B 11 AL 6/19 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
1. Instanz
SG Gotha (FST)
Aktenzeichen
S 49 AL 2932/14
Datum
21.03.2016
2. Instanz
Thüringer LSG
Aktenzeichen
L 10 AL 546/16
Datum
16.05.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 6/19 R
Datum
14.10.2020
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Erbringt ein Mischbetrieb auch Bauleistungen die ihrer Art nach die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage rechtfertigen setzt die Umlageverpflichtung für eine Betriebsabteilung voraus dass die räumliche und organisatorische Abgrenzung vom Gesamtbetrieb auch für Außenstehende erkennbar ist.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landessozialgerichts vom 16. Mai 2018 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

I

1

Die Klägerin wendet sich gegen die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage für einzelne Bereiche ihres Unternehmens.

2

Die klagende GmbH befasst sich vorwiegend mit Maler- und Lackiererarbeiten, erbrachte mit jeweils drei Arbeitnehmern aber auch Bauleistungen in den Bereichen Fliesenverlege- und Trockenbauarbeiten. Für die letztgenannten Gewerke setzte die Beklagte eine Winterbeschäftigungs-Umlage zunächst auf der Grundlage von Schätzungen fest *(Bescheid vom 13.5.2011 <September 2010 bis Januar 2011>; Bescheid vom 20.2.2013 <Mai bis September 2012>)*. Nachdem die Klägerin die Bruttolohnsummen der sechs Arbeitnehmer in diesen Bereichen mitgeteilt hatte, forderte die Beklagte die Winterbeschäftigungs-Umlage für den Zeitraum von September 2010 bis Januar 2011 in Höhe von 1113,07 Euro *(Änderungsbescheid vom 14.5.2014 zum Bescheid vom 13.5.2011)* und für den Zeitraum von Mai bis September 2012 in Höhe von 1159,10 Euro *(Änderungsbescheid vom 14.5.2014 zum Bescheid vom 20.2.2013)*, jeweils zuzüglich Mahngebühren. Die dagegen gerichteten Widersprüche wies sie zurück *(Widerspruchsbescheid vom 19.5.2014)*.

3

Das SG hat die Klage abgewiesen *(Urteil vom 21.3.2016)*. Es ist davon ausgegangen, dass die Klägerin in den streitigen Zeiträumen mit den Bereichen Fliesenverlegung und Trockenbau zu den Betrieben nach der Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) gehöre, in denen die ganzjährige Beschäftigung im Baugewerbe zu fördern sei. Dass die sechs Arbeitnehmer in den Gewerken Fliesenverlegung und Trockenbau

in selbstständigen Betriebsabteilungen beschäftigt gewesen seien, ergebe sich bereits aus dem Urteil des LAG Berlin-Brandenburg in einem Verfahren der Klägerin gegen die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft *(Urteil vom 7.11.2013 - 25 Sa 1401/13).* Die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage nach § 1 Abs 5 BaubetrV seien nicht gegeben. Nach Einholung einer Auskunft vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. zu Aufbau, Organisation und Funktion der in dem Verband organisierten Bundesfachabteilung Akustik und Trockenbau organisierten Unternehmen *(vgl Stellungnahme vom 3.5.2018)* hat das LSG das Urteil des SG und den Bescheid vom 14.5.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.5.2014 (betreffend den Zeitraum September 2010 bis Januar 2011) abgeändert und "die Einbeziehung der Betriebsabteilung Trockenbau in die Winterbeschäftigungsumlage" aufgehoben. Hinsichtlich des Zeitraums von Mai bis September 2012 hat das LSG das erstinstanzliche Urteil aufgehoben. Im Übrigen wurde die Berufung zurückgewiesen. Bei den Bereichen Trockenbau und Fliesenverlegung handele es sich jeweils um getrennte Betriebsabteilungen, wobei die Betriebsabteilung Trockenbau nach § 1 Abs 5 BaubetrV von der Umlagepflicht ausgenommen sei. Diese sei für sich genommen nicht förderungsfähig, weil witterungsunabhängige Arbeiten ausgeführt würden. Auch gehöre sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe witterungsunabhängig arbeitender Trockenbauunternehmen, die nicht förderungsfähig seien. Für das Vorliegen einer solchen Gruppe spreche die Bildung der Bundesfachabteilung Akustik und Trockenbau im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. Deren Mitgliedsbetriebe führten witterungsunabhängigen Trockenbau im Innenbereich aus. Die Einbeziehung der Betriebsabteilung Fliesenverlegung in die Winterbeschäftigungs-Umlage sei zu Recht erfolgt.

