Beschäftigung in der Bauwirtschaft in den Betrieben und Betriebsabteilungen, die gewerblich überwiegend Bauleistungen erbrächten. Der Positiv-Katalog der Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) sei als abschließende Aufzählung zu verstehen. Danach seien die vom Betrieb erbrachten Arbeiten nur als Bauleistungen zu qualifizieren, wenn die Art der Arbeit und deren Ausführung einer der im Positiv-Katalog aufgeführten Tätigkeit zugeordnet werden könne. Die Montage von Photovoltaikanlagen sei nicht im Positiv-Katalog aufgeführt und deshalb nicht in die Förderung mit Saison-Kurzarbeitergeld einzubeziehen.

Weiteren Anzeigen der Klägerin über Arbeitsausfall vom 20.03.2013 und vom 09.12.2013 entsprach die Beklagte mit Bescheiden vom 25.04.2013 und 11.12.2013 jeweils nicht. Die hiergegen von der Klägerin eingelegten Widersprüche wurden im Hinblick auf den

vorliegenden Rechtsstreit von der Beklagten mit Zustimmung der Klägerin zurückgestellt.

Gegen den Bescheid der Beklagten vom 25.03.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.04.2013 erhob die Klägerin am 21.05.2013 Klage beim Sozialgericht Reutlingen (SG). Sie machte zur Begründung geltend, entgegen der Ansicht der Beklagten sei die Aufzählung in der BaubetrV nicht abschließend. Zudem sei ihr Gewerbe erfasst, da sie gewerbliche Leistungen erbringe, die der Herstellung bzw. Änderung von Bauwerken diene. Geschäftsinhalt sei die Planung und Installation von Photovoltaikanlagen für Wohn- und Geschäftsgebäude. Sie installiere pro Jahr ca. 50 bis 60 Photovoltaikanlagen. Lediglich in einem geringen Anteil (ca. 3 bis 5 %) werde ein Handel mit Solarstromprodukten betrieben. Sie gehöre der Berufsgenossenschaft Bau an. Zur Durchführung der Montagearbeiten beschäftige sie zwei Mitarbeiter in Vollzeit, zwei Mitarbeiter als geringfügig Beschäftigte und zwei Leiharbeiter. Bauleitung und Betreuung werde von den Geschäftsführern übernommen, die bei hoher Auslastung auch alle Dacharbeiten übernähmen. Sie biete ihren Kunden die komplette Bauleistung zur Montage und Installation der Photovoltaikanlagen an. Lediglich die Elektroinstallation im Gebäudeinneren werde von einer Fremdfirma ausgeführt. Die durchgeführten Montagearbeiten beinhalteten das Aufstellen eines Arbeitsschutzgerüsts und Montageaufzugs sowie die Montage der Photovoltaikanlagen auf Gebäudedächern. Hierzu gehörten das Entfernen der Dachziegel, das Befestigen der Unterkonstruktion an den vorhandenen Dachbalken, das Bearbeiten der Ziegel, das Abdichten des Daches, das Ausbessern von alten Dachbalken oder Dachlatten sowie die Montage der Photovoltaikmodule. Zusätzlich würde eine Dachsanierung durch das Anbringen neuer Bitumenbahnen angeboten. Entgegen der Ansicht der Beklagten komme es allein darauf an, ob das jeweilige Unternehmen vom Geltungsbereich des Tarifvertrages umfasst sei. Sie sei Mitglied des Bundesverbandes Solarwirtschaft e.V. Die Zuordnung ihres Betriebes zum Installationsgewerbe sei nicht nachvollziehbar. Arbeiten des Installationsgewerbes würden überwiegend im Inneren von Gebäuden durchgeführt und seien - im Gegensatz zu ihr, der Klägerin - nicht abhängig von Schlechtwetterperioden. Unerheblich sei, ob eine Photovoltaikanlage wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes sei. Auch Photovoltaikanlagen, die nicht auf einem Gebäudedach montiert werden, sondern auf freiem Gelände, stellten ein Bauwerk dar.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Die Zugehörigkeit zur Berufsgenossenschaft Bau sei belanglos. Für die Auslegung des Begriffes Bauleistungen könne der Katalog der zu § 1 Nr. 2 Bundesrahmentarifvertrag (BRTV)-Baugewerbe aufgeführten Bauarbeiten herangezogen werden. Maßgeblich seien das Fachtarifprinzip und der fachliche Geltungsbereich der Bautarifverträge. Die Klägerin gehöre weder zum BRTV, noch zum RTV Dachdecker oder zum BTV Gerüstbau. Es sei nicht erkennbar, inwieweit die Klägerin überwiegend Bauarbeiten der in der BaubetrV genannten Art verrichte. Der Anwendungsbereich des Saison-Kurzarbeitergeldes beschränke sich derzeit faktisch auf das Baugewerbe im weiteren Sinne. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass im Falle der Klägerin eine Zugehörigkeit zum Installationsgewerbe zutreffend erscheine. Die Klägerin erbringe auch keine Umlage. Der Bundesverband Solarwirtschaft e.V. sei die Interessenvertretung der deutschen Solarbranche. Der Verband betreibe keine Tarifpolitik und sei damit nicht mit den Betrieben, die Tarifvertragsparteien z.B. des BRTV Bau seien, zu vergleichen.

Mit Urteil vom 21.05.2014 verurteilte das SG die Beklagte, den betroffenen Arbeitnehmern der Klägerin Saison-Kurzarbeitergeld aufgrund der Anzeige vom 18.03.2013 zu gewähren. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Katalog der BaubetrV sei nicht abschließend zu verstehen. Der Auslegung des Bundessozialgerichts in seiner Entscheidung vom 09.12.1997 werde nicht gefolgt. Nachdem der Betrieb der Klägerin gleichermaßen wie Dachdeckerbetrieb im Freien erfolge und daher den Witterungseinflüssen in gleicher Weise ausgesetzt sei, sei die Belegung in der Schlechtwetterzeit wünschenswert und erforderlich. Bei dem Betrieb der Klägerin handle es sich auch nicht um ein Unternehmen des Installationsgewerbes. Dies könne allenfalls dann in Erwägung gezogen werden, wenn die Elektroanschlussarbeiten von der Klägerin verrichtet werden und diese Installationstätigkeit den Kernbereich der Tätigkeit ausmache. Der Betrieb der Klägerin sei mithin förderungsfähig. Die weitergehenden Voraussetzungen für die Gewährung von Saison-Kurzarbeitergeld seien unbestritten.

Gegen das der Beklagten am 03.06.2014 zugestellte Urteil richtet sich die von der Beklagten am 26.06.2014 eingelegte Berufung. Die Beklagte hat zur Begründung ihr erstinstanzliches Vorbringen im Wesentlichen wiederholt. Ergänzend hat sie vorgetragen, soweit das SG dem Katalog keinen abschließenden Charakter zubillige, könne dem nicht gefolgt werden. Das Bundessozialgericht habe bereits mit Urteil vom 09.12.1997 entschieden, dass die Einstufung als Baubetrieb dann nicht zulässig sei, wenn der Betrieb keiner der Gruppen der BaubetrV zugeordnet werden könne. Diese Auffassung werde auch in der Literatur geteilt.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 21. Mai 2014 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Es wäre nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die Montage von Photovoltaikanlagen nicht unter die BaubetrV fallen sollte. Zudem sei zu berücksichtigen, dass beispielsweise zahlreiche Zimmerbetriebe oder Dachdeckerbetriebe die Montage von Photovoltaikanlage anböten. Ihr Betrieb könne ohne weiteres § 1 Abs. 2 Nr. 36 BaubetrV zugeordnet werden. Das Anbringen von Unterkonstruktionen bei der Montage von Photovoltaikanlagen sei Hauptbestandteil ihrer Tätigkeit.

Der Rechtsstreit ist durch den Berichterstatter in der nichtöffentlichen Sitzung am 27.02.2015 mit den Beteiligten erörtert worden. Hierzu wird auf die Niederschrift vom 27.02.2015 Bezug genommen.

Im Anschluss an den Termin am 27.02.2015 hat sich die Klägerin mit Schriftsätzen vom 10.03.2012, 21.05.2015 und 01.10.2015 weiter geäußert und insbesondere vorgetragen, sie sei nicht dem Installationsbereich zuzurechnen. Hiervon gehe auch die Beklagte im Bescheid vom 25.04.2013 aus. Der Einbau einer Photovoltaik Anlage gelte steuerrechtlich als Bauleistung. Die Beklagte hat mit Schriftsätzen vom 13.03.2015 und 23.06.2015 insbesondere ergänzend vorgetragen es werde zu bedenken gegeben, dass an die Einstufung der Firma als Baubetriebe weitere Rechtsfolgen geknüpft seien. Weiter hat die Beklagte zur Begründung ihrer Rechtsauffassung zusammenfassend vorgetragen und sich bereit erklärt, im Falle der rechtskräftigen Feststellung, dass die Voraussetzungen vorlägen, über den formlos gestellten Antrag der Klägerin auf Saison-Kurzarbeitergeld zu entscheiden.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhaltes sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie auf einen Band Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) zulässig und begründet. Der streitgegenständliche Bescheid der Beklagten vom 25.03.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.04.2013 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Dem abweichenden Urteil des SG vom 21.05.2014 vermag sich der Senat nicht anzuschließen, weshalb es aufzuheben und die Klage der Klägerin abzuweisen ist.

Nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind die Bescheide der Beklagten vom 25.04.2013 sowie 11.12.2013, gegen die die Klägerin ebenfalls Widerspruch eingelegt hat. Das Widerspruchsverfahren ist, mit Zustimmung der Klägerin, im Hinblick auf den vorliegenden Rechtsstreit noch nicht abgeschlossen, weshalb der Klägerin insoweit noch nicht die Möglichkeit der Klage eröffnet ist. Dem entspricht auch der Klage- wie der Berufungsantrag der Klägerin.