4

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision rügt die Beklagte, das LSG habe den Streitgegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens bezogen auf den Zeitraum von Mai bis September 2012 verkannt. Auch gehe es zu Unrecht davon aus, dass die Klägerin mit ihrer Abteilung Trockenbau nach § 1 Abs 5 BaubetrV von der Winterbeschäftigungs-Umlage ausgenommen sei. Es habe nicht ermittelt, ob die Bundesfachabteilung Akustik und Trockenbau rechtlich selbstständig sei und welchen Mitgliedern der Beitritt offenstehe, was erforderlich gewesen wäre.

5

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Thüringer Landessozialgerichts vom 16. Mai 2018 abzuändern und die Berufung der Klägerin insgesamt zurückzuweisen.

6

Die Klägerin beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

7

Sie bezieht sich auf die angefochtene Entscheidung.

II

8

Die zulässige Revision der Beklagten ist im Sinne der Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG begründet *(§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG)*.

9

1. Anders als das LSG zugrunde gelegt hat, sind Streitgegenstand des Revisionsverfahrens neben den Entscheidungen der Vorinstanzen beide Bescheide vom 14.5.2014 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 19.5.2014, welche die Winterbeschäftigungs-Umlage für die Zeiträume von September 2010 bis Januar 2011 und von Mai bis September 2012 betreffen.

10

Nach § 123 SGG entscheidet das Gericht über die vom Kläger erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein. Bei Prozesserklärungen wie derjenigen der Einlegung einer Berufung hat das Revisionsgericht die Auslegung der Erklärung in vollem Umfang zu überprüfen, also das wirklich Gewollte, das in der Äußerung erkennbar ist, zu ermitteln *(vgl nur BSG vom 25.6.2002 - B 11 AL 23/02 R - juris RdNr 21 mwN)*. Bei einer dies berücksichtigenden Auslegung geht der Senat davon aus, dass die bezeichneten Bescheide in den

Vorinstanzen insgesamt angegriffen waren, nachdem sich die auf Schätzungen beruhenden Bescheide vom 13.5.2011 und 20.2.2013 durch Erlass der endgültig die Umlage festsetzenden Bescheide vom 14.5.2014 erledigt hatten *(§ 39 SGB X)*. Im Sinne von jeweils abtrennbaren Verfügungen regeln die Bescheide vom 14.5.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.5.2014 die Einbeziehung der Bereiche Trockenbau und Fliesenverlegung in die Winterbeschäftigungs-Umlage für die Zeiträume von September 2010 bis Januar 2011 und Mai bis September 2012. Die Klägerin hat diese Bescheide mit ihrer Klage angegriffen, ohne dies in den Vorinstanzen durch entsprechende Antragstellung nur auf den Umlagezeitraum von September 2010 bis Januar 2011 zu beschränken, wovon auch das SG ausgegangen ist.

11

Sofern das Berufungsgericht eine Einschränkung des Klagebegehrens nur auf den Zeitraum von September 2010 bis Januar 2011 darin gesehen hat, dass die Klägerin in ihren Antrag vor dem SG den Bescheid vom 13.5.2011 aufgenommen hat, folgt der Senat dem nicht. Diesem Bescheid kommt schon deshalb keine entscheidende Bedeutung zu, weil er nicht mehr Gegenstand des Klageverfahrens war. Er ist bereits im Widerspruchsverfahren durch den Bescheid vom 14.5.2014 vollständig ersetzt worden, der nach § 86 SGG zum Gegenstand des Widerspruchsverfahrens geworden ist. Unter Berücksichtigung des uneingeschränkt in den Klageantrag aufgenommenen Widerspruchsbescheids vom 19.5.2014, der beide Umlagezeiträume von September 2010 bis Januar 2011 und Mai bis September 2012 umfasst, entsprach es dem erkennbaren Interesse der Klägerin, dass die Bescheide vom 14.5.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.5.2014 insgesamt aufgehoben werden *(vgl zur Berücksichtigung des Meistbegünstigungsgrundsatzes BSG vom 24.4.2008 - B 9/9a SB 10/06 R - SozR 4-3250 § 69 Nr 9 RdNr 16; BSG vom 27.6.2019 - B 5 R 101/18 B - juris RdNr 9 mwN)*.

12

Bezogen auf den daher gleichfalls streitgegenständlichen Zeitraum von Mai bis September 2012 hat das LSG das erstinstanzliche Urteil lediglich aufgehoben, nicht jedoch in der Sache entschieden. Der daraus folgende Verstoß gegen § 123 SGG führt dazu, dass Gegenstand der erneuten Entscheidung des LSG auch die Umlagepflicht für die Bereiche Trockenbau und Fliesenverlegung in dem Zeitraum von Mai bis September 2012 ist *(vgl zur formellen Beschwer BSG vom 4.7.2018 - B 3 KR 21/17 R - SozR 4-2500 § 130b Nr 2 RdNr 13 mwN)*. Dagegen ist bezogen auf den Zeitraum von September 2010 bis Januar 2011 die abgrenzbare Umlagepflicht für den Bereich Fliesenverlegung nicht (mehr) Gegenstand des Verfahrens, weil die Klägerin das Urteil des LSG nicht mit der Revision angegriffen hat.

13

2. Ob die Festsetzung der Winterbeschäftigungs-Umlage für den Trockenbau in dem Zeitraum von September 2010 bis Januar 2011 und für die Bereiche Trockenbau und Fliesenverlegung in dem Zeitraum von Mai bis September 2012 rechtmäßig ist, kann der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des LSG *(§ 163 SGG)* nicht abschließend entscheiden.

14

a) Maßgebend für die Verpflichtung der Klägerin zur Entrichtung der Winterbeschäftigungs-Umlage ist § 354 SGB III in seiner bis zum 31.3.2012 geltenden Fassung des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung vom 24.4.2006 *(BGBl I 926; sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorschriften des SGB III im Folgenden aF)* bzw - ohne inhaltliche Änderungen - in seiner ab 1.4.2012 geltenden Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011 *(BGBl I 2854; sämtliche Vorschriften des SGB III im Folgenden nF)*. § 354 SGB III macht die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage von der Förderungsfähigkeit der Betriebe durch das Wintergeld abhängig *(vgl BSG vom 20.1.1982 - 10/8b RAr 9/80 - SozR 4100 § 75 Nr 9 S 16)*, welches das Zuschuss-Wintergeld und das Mehraufwands-Wintergeld für Arbeitnehmer und die Übernahme von Beiträgen zur Sozialversicherung für Arbeitgeber umfasst *(vgl § 175a SGB III aF; § 102 SGB III nF)*. Entsprechend regelt § 354 Satz 1 SGB III, dass die Mittel für die ergänzenden Leistungen nach § 175a SGB III aF *(§ 102 SGB III nF)* einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, in den durch Verordnung nach § 182 Abs 3 SGB III aF *(§ 109 Abs 3 SGB II nF)* bestimmten Wirtschaftszweigen durch eine Umlage aufgebracht werden.

15

Auf der Grundlage der von § 354 Satz 1 SGB III in Bezug genommenen Ermächtigung ist die Verordnung über ergänzende Leistungen zum Saison-Kug und die Aufbringung der erforderlichen Mittel zur Aufrechterhaltung der Beschäftigung in den Wintermonaten *(WinterbeschV vom 26.4.2006 <BGBl I 1086> in der hier maßgeblichen Fassung der Dritten Verordnung zur Änderung der Winterbeschäftigungs-Verordnung vom 18.12.2008 <BGBl I 2864> bzw in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011 <BGBl I 2854>)* erlassen worden. Danach erhalten gewerbliche Arbeitnehmer von Betrieben des Baugewerbes iS von § 1 Abs 2 BaubetrV, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist, entsprechend bestehenden Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien ergänzende Leistungen nach § 175a Abs 2 bis 4 SGB III aF bzw § 102 Abs 2 bis 4 SGB III nF *(§ 1 Nr 1, Abs 2 Satz 1 WinterbeschV)*. Die Mittel für die ergänzenden Leistungen sowie die Verwaltungs- und sonstigen Kosten werden durch Umlage in den von § 1 Abs 1 WinterbeschV erfassten Betriebe aufgebracht *(§ 2 WinterbeschV)*.