Die Berufung der Beklagten erweist sich nicht bereits deshalb als begründet, weil die Klägerin im zweistufig ausgestalteten Verwaltungsverfahren (vgl. hierzu Brand, SGB III, 7. Auflage, § 99 RdNr. 14), unterlassen hat, bei der Beklagten fristgerecht einen Leistungsantrag als Voraussetzung für den von ihr geltend gemachten Leistungsanspruch zu stellen. Dies trifft zur Überzeugung des Senats nicht zu. Zwar hat die Klägerin unter dem 18.03.2013 der Beklagten nur eine "Anzeige über Arbeitsausfall (Saison-Kurzarbeitergeld)" übersandt. Sie hat jedoch in dieser Anzeige als Antragsgrund ausschließlich geltend gemacht, dass ihr aufgrund schlechten Wetters nicht möglich sei, Photovoltaikanlagen auf Dächern zu montieren. Damit war nach [§ 101 Abs. 7 SGB III](#) eine Anzeige nach [§ 99 SGB III](#) nicht notwendig. Ihre Anzeige zielte damit, auch für die Beklagte ersichtlich, allein auf die Gewährung von Saison-Kurzarbeitergeld als Leistung für den genannten Zeitraum (März 2013 bis April 2013). Dem entspricht auch der Vortrag der Klägerin im Widerspruchsschreiben vom 02.04.2013, in dem sie davon ausgeht, dass ihr Antrag auf Bewilligung von Saison-Kurzarbeitergeld zu Unrecht abgelehnt worden sei. Der Ansicht der Klägerin, dass ein Antrag auf Saison-Kurzarbeitergeld gestellt worden sei, ist die Beklagte im Verwaltungsverfahren (Widerspruchsverfahren) nicht entgegen getreten. Sie hat vielmehr - aus Sicht der Klägerin - auch über Leistungen entschieden. Im Bescheid vom 25.03.2013 ist im Betreff "Kurzarbeitergeld/Saison-Kurzarbeitergeld" benannt. Im Zusammenhang mit dem Entscheidungssatz, dass der Anzeige nicht entsprochen werden kann, ergibt sich die Ablehnung des Leistungsantrags. Konsequenz hierzu wird in der Begründung im Widerspruchsbescheid vom 26.04.2013 davon ausgegangen, dass der Antrag auf Gewährung von Saison-Kurzarbeitergeld abgelehnt worden war, wogegen sich der Widerspruch richtet. Damit durfte die Klägerin nach dem objektiven Empfängerhorizont davon ausgehen, dass es eines gesonderten Antrags, auch aus der Sicht der Beklagten, für den geltend gemachten Leistungsanspruch nicht bedarf, sondern dass vielmehr hierüber auch im Bescheid vom 25.03.2013 konkludent entschieden worden ist. Dahinstehen kann, ob der "Leistungsantrag" auch formgerecht gestellt wurde - was der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in Frage gestellt hat -, nachdem die Beklagte die Klägerin in der Sache - abschlägig - beschieden hat. Dem entspricht auch der Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 23.06.2015, in dem sie sich - entgegen ihrem Vorbringen im Schriftsatz am 13.03.2015 - bereit erklärt hat, über den formlos gestellten Antrag auf Saison-Kurzarbeitergeld zu entscheiden, falls das Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) rechtskräftig festgestellt wird.

Anspruchsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Saison-Kurzarbeitergeld ist § 101 SGB III in der ab 01.04.2012 bis 24.10.2015 geltenden Fassung des Gesetzes vom 20. 12. 2011 ([BGBl. I S. 2854](#)). Danach haben nach Abs. 1 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Zeit vom 1. Dezember bis zum 31. März (Schlechtwetterzeit) Anspruch auf Saison-Kurzarbeitergeld, wenn 1. sie in einem Betrieb beschäftigt sind, der dem Baugewerbe oder einem Wirtschaftszweig angehört, der von saisonbedingtem Arbeitsausfall betroffen ist, 2. der Arbeitsausfall nach Absatz 5 erheblich ist, 3. die betrieblichen Voraussetzungen des § 97 sowie die persönlichen Voraussetzungen des § 98 erfüllt sind und 4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit nach § 99 angezeigt worden ist. Nach Abs. 2 ist ein Betrieb des Baugewerbes, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Bauplatz erbringt. Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Der Begriff der "Bauleistungen" ist dabei umfassend zu verstehen. Erfasst werden nicht nur die Erstellung des Rohbaus, sondern auch alle weiteren Arbeiten, die zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Bauwerks erforderlich sind. Lediglich Arbeiten, die nicht herkömmlich vom Baugewerbe verrichtet werden, sollen ausgeschlossen bleiben (vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.01.2007 - [L 1 AL 3/06](#) -, m.w.N., juris).

Zwischen den Beteiligten ist allein streitig, ob der Betrieb der Klägerin dem Baugewerbe oder einem Wirtschaftszweig angehört, der von saisonbedingtem Arbeitsausfall betroffen ist ([§ 101 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)). Das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalles im Sinne des [§ 101 Abs. 1 Nr. 2](#) i.V.m. Abs. 5 SGB III und die konkrete Dauer im Sinne des [§ 101 Abs. 1 SGB III](#) hat die Beklagte zugestanden (Schriftsatz vom 13.03.2015) sowie die rechtzeitige (formlose) Antragstellung auf Saison-Kurzarbeitergeld der Klägerin nicht weiter angezweifelt und sich bereit erklärt, über den formlos gestellten Antrag auf Saison-Kurzarbeitergeld zu entscheiden (Schriftsatz vom 23.06.2015).