16

b) Das LSG hat zutreffend entschieden, dass der Betrieb der Klägerin in den hier streitigen Zeiträumen nicht insgesamt in die Umlagepflicht einbezogen ist.

17

Nach § 175 Abs 2 SGB III aF *(§ 101 Abs 2 SGB III nF)* ist ein Betrieb des Baugewerbes ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt *(Satz 1)*. Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen *(Satz 2)*. Es muss sich stets um Arbeiten am erdverbundenen Bereich handeln *(vgl nur BSG vom 15.2.2000 - B 11 AL 41/99 R - SozR 3-4100 § 75 Nr 3 mwN)*. Nach dem Zweck der Verordnungsermächtigung *(§ 182 Abs 2 SGB III aF bzw § 109 Abs 2 SGB III nF)* dient die BaubetrV vom 28.10.1980 *(BGBl I 2033; in der hier maßgeblichen Fassung vom 20.12.2011 <BGBl I 2854>)* dazu, aus der Gesamtheit der so beschriebenen Baubetriebe diejenigen abzugrenzen, in denen die ganzjährige Beschäftigung gefördert werden kann *(vgl nur BSG vom 4.3.1999 - B 11/10 AL 6/98 R - BSGE 83, 297, 300 = SozR 3-4100 § 75 Nr 2 S 5)*.

18

Die Einbeziehung in die Umlagepflicht erfolgt nach § 1 Abs 2 BaubetrV für Betriebe und Betriebsabteilungen, die gewerblich überwiegend Bauleistungen erbringen, die dem Positivkatalog des § 1 Abs 2 BaubetrV zuzuordnen sind und die mit ihrem Betrieb weder nach § 1 Abs 5 BaubetrV noch nach § 2 BaubetrV von der Förderung ausgeschlossen sind. Nach § 1 Abs 2 BaubetrV gehören Fliesenarbeiten *(Nr 14)* und Trocken- und Montagebauarbeiten *(Nr 36)* zu den förderungsfähigen Arbeiten. Nach § 2 Nr 7 BaubetrV sind jedoch als nicht förderungsfähige Betriebe diejenigen des Maler- und Lackiererhandwerkes ausgeschlossen, soweit nicht überwiegend Bauleistungen iS des § 1 Abs 1 und 2 BaubetrV ausgeführt werden. Betätigt sich ein Betrieb - wie derjenige der Klägerin - auf baulichen und auf anderen Gebieten, zählt er als sogenannter Mischbetrieb nur dann zum Baugewerbe, wenn die baulichen Leistungen überwiegen. Entscheidend ist, welche Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben, wobei es auf die zeitliche Inanspruchnahme der Mitarbeiter der in den jeweiligen Bereichen tätigen Personen ankommt *(vgl nur BSG vom 15.2.2000 - B 11 AL 41/99 R - SozR 3-4100 § 75 Nr 3 S 8 mwN)*.

19

Die Klägerin hat in den streitigen Zeiträumen nach den nicht angegriffenen und bindenden Feststellungen des LSG *(§ 163 SGG)* mit ihrem Betrieb als Ganzes sowohl Bauleistungen in Gestalt von Fliesenverlege- und Trockenbauarbeiten als auch baufremde Maler- und Lackiererarbeiten verrichtet. Es überwiegen die baufremden Leistungen, weil lediglich sechs von insgesamt 20 Mitarbeitern Bauleistungen erbringen. Angesichts dessen unterfällt der Gesamtbetrieb mit überwiegend baufremden Leistungen als Mischbetrieb nicht der BaubetrV und ist als solcher nicht förderungsfähig.

20

c) Eine Umlagepflicht für die Bereiche Trockenbau und Fliesenverlegung ist demnach nur möglich, wenn es sich um Betriebsabteilungen iS des § 1 Abs 1 BaubetrV handelt, die hinsichtlich ihrer Förderungsfähigkeit einem Betrieb gleichzustellen sind *(vgl BSG vom 9.9.1999 - B 11 AL 27/99 R - juris RdNr 19)*. Ob dies in den streitigen Zeiträumen der Fall war, es sich also um eigenständige Betriebsabteilungen handelte, kann der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des LSG nicht abschließend beurteilen.