Ausgehend vom umfassenden - Begriff der "Bauleistungen" gemäß [§ 101 Abs. 2 SGB III](#) mag die Klägerin mit der Errichtung von Photovoltaikanlagen solche "Bauleistungen" erbringen, weshalb auch ihre Zuweisung zum Zuständigkeitsbereich der Berufsgenossenschaft Bau seine Berechtigung haben mag. Hieraus allein lässt sich jedoch noch keine Zugehörigkeit des Betriebs der Klägerin zu einem förderungsfähigen Wirtschaftszweig im Sinne des [§ 101 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) ableiten. Denn der Gesetzgeber hat gemäß [§ 109 Abs. 2 SGB III](#) das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Wirtschaftszweige nach [§ 101 Absatz 1 Nr. 1 SGB III](#) festzulegen. In der Regel sollen hierbei der fachliche Geltungsbereich tarifvertraglicher Regelungen berücksichtigt und die Tarifvertragsparteien vorher angehört werden. Von dieser Verordnungsermächtigung hat der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Soziales) durch die Verordnung über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (BaubetrV) vom 28.10.1980 (i.d.F. vom 20.12.2011) Gebrauch gemacht. Dabei durfte der Verordnungsgeber in zulässiger Weise typisierende Regelungen hinsichtlich der zu fördernden Gruppen des Baugewerbes treffen, wobei ihm ein weiterer Spielraum für eine praktikable Abgrenzung des Kreises der förderungsfähigen Betriebe eröffnet ist (BSG, Urteil vom 28.02.1990 - [10 RA 16/89](#) -, juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.01.2007 [a.a.O.](#)). Nach dem Regelungssystem der BaubetrV kann ein Betrieb dem Baugewerbe nur dann zugeordnet werden, wenn er einem der in § 1 Abs. 2 bis 4 BaubetrV Einzelnen aufgeführten Zweige der Bauwirtschaft zugehört. Ein Auffangtatbestand in Form einer Generalklausel besteht nicht. Der davon abweichenden, von der Klägerin verteidigten Rechtsansicht des SG folgt der Senat nicht. Vielmehr hat das BSG im Urteil vom 09.12.1997 - [10 RA 3/97](#) -, juris, unter Aufgabe der Entscheidung vom 15.11.1979 - 7 RA 17/79 -, juris, entschieden, dass ein Betrieb des Baugewerbes nur dann zur Umlage für die produktive Winterbauförderung herangezogen werden kann und damit gleichbedeutend auch förderungsfähig ist, wenn er einem der in § 1 Abs. 2 bis 4

der BaubetrV einzelnen aufgeführten Zweige der Bauwirtschaft zugehört (ebenso Hauck/Noftz SGB III, K § 101 RdNr. 43; m.w.N.). Dabei sind für die Auslegung der Tatbestände des § 1 Abs. 2 bis 4 der BaubetrV die entsprechenden Regelungen der Tarifverträge der Bauwirtschaft und die hierzu ergangene Rechtsprechung heranzuziehen. Der Katalog des § 1 BaubetrV stimmt in weiten Teilen mit den entsprechenden Vorschriften des BRTV-Bau und des insoweit damit übereinstimmenden Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe überein. Ein Auffangtatbestand in Form einer Generalklausel besteht jedoch insoweit nicht. Dem schließt sich der Senat aus den vom BSG im Urteil vom 09.12.1997 ausgeführten Gründen an, die auch für die vorliegend anwendbaren gleichlautenden Rechtsvorschriften heranzuziehen sind. Die Ermächtigung an das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung dient dazu, aus der Gesamtheit der Baubetriebe im Sinne des [§ 101 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) diejenigen abzugrenzen, in denen die ganzjährige Beschäftigung gefördert werden kann. Danach hat der Ordnungsgeber die förderungsfähigen Wirtschaftszweige festzulegen. Dieses Ziel kann nicht erreicht werden und die VO wäre wegen Verstoßes gegen die Ermächtigungsgrundlage unwirksam, wenn darüber hinausgehend Baubetriebe einbezogen werden können, deren Betriebe und Betriebsabteilungen § 1 Abs. 2 und Abs. 3, 4 BaubetrV nicht (eindeutig) zugeordnet sind. Das im Tatbestand der VO in § 2 Abs. 2 benutzte Wort "insbesondere" bezieht sich auf die verrichteten Arbeiten, nicht auf die in Abs. 1 der Vorschrift angeführten Betriebe und Betriebsabteilungen, was gerade keine beispielhafte Aufzählung der Betriebe beinhaltet. Der davon abweichenden Ansicht des SG vermag sich der Senat deshalb nicht anzuschließen.

Voraussetzung für die von der Klägerin geltend gemachte Förderung ist daher, dass ihr Betrieb zu einem in § 1 BaubetrV beschriebenen Wirtschaftszweig gehört, nicht unter die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 5 BaubetrV fällt und nicht gemäß § 2 BaubetrV ausgeschlossen ist.

Hiervon ausgehend ist die Klägerin kein Betrieb des förderungsfähigen Baugewerbes. Nach den Feststellungen des Senates verkauft und errichtet die Klägerin Solarstromanlagen. Sie bietet in einer Hausausstellung Solarmodule von über 10 Modulherstellern und verschiedenen Wechselrichterherstellern an und unterbreitet an Interessenten schriftliche Angebote inklusive Wirtschaftlichkeitsberechnung. Nach der Auftragserteilung erfolgen die Anmeldung der Solaranlage beim zuständigen Netzbetreiber sowie die Information des Netzbetreibers über die Fertigstellung (Fertigmeldung) jeweils durch die Klägerin zum Abschluss eines Einspeisevertrages mit dem Netzbetreiber. Geschäftsinhalt ist die Planung und Errichtung von Photovoltaikanlagen für Wohn- und Geschäftsgebäude. Die Klägerin errichtet hauptsächlich jährlich ca. 50 bis 60 Photovoltaikanlagen. Nur in einem geringen Anteil (ca. 3 bis 5 %) betreibt sie Handel mit Solarstromprodukten. Zur Durchführung der erforderlichen Arbeiten beschäftigt die Klägerin zwei Mitarbeiter in Vollzeit, zwei Mitarbeiter als geringfügig Beschäftigte und zwei Leiharbeiter. Bauleitung und Betreuung werden von den Geschäftsführern übernommen, die bei hoher Auslastung auch alle Dacharbeiten übernehmen. Die Klägerin bietet ihren Kunden die komplette Bauleistung zur Errichtung der Photovoltaikanlagen schlüsselfertig zum Festpreis an. Dabei wird der Elektroanschluss im Gebäudeinneren von einer Fremdfirma ausgeführt. Die erforderlichen Arbeiten beinhalten auch das Aufstellen eines Arbeitsschutzgerüsts und eines Montageaufzugs und das Anbringen der Photovoltaikanlagen auf Gebäudedächern. Hierzu gehört das Entfernen der Dachziegel, das Befestigen der Unterkonstruktion an den vorhandenen Dachbalken, das Bearbeiten der Ziegel, das anschließende Abdichten des Daches, das Ausbessern von alten Dachbalken oder Dachlatten und das Anbringen der Photovoltaikmodule. Zusätzlich wird eine Dachsanierung durch das Anbringen neuer Bitumenbahnen angeboten. Zu diesen Feststellungen gelangt der Senat aufgrund des glaubhaften Vorbringens der Klägerin, dem die Beklagte nicht entgegen getreten ist.

Danach erbringt die Klägerin überwiegend keine Bauleistungen, die vom Positiv-Katalog des § 1 Abs. 2, 3, 4 BaubetrV erfasst sind (1.). Außerdem ist der Betrieb der Klägerin auch gemäß § 2 BaubetrV von der geltend gemachten Förderung ausgeschlossen (2.).

1. Die Klägerin verrichtet nach den getroffenen Feststellungen zur Überzeugung des Senats keine Arbeiten (des Bauhauptgewerbes) im Sinne des § 1 Abs. 2 BaubetrV.

In Betracht kommt eine Bauleistung nach Nr. 36 - Trocken- und Montagebauarbeiten (z.B. Wand- und Deckeneinbau und -verkleidungen, Montage von Baufertigteilen einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern). Der Betrieb der Klägerin kann der nach § 1 Abs. 2 Nr. 36 BaubetrV geregelten Gruppe jedoch nicht zugeordnet werden. Dabei kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass das von der Klägerin hauptsächlich verrichtete Anbringen von Photovoltaikmodulen auf Dächern von Wohn- und Geschäftsgebäuden Montagetätigkeiten sind. Dies allein reicht entgegen der Ansicht der Klägerin jedoch noch nicht aus, diese Tätigkeiten als Verrichtung von Arbeiten nach Nr. 36 zu qualifizieren. Erforderlich ist vielmehr, dass die Montage zur Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken erfolgt, wie sich aus der Bezeichnung Montagebauarbeit ergibt und zudem die in Nr. 36 genannten Beispiele zeigen, und zur bestimmungsgemäßen Nutzung von Bauwerken erforderlich ist. Bloße Montagetätigkeiten reichen damit nicht aus. Montagebauarbeiten verrichtet die Klägerin mit dem Anbringen der Photovoltaikmodule auf Dächern jedoch nicht. Dass die Montage von Photovoltaikmodulen zur Errichtung von Photovoltaikanlagen Arbeiten darstellen, die zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Bauwerkes erforderlich sind, trifft zur Überzeugung des Senats nicht zu. Es ist nicht ersichtlich und der von der Klägerin auch nicht dargetan, dass sie hauptsächlich Photovoltaikanlagen errichtet, um einen überwiegenden elektrischen Energiebedarf eines Bauwerkes abzudecken. Vielmehr meldet die Klägerin, nach erfolgter Errichtung der Photovoltaikanlagen die Fertigstellung dem Netzbetreiber und der Bundesnetzagentur, um so dem Auftraggeber die Möglichkeit des Abschlusses eines Einspeisevertrages mit Vergütung des eingespeisten Stroms zu ermöglichen. Damit erfolgt die Montage von Photovoltaikanlagen auf Dächern von Wohn- und Geschäftsgebäuden durch die Klägerin nicht zur Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken. Die Montage von Photovoltaikmodulen auf Dächern von Bauwerken ist für die Konstruktion, den Bestand, die Erhaltung oder die Benutzbarkeit der Bauwerke nicht von wesentlicher Bedeutung. Sie hat keine Funktion für das Bauwerk selbst, sondern das Bauwerk dient der Anbringung von Photovoltaikmodulen auf dem Dach zu Errichtung einer Photovoltaikanlage. Damit erbringt der Betrieb der Klägerin mit der Montage von Photovoltaikmodulen auf Hausdächern keine Montagebauarbeit nach Nr. 36. Aus den selben Gründen scheidet auch die Anwendung von Nr. 12 aus, denn es handelt sich nicht um Fertigbauarbeiten zur Änderung von Bauwerken.