21

aa) Der Berücksichtigung einer Betriebsabteilung als Bezugspunkt für eine Förderungsfähigkeit und damit auch der Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage steht nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber bei der Definition des Betriebes des Baugewerbes in § 175 Abs 2 SGB III aF *(§ 101 Abs 2 SGB III nF)* nur einen gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringenden Betrieb bezeichnet, nicht jedoch eine Betriebsabteilung erwähnt. Die Aufnahme der Betriebsabteilung in die BaubetrV stellt keine unzulässige Überschreitung der dem Verordnungsgeber eingeräumten Ermächtigung dar, die sich nicht darauf erstreckt, den Begriff des Baubetriebs zu bestimmen *(vgl BSG vom 1.6.1978 - 12 RK 50/76 - SozR 4100 § 186a Nr 4 S 6 f)*. Zwar stellten die Vorgängervorschriften zu § 175 Abs 2 SGB III die Betriebsabteilung in einer gesonderten Regelung noch ausdrücklich mit dem Betrieb gleich *(vgl § 75 Abs 1 Nr 2 AFG in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 19.5.1972 <BGBl I 791>; § 211 Abs 1 Satz 4 SGB III in der bis zum 31.3.2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung vom 24.3.1997 <BGBl I 594>)*. Aus dem Wegfall dieser Gleichsetzung kann jedoch nicht geschlossen werden, dass Betriebsabteilungen fachfremder Betriebe, die jedoch überwiegend Bauleistungen erbringen, nicht mehr förderungsfähig sein sollen. Wie das LSG zutreffend ausführt, bestimmen § 171 Satz 2 SGB III aF bzw § 97 Satz 2 SGB III nF zu den betrieblichen Voraussetzungen des Kug weiterhin, dass Betrieb im Sinne der Vorschriften über das Kug auch eine Betriebsabteilung ist *(vgl Bieback in Gagel, SGB II/SGB III, § 354 RdNr 4, Stand März 2018)*. Zudem wollte der Gesetzgeber mit § 175 Abs 2 SGB III aF ausdrücklich keine inhaltliche Neuregelung gegenüber dem bisherigen Recht schaffen *(vgl die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung, BT-Drucks 16/429 S 14)*.

22

bb) Was unter "Betrieb" und "Betriebsabteilung" im Sinne der BaubetrV zu verstehen ist, kann den Regelungen des SGB III allerdings nicht unmittelbar entnommen werden. Daher hat das BSG an die Rechtsprechung des BAG angeknüpft. Eine Ausnahme hiervon hat es angenommen, wenn der Sinn und Zweck der einschlägigen Vorschriften eine Abweichung gebietet *(vgl bereits BSG vom 20.1.1982 - 10/8b RAr 9/80 - SozR 4100 § 75 Nr 9 S 17 f).* Die Begriffe des Betriebs bzw der Betriebsabteilung im Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV-Bau) sowie dem insoweit damit übereinstimmenden Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) einerseits und in den Regelungen des SGB III bzw der BaubetrV andererseits sind nicht abweichend auszulegen.

23

Sinn und Zweck der rechtlichen Verselbstständigung der Betriebsabteilung bei der Winterbeschäftigungsförderung ist es, einerseits baugewerbliche Betriebsabteilungen fachfremder Betriebe in die Förderung einzubeziehen und andererseits fachfremde Betriebsabteilungen baugewerblicher Betriebe von der Förderung auszuschließen *(BT-Drucks VI/2689 S 11 zu § 75 AFG)*. Dieses Ziel soll gerade durch ein abgestimmtes tarifvertragliches und gesetzliches Regelungssystem zur Unterstützung der Winterbeschäftigungsförderung erreicht werden, wie die Verknüpfung der ergänzenden Leistungen der Winterbeschäftigungsförderung mit den bestehenden Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien in § 1 Abs 1 WinterbeschV zeigt. Zudem wollte der Gesetzgeber mit der erstmaligen Aufnahme des Begriffs der Betriebsabteilung in § 75 Abs 1 Nr 2 AFG durch das Gesetz vom 19.5.1972 *(BGBl I 791)* an tarifvertragliche Regelungen anknüpfen, nachdem zuvor in § 1 Nr 2 BRTV-Bau vom 1.4.1971 vereinbart worden war, dass auch selbstständige Betriebsabteilungen als "Betriebe im Sinne dieses Tarifvertrages" gelten *(vgl hierzu BSG vom 19.3.1974 - 7 RAr 6/71 - SozR 4600 § 143d Nr 1 S 3 ff).*