Die Klägerin ist auch dem Bauhauptgewerbe nach § 1 Abs. 2 Nr. 40 BaubetrV nicht zuzurechnen. Nach dieser Gruppe sind Betriebe, die Zimmerarbeiten und Holzbauarbeiten, die im Rahmen des Zimmergewerbes ausgeführt werden, förderungsfähig. Zu diesem Gewerbe zählt der Betrieb der Klägerin nicht. Zwar muss die Klägerin nach den Feststellungen des Senates bei der Montage von Photovoltaikmodulen zur Errichtung der Unterkonstruktion in Nr. 40 genannte Tätigkeiten (Holzbauarbeiten) ausführen, die auch Teilkenntnisse der Tätigkeit eines Zimmermanns voraussetzen. Dass die Klägerin damit hauptsächlich im Sinne der Gruppe Nr. 40 BaubetrV tätig ist, ist jedoch nicht der Fall. Maßgeblich für die Zuordnung zu einem der in § 1 Abs. 2 BaubetrV genannten Zweige ist nicht die konkrete betriebliche Ausgestaltung der Tätigkeit oder die Art der ausgeführten Arbeiten, sondern der Zweck der Tätigkeit (so LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.01.2007,

[a.a.O.](#); Hauck/Noftz SGB III, a.a.O. RdNr. 35). Der Zweck der von der Klägerin hauptsächlich ausgeübten Betriebstätigkeit liegt nicht in der Ausübung von Zimmerarbeiten und/oder Holzbauarbeiten, sondern in der Errichtung von Photovoltaikanlagen. Soweit dabei Zimmer- und Holzbauarbeiten anfallen, sind dies nur einzelne Verrichtungen neben anderen, die zur Errichtung von Photovoltaikanlagen dienen, die nicht im Rahmen des Zimmergewerbes ausgeführt werden, wie dies aber Nr. 40 voraussetzt. Entsprechendes gilt, soweit die Klägerin sich darauf beruft, gemäß § 3 Nr. 1 und 2 BaubetrV einem förderungsfähigen Betrieb des Bauhauptgewerbes gleichgestellt zu sein. Dem entspricht auch, dass die Klägerin nicht als Betrieb des Zimmergewerbes, des Gerüstbauerhandwerkes oder des Dachdeckerhandwerkes firmiert.

Der Betrieb der Klägerin ist damit nach § 1 BaubetrV kein nach [§ 101 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) förderungsfähiger Betrieb. Mit dieser Bewertung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch mit der Bewertung durch die Finanzgerichtsbarkeit, der sich die Finanzverwaltung wohl angeschlossen hat. Hierauf kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg berufen. Zwar hat das Hessische Finanzgericht mit Urteil vom 26.09.2013 ([1 K 2198/11](#), juris), gegen das soweit ersichtlich die Revision beim BFH anhängig ist (Az.: [XI R 3/14](#)), entschieden, dass die Lieferung einer betriebsbereiten Photovoltaikanlage eine Bauleistung darstellt, wenn sie im Zusammenhang mit einem Bauwerk ausgeführt wird und die Anlage infolge ihrer Schwere auf dem Bauwerk ruht. Dieses Urteil lässt sich vorliegend jedoch nicht übertragen. Das Hessische Finanzgericht stützt seiner Entscheidung maßgeblich auf steuerrechtliche Rechtsgrundlagen des Umsatzsteuergesetzes, die nicht den dargestellten Einschränkungen der BaubetrV unterliegen. Auch der Senat hat nach dem Ausgeführten, ausgehend vom - umfassenden - Begriff der "Bauleistungen" gemäß [§ 101 Abs. 2 SGB III](#), unterstellt, dass die Klägerin mit der Errichtung von Photovoltaikanlagen "Bauleistungen" erbringt.