24

Dementsprechend ist das BSG in Orientierung an der arbeitsrechtlichen Sichtweise davon ausgegangen, dass eine Betriebsabteilung ein räumlich, personell und organisatorisch vom Gesamtbetrieb abgegrenzter Betriebsteil ist, der mit eigenen technischen Betriebsmitteln einen eigenen Betriebszweck verfolgt, der auch nur ein Hilfszweck sein kann *(BSG vom 20.1.1982 - 10/8b RAr 9/80 - SozR 4100 § 75 Nr 9 S 17 f; BSG vom 29.4.1998 - B 7 AL 102/97 R - BSGE 82, 124, 125 = SozR 3-4100 § 64 Nr 4 S 25)*. In Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung und in Anlehnung an diejenige des BAG zum tarifrechtlichen Begriff der Betriebsabteilung legt der Senat weiter zugrunde, dass eine räumliche und organisatorische Abgrenzung auch für Außenstehende wahrnehmbar sein muss. Eine bloß betriebsinterne Spezialisierung in der Weise, dass getrennte Arbeitsgruppen jeweils bestimmte Aufgaben erfüllen, genügt nicht *(vgl zuletzt BAG vom 30.10.2019 - 10 AZR 177/18 - BAGE 168, 290 RdNr 36 = juris RdNr 36 mwN)*. Soweit die bisherige Rechtsprechung des BSG dahin verstanden werden konnte, dass für die Verselbstständigung der Betriebsabteilung im Rahmen der Förderung ganzjähriger Beschäftigung nach dem SGB III nicht zwingend auch eine für Außenstehende wahrnehmbare räumliche und organisatorische Abgrenzung gegeben sein muss *(so wohl BAG vom 25.1.2005 - 9 AZR 44/04 - BAGE 113, 247, 257 mwN)*, hält der Senat hieran nicht fest.

25

cc) Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist eine abschließende Beurteilung, ob es sich bei den Bereichen Fliesenverlegung und Trockenbau der Klägerin um Betriebsabteilungen im Sinne des SGB III und der BaubetrV handelt, dem Senat nicht möglich.

26

(1) Anders als das SG angenommen hat, ergibt sich die Einordnung der Bereiche Fliesenverlegung und Trockenbau als Betriebsabteilungen nicht bereits aus dem Urteil des LAG Berlin-Brandenburg vom 7.11.2013 *(25 Sa 1401/13)*. Dieses Verfahren betraf die Klage der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft gegen die Klägerin auf Zahlung von Beiträgen nach dem Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV Bau) für sechs gewerbliche Arbeitnehmer in den Bereichen Fliesenverlegung und Trockenbau für die Jahre 2009 bis 2011. In dem Verfahren, in dem die Klägerin zudem vorgetragen hatte, dass Arbeitnehmer mit unterschiedlicher Ausbildung teilweise auch gemeinsam eingesetzt würden, ist das LAG davon ausgegangen, dass der Betrieb der Klägerin nicht als Ganzes unter den Geltungsbereich des VTV Bau falle. Seine Entscheidung, dass die baugewerblich tätigen Arbeitnehmer in den Bereichen Fliesenverlegung und Trockenbau gleichwohl zur Zahlung von Beiträgen heranzuziehen seien, hat es auf die Regelung des § 1 Abs 2, Abschn VI, Abs 1 Satz 3 VTV Bau gestützt. Hiernach gilt als selbstständige Betriebsabteilung auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die außerhalb der stationären Betriebsstätte eines nicht von den Abschnitten I bis IV erfassten Betriebs baugewerbliche Arbeiten ausführt. Allerdings wird hierdurch der betriebliche Geltungsbereich des VTV Bau erweitert und findet diese Regelung im SGB III und in der BaubetrV mangels gesetzlicher Grundlage keine Anwendung. Diese Fiktion einer selbstständigen Betriebsabteilung *(insb in Fallgestaltungen entsandter Arbeitnehmer; vgl etwa BAG vom 17.6.2015 - 10 AZR 257/14 - AP Nr 354 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau RdNr 14 ff)* greift zudem nur dann, wenn in einem Mischbetrieb mit überwiegend baufremden Leistungen nicht festgestellt werden kann, dass die baulichen Leistungen in einer selbstständigen Betriebsabteilung iS des § 1 Abs 2 Abschn VI Abs 1 Satz 2 VTV Bau erbracht werden *(BAG vom 25.1.2005 - 9 AZR 44/04 - BAGE 113, 247, 259 = juris RdNr 59; BAG vom 7.7.2015 - 10 AZR 548/14 - AP Nr 355 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau RdNr 12 ff)*.