Dass der Ordnungsgeber in § 1 Abs. 5 BaubetrV lediglich eine Regelung dahin vorsieht, Betriebe und Betriebsabteilungen im Sinne des § 1 Abs. 1 BaubetrV unter bestimmten Voraussetzungen von einer Förderung der ganzjährigen Beschäftigung durch das Saison-Kurzarbeitergeld und damit von der Umlagepflicht auszuschließen, dagegen eine Regelung, vom Positiv-Katalog des § 1 BaubetrV nicht erfasste Betriebe unter bestimmten Voraussetzungen in die Förderung gleichwohl einzubeziehen, unterlassen hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Denn der Ordnungsgeber ist nicht verpflichtet, alle an sich förderungsfähigen Zweige des Baugewerbes in die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung einzubeziehen (vgl. auch BSG, Urteil vom 09.12.1997 [a.a.O.](#), m.w.N). Zudem ist für eine Ausnahme nicht schon ausreichend, dass der fragliche Betrieb, für sich genommen, individuell förderungsfähig wäre (BSG Urteil vom 08.10.1998 - [B 10 AL 6/97 R](#) -, juris). Vorliegend geht der Senat davon aus, dass lediglich eine individuelle Förderungsfähigkeit bestünde. Denn nach dem Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren, dem die Klägerin nicht entgegen getreten ist, werden Betriebe mit einem vergleichbaren Tätigkeitsfeld des Betriebs der Klägerin zur Winterbaumlage nicht herangezogen, was darauf schließen lässt, dass Betriebe mit vergleichbarem Tätigkeitsfeld der Klägerin einer Förderung der ganzjährigen Beschäftigung nicht bedürfen.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, es gebe zahlreiche Zimmerbetriebe oder Dachdeckerbetriebe, die die Montage von Photovoltaikanlagen anbieten und es sei kein Grund ersichtlich, warum diese Betriebe in den Genuss des Saison-Kurzarbeitergeldes gelangen sollten, nicht jedoch sie, die Klägerin. Ob die von der Klägerin genannten Betriebe einen Anspruch Saison-Kurzarbeitergeld haben, richtet sich (unter Berücksichtigung der oben dargestellten Grundsätze) nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere, ob sie (als Mischbetrieb) überwiegend Zimmerarbeiten bzw. Arbeiten des Dachdeckerhandwerks ausüben. Allein aufgrund des Umstandes, dass Zimmerbetriebe bzw. Dachdeckerbetriebe die Montage von Photovoltaikanlagen anbieten, begründet, selbst wenn das Vorbringen der Klägerin als wahr unterstellt wird, noch keinen Anspruch der Klägerin auf die Gewährung von Saison-Kurzarbeitergeld.

2. Außerdem ist die Klägerin, selbst wenn unterstellt würde, sie gehöre zu einer in § 1 Abs. 2 bis 4 BaubetrV erfassten Gruppe von Betrieben und Betriebsabteilungen des Baugewerbes, insbesondere nach § 2 Nr. 6 BaubetrV als nicht förderungsfähiger Betrieb von der geltend gemachten Förderung ausgeschlossen. Danach sind als nicht förderungsfähige Betriebe im Sinne des § 1 Abs. 1 BaubetrV, [§ 101 Abs. 2 SGB III](#) das Installationsgewerbe anzusehen, insbesondere der Klempnerei, des Klimaanlagenbaus, der Gas-, Wasser-, Heizungs-, Lüftungs- und Elektroinstallation, sowie des Blitzschutz- und Erdungsanlagenbaus. Der Betrieb der Klägerin errichtet hauptsächlich (weit überwiegend) Photovoltaikanlagen zur Gewinnung erneuerbarer Stromenergie. Sie ist damit nach der Verkehrsanschauung als Gewerbe der Elektroinstallation einzustufen und somit dem Installationsgewerbe zuzurechnen. Entgegen der Ansicht des SG ändert zur Überzeugung des Senates an dieser Einstufung nichts, dass die Klägerin die notwendigen Elektroanschlussarbeiten der elektrischen stromerzeugenden Photovoltaikmodule zur Einseisung in das Stromnetz des Netzbetreibers durch einen betriebsfremden Fachbetrieb durchführen lässt. Der Betrieb der Klägerin verpflichtet sich, die Photovoltaikanlage schlüsselfertig zum Festpreis zu errichten (vgl. zur rechtlichen Einordnung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses: BGH, Urteil vom 03.03.2004 - [VIII ZR 76/03](#) -, juris) und erbringt damit die vereinbarte Leistung der Errichtung einer Photovoltaikanlage als Betrieb aus einer Hand. Nach der Verkehrsanschauung sind damit die charakterisierenden Merkmale der Betriebstätigkeit der Klägerin Leistungen des Installationsgewerbes. Hiervon geht im Übrigen die Klägerin auch selbst aus, wie der Senat der mit Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 10.03.2015 vorgelegten Anlage entnehmen kann, nach der die Klägerin davon spricht, dass sie mit der Installation beauftragt wird und dass der Netzbetreiber eine Fertigmeldung nach erfolgter Installation erhält. Im Internet (Homepage) tritt die Klägerin weiter als Betrieb für "Photovoltaik - Planung & Installation" auf und bezeichnet sich als "Fachpartner für professionelle Planung und fachgerechte Installation". Dem entspricht auch der Briefkopf der Klägerin, wie die Beklagte, von der Klägerin nicht bestritten, vorgetragen hat (Schriftsatz vom 23.07.2015). Damit drängt sich auf, dass sich die Klägerin selbst als Betrieb des Installationsgewerbes sieht.