27

(2) Zwar folgt aus den Feststellungen des LSG, dass in dem streitigen Zeitraum zwischen den Bereichen Fliesenverlegung und Trockenbau kein personeller Austausch stattfand und die Arbeitnehmer getrennt voneinander eingesetzt wurden, was für eine gewisse personelle Abgrenzung dieser beiden Bereiche untereinander sprechen könnte. Den Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob auch eine klare personelle Trennung zu dem Maler- und Lackiererbetrieb gegeben war *(vgl etwa BAG vom 30.10.2019 - 10 AZR 177/18 - NZA 2020, 889, 894)* bzw ein personeller Austausch mit diesem stattfand und/oder die Beschäftigten des Trockenbaus und der Fliesenverlegung bei witterungsbedingten Einschränkungen in anderen Unternehmensbereichen eingesetzt werden konnten. Insofern ist von einer Möglichkeit zur Überwindung witterungsbedingter Schwierigkeiten durch eigene Anstrengungen des Betriebes regelmäßig auszugehen, wenn der witterungsabhängige Betriebsteil von dem witterungsunabhängigen Betriebsteil nicht so deutlich abgegrenzt ist, dass eine Risikogemeinschaft mit dem Gesamtbetrieb nicht zu erkennen ist *(ähnlich bereits BSG vom 20.1.1982 - 10/8b RAr 9/80 - SozR 4100 § 75 Nr 9 S 18)*.

28

Soweit das LSG festgestellt hat, dass "die arbeitstechnische und arbeitsorganisatorische Ausführung der Bauleistungen (...) weitgehend getrennt" erfolge und den Bereichen Trockenbau und Fliesenverlegung ein "verantwortlicher Leiter" vorangestellt sei, der "am Markt als Ansprechpartner" auftrete, trägt auch dies die Annahme einer Betriebsabteilung im Sinne des SGB III und der BaubetrV nicht. Das vom Senat zugrunde gelegte Erfordernis einer deutlichen Erkennbarkeit der organisatorischen Trennung von Betriebsabteilung und (Gesamt-)Betrieb auch für Außenstehende setzt voraus, dass in weiteren Bereichen, also nicht etwa nur auf Baustellen *(vgl etwa BAG vom 21.11.2007 - 10 AZR 782/06 - juris RdNr 30)*, eine Eigenständigkeit deutlich hervortritt. Die Leistungen der unterschiedlichen Unternehmensbereiche dürfen nicht "aus einer Hand" angeboten werden, sondern es muss sich für Außenstehende erkennbar um verschiedene eigenständige Unternehmensteile handeln. Dies betrifft etwa auch das Auftragsmanagement und die baustellenübergreifende Koordination des Einsatzes der Arbeitnehmer. Zudem müssen sämtliche kaufmännischen, technischen und personellen Maßnahmen und Planungen erkennbar ausschließlich dem gesonderten Unternehmensbereich, nicht jedoch dem Gesamtbetrieb zugeordnet sein, um eine Betriebsabteilung im Sinne der BaubetrV annehmen zu können *(vgl bereits BSG vom 20.1.1982 - 10/8b RAr 9/80 - SozR 4100 § 75 Nr 9 S 17; BAG vom 30.10.2019 - 10 AZR 177/18 - NZA 2020, 889, 893).*