Eine nicht dem Installationsgewerbe zurechenbare Betriebsabteilung (zur Montage von Photovoltaikmodulen auf Bauwerken), die dem Betrieb gleichgestellt wäre, besteht nicht. Eine Betriebsabteilung erfordert ein räumlich, personell und organisatorisch vom Gesamtbetrieb abgrenzbarer Betriebsteil, der mit eigenen technischen Betriebsmitteln einen eigenen Betriebszweck erfüllt, der auch ein Hilfszweck sein kann. Im Organisationsplan muss eine deutliche und relativ dauerhafte Abgrenzung vom Gesamtbetrieb vorliegen, eine nur vorübergehende oder zufällige Ausgrenzung eines Betriebsteils genügt nicht (vgl. zum Vorstehenden: Kühl in Brand, SGB III, 7. Aufl., § 97 Rn. 7). Dass im Betrieb der Klägerin eine solchermaßen abgrenzbarer Betriebsteil existiert, ist nach den Feststellungen des Senates nicht der Fall. Das Bestehen eines vom Gesamtbetrieb abgrenzbaren Betriebsteils (Montage Aufdach), wie die Klägerin in ihrer Anzeige über Arbeitsausfall vom 18.03.2015 angegeben hat, lässt sich ihrem Vorbringen nicht entnehmen. Betriebszweck des Gesamtbetriebs der Klägerin ist (weit überwiegend) die schlüsselfertige Errichtung von Photovoltaikanlagen auf Gebäudedächern, der ohne das Anbringen von Photovoltaikmodulen nicht zu erreichen wäre. Das Anbringen von Photovoltaikmodulen auf Hausdächern stellt damit keinen eigenen Betriebszweck dar. Unabhängig davon ist auch nicht ersichtlich, dass für die Tätigkeit des Anbringens von Photovoltaikmodulen auf Hausdächern eine deutliche und relativ dauerhafte Abgrenzung vom Gesamtbetrieb erfolgt ist. Allein der Umstand, dass die Errichtung von Photovoltaikanlagen an Bauwerken außerhalb des Betriebsgeländes der Klägerin erfolgt, liegt in der Natur der Sache und lässt noch nicht

den berechtigten Schluss auf das Vorliegen einer Betriebsabteilung zu. Soweit sich die Klägerin darauf beruft, die Beklagte sei im Bescheid vom 25.04.2013 von einer Betriebsabteilung Montage ausgegangen, liegt hierin keine den Senat bindende rechtliche Zuordnung, weshalb sich die Klägerin hierauf auch nicht mit Erfolg berufen kann.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, Arbeiten des Installationsgewerbes fänden überwiegend im Inneren von Gebäuden statt. Dass der Ausschluss des Installationsgewerbes als förderungsfähige Betriebe auf Installationsbetriebe beschränkt ist, die ihre Tätigkeiten überwiegend im Inneren von Gebäuden verrichten, kann § 2 Nr. 6 BaubetrV nicht entnommen werden. Hiergegen spricht vielmehr, dass § 2 Nr. 6 BaubetrV auch Tätigkeiten erfasst, insbesondere des Blitzschutzanlagenbaus, die überwiegend nicht im Inneren von Gebäuden durchgeführt werden können. Für eine einschränkende Auslegung dahin, dass § 2 Nr. 6 BaubetrV nur Betriebe oder Betriebseinrichtungen des Installationsgewerbes erfasst, die ihre Verrichtungen überwiegend im Inneren von Gebäuden verrichten, sieht der Senat danach keine Rechtfertigung.

3. Anlass zu weiteren Ermittlungen besteht nicht. Der Sachverhalt ist vollständig aufgeklärt und vermittelt dem Senat die für die richterliche Überzeugungsbildung notwendigen sachlichen Grundlagen ([§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGG](#), [§ 412 Abs. 1 ZPO](#)). Gesichtspunkte, durch die sich der Senat zu weiteren Ermittlungen gedrängt fühlen müsste, hat die Klägerin im Berufungsverfahren nicht aufgezeigt.

Auf die Berufung der Beklagten war daher das angefochtene Urteil des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). [§ 197a SGG](#) findet keine Anwendung. Der Arbeitgeber ist in Streitigkeiten über Kurzarbeitergeld nur Prozessstandschafter für seine Arbeitnehmer (BSG, Urteil vom 21.07.2009 - [B 7 AL 3/08 R](#) -, juris).

Die Revision war nicht zuzulassen. Nach dem Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren (Schriftsatz vom 26.05.2015) ist nicht bekannt, dass Betriebe mit einem vergleichbaren Tätigkeitsfeld der Klägerin zur Winterbauumlage herangezogen werden und damit auch Förderung erhalten. Damit ist hinsichtlich des Rechtstreites der Klägerin von einem Einzelfall auszugehen, der nicht die Annahme einer grundsätzlichen Bedeutung rechtfertigt.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-12-03