29

dd) Sollten die vom LSG nachzuholenden Feststellungen ergeben, dass die Klägerin in den streitigen Zeiträumen mit den Bereichen Trockenbau und Fliesenverlegung über von dem Gesamtbetrieb getrennte Betriebsabteilungen verfügte, sind ggf weitere Ermittlungen zu der Frage erforderlich, ob insbesondere die Betriebsabteilung Trockenbau zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehört, bei der eine Einbeziehung nach der BaubetrV in die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung nicht zu einer Belebung der wirtschaftlichen Tätigkeit oder zu einer Stabilisierung der Beschäftigungsverhältnisse der von saisonbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Arbeitnehmer führt *(vgl § 1 Abs 5 BaubetrV)*. Trotz des weiten Spielraums des Verordnungsgebers bei der Abgrenzung des Kreises der förderungsfähigen Betriebe unter Berücksichtigung des fachlichen Geltungsbereichs tarifvertraglicher Regelungen und mit vorheriger Anhörung der Tarifvertragsparteien *(vgl zur Verordnungsermächtigung in § 182 Abs 2 SGB III aF bzw § 109 Abs 2 SGB III nF)* können die Grenzen einer typisierenden Einbeziehung einer ganzen Branche überschritten sein, wenn innerhalb eines in der BaubetrV aufgeführten Gewerbezweiges eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe von Betrieben erkennbar ist, die durch Leistungen der Winterbeschäftigungsförderung nicht wesentlich gefördert werden kann und der fragliche Betrieb zu einer solchen Gruppe gehört *(vgl BSG vom 30.1.1996 - 10 RAr 10/94 - SozR 3-4100 § 186a Nr 6 S 20; BSG vom 9.9.1999 - B 11 AL 27/99 R - juris RdNr 21)*.

30

Dies hat das LSG angenommen und sich dabei allein auf die Auskunft des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. zu den bautechnischen und klimatischen Erfordernissen im "industriellen Akustik- und Trockenbau" gestützt, der sich "vornehmlich" auf den Innenausbau von größeren Gebäuden mit geschlossener Gebäudehülle konzentriere, sowie auf die Bildung der Bundesfachabteilung Akustik und Trockenbau "unter dem Dach" des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. Allerdings repräsentiert der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. nicht das Baugewerbe insgesamt und ist neben dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V. lediglich einer der Tarifvertragspartner auf Arbeitgeberseite, die neben der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt für die Einordnung von Betrieben des Baugewerbes zum betrieblichen (fachlichen) Geltungsbereich verantwortlich sind. Für die Feststellung einer auch zahlenmäßig ins Gewicht fallenden abgrenzbaren Gruppe von witterungsunabhängig arbeitenden Trockenbaubetrieben ist die Bildung eines Bundesverbandes gleichartiger Unternehmen zudem nur ein Indiz *(vgl BSG vom 8.10.1998 - B 10 AL 6/97 R - juris RdNr 18 mwN).*

31

Geht es - wie vorliegend - um die Frage, ob sich aus einem bereits im Positivkatalog der BaubetrV erfassten Zweig des Baugewerbes ein (weiterer) Spezialzweig des Baugewerbes entwickelt hat und dieser auch abgrenzbar eine Eigenständigkeit am Markt erworben hat, dürfte sich - unbesehen weiterer Ermittlungen - regelmäßig nur unter Einbeziehung von Stellungnahmen auch der weiteren an den Bautarifverträgen beteiligten Tarifvertragsparteien feststellen lassen, ob sich im Wirtschaftsleben insgesamt eine abgrenzbare Gruppe von witterungsunabhängig arbeitenden Trockenbaubetrieben entwickelt hat *(vgl auch LSG Nordrhein-Westfalen vom 23.4.2015 - L 16 AL 205/11 - RdNr 43)*.

32

Infolge der Zurückverweisung wird das LSG auch über die Rechtmäßigkeit der Festsetzung der Mahngebühren zu entscheiden haben. Bei sachgerechter Auslegung des Klagebegehrens *(§ 123 SGG)* war die Aufhebung der Mahngebühren bereits vom erstinstanzlich gestellten Antrag und der Klageabweisung erfasst, ohne dass das LSG im Rahmen der Berufung darüber entschieden hat. Insofern wird der Rechtsstreit in seine ursprüngliche Situation zurückversetzt *(vgl BSG vom 9.12.2003 - B 7 AL 56/02 R - SozR 4-4300 § 119 Nr 1 S 2 mwN).*

33

Schließlich wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft
Aus
Saved
2022-01-28