

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
22. März 1989

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 118/87

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

.....

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1989 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g , die Richter S a t t l e r und K ö n i g sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. F a l k e n b e r g und Dr. A n d r e s e n für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 24. März 1987 und das Urteil des Sozialgerichts Osnabrück vom 25. September 1985 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Gründe:

I

Streitig ist ein Mehrkostenzuschuß (MKZ).

Die Klägerin, ein in H. ansässiges Bauunternehmen, beantragte am 30. Januar 1984 die Anerkennung der Voraussetzungen für die Gewährung eines MKZ für eine Baustelle in O.

Es sollten ab 30. Januar 1984 Keller- und Rohbauarbeiten (Mauerwerk und Beton) an fünf Zweifamilienhäusern ausgeführt werden. Zum Schutz von Arbeitern, Baustelle und Materialien sollten eine Winterbauhalle, Öfen und Dampfstrahler bereitgestellt werden. Tatsächlich stellte die Klägerin die Winterbauhalle nicht auf. Nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) lagerte jedoch auf der Baustelle das Schalungsmaterial (Platten) für den Aufbau der Unterkonstruktion und die Seitenwände einer sogenannten Paschalhalle, während die Dachkonstruktion fertig verpackt auf einem Lkw-Anhänger auf dem etwa 100 km von der Baustelle entfernten Bauhof der Klägerin in H. stand. Die Beklagte lehnte den Anerkennungsantrag ab, da Schutzvorkehrungen iS des § 78 Abs 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) auf der Baustelle nicht vorhanden seien (Bescheid vom 15. Februar 1984, Widerspruchsbescheid vom 21. März 1984).

Das Sozialgericht (SG) hat die angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, die Voraussetzungen für die Gewährung eines MKZ für die Baustelle ab 3. Februar 1984 anzuerkennen; es hat die Berufung zugelassen (Urteil vom 25. September 1985). Die Berufung der Beklagten hat das LSG zurückgewiesen (Urteil vom 24. März 1987).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die Klägerin habe Anspruch auf Gewährung eines MKZ gemäß § 78 AFG.

Ein MKZ könne gemäß § 78 Abs 2 AFG gewährt werden, wenn die Bauarbeiter, die Baustelle, das Bauwerk und die Baumaterialien ausreichend gegen Witterungseinflüsse geschützt seien. Ausreichend seien Schutzvorkehrungen, die auch bei ungünstiger Witterung die Durchführung der Arbeiten ermöglichten. In welcher Form der Schutz erfolge, liege in der unternehmerischen Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers. Entscheidend sei allein, ob der Schutz ausreichend sei. Abzustellen sei dabei auf die Witterungsverhältnisse, die üblicherweise in der Förderungszeit in der betreffenden Gegend herrschten, nicht dagegen auf außergewöhnliche Wetterlagen, mit denen nicht gerechnet werden müsse. Die Klägerin hätte jedenfalls dann ausreichende Vorkehrungen getroffen, wenn während der gesamten Förderungszeit eine Winterbauhalle auf der Baustelle bereit ge-

standen hätte. Die produktive Winterbauförderung durch den MKZ sei grundsätzlich auf Geräte und Einrichtungen beschränkt, die zur Durchführung der Bauarbeiten auf der eigentlichen Baustelle oder auf eine in der Nähe gelegenen, ihr zugeordneten Arbeitsstätte bestimmt seien. Geräte und Einrichtungen, die auf einem weiter entfernt gelegenen Bauhof gelagert seien, seien in der Regel nicht einer bestimmten Baustelle sachlich zugeordnet und könnten daher nicht als Schutzvorkehrungen angesehen werden. Abgesehen davon, daß anderenfalls der Arbeitgeber zB nur eine Winterbauhalle für mehrere Baustellen bereithalten könnte, könnte auch die Heranschaffung der Schutzvorkehrungen von einem weiter entfernten Bauhof die Arbeiten an der Baustelle unverhältnismäßig lange verzögern und wegen schlechter Witterungsbedingungen unmöglich machen. Nicht erforderlich sei es, daß auch bei günstigen Witterungsbedingungen alle Schutzvorkehrungen eingesetzt werden, da sie die Arbeiten auf der Baustelle behindern könnten. Es reiche vielmehr aus, daß die Schutzeinrichtungen in Zeiten günstigerer Witterungsbedingungen auf der Baustelle bereitgestellt seien. Eine Ausnahme von dem Erfordernis, daß die Schutzvorkehrungen der Baustelle räumlich zugeordnet seien, könne allenfalls dann gemacht werden, wenn die Lagerung der Schutzeinrichtungen auf der Baustelle oder in deren Nähe unmöglich sei, die Geräte und Einrichtungen aber in kurzer Zeit ohne weitere Schwierigkeiten herangeschafft und eingesetzt werden könnten. Darüber hinaus müsse ihre sachliche Zuordnung zur Baustelle unzweifelhaft sein. Ein solcher Ausnahmefall liege hier vor. Auf der Baustelle selbst habe in ausreichendem Umfang das Schalungsmaterial (Platten) für den Aufbau der Unterkonstruktion und die Seitenwände der Halle gelagert. Die Dachkonstruktion aber sei fertig verpackt auf dem 100 km entfernt liegenden Bauhof gelagert gewesen, weil der Klägerin nur ein begrenzter Platz für die Lagerung von Material und Geräten auf der Baustelle zur Verfügung gestanden habe. Die Dachkonstruktion wäre bei Eintritt ungünstiger Witterung innerhalb von zwei Stunden in den Schwenkbereich des auf der Baustelle stehenden Kranes gewesen und hätte montiert werden können. Zwar habe die Dachkonstruktion nicht nur auf die Paschalhalle, sondern auch auf eine weitere der Klägerin gehörende Stahlrohrgerüsthalle gepaßt; die sachliche Zuordnung zur Baustelle sei trotz der dortigen Lagerung der Paschalhalle jedoch gegeben gewesen, weil die Baustelle in O. die einzige Baustelle der Klägerin im Winterbau gewesen sei, auf der bei ungünstiger Witterung nur im Schutz einer Winterbauhalle habe gearbeitet werden können. Daß die Dachkonstruktion im Falle der Vereisung der Zufahrtstraßen nicht hätte herangeschafft werden können, sei unerheblich, da die Arbeitnehmer, die nach dem glaubhaften Vortrag der Klägerin nicht in der Nähe der Baustelle gewohnt hätten, in diesem Falle sich nicht auf der Baustelle hätten efinden können. Dem Anspruch der Klägerin stehe schließlich nicht entgegen, daß ein Teil der Wände der Paschalhalle in den Zeiten der günstigen Witterung auch als Schalungsmaterial für die Verschalung der Kellerwände benutzt worden sei. Der Geschäftsführer der Klägerin habe nämlich glaubwürdig versichert, daß bei Eintritt schlechten Wetters diese Teile schnell für den Aufbau der Winterbauhalle hätten verwendet werden können, da die Klägerin im Winter in der Regel einen sich schnell erhärtenden Spezialbeton ver-



wende, so daß am nächsten Morgen die Verschalung abgenommen werden könne. Das Einschalen der Kellerwände eines Hauses nehme etwa sechs Stunden, das Abnehmen der Verschalung nur eine Stunde in Anspruch.

Die Beklagte rügt mit der Revision eine Verletzung des § 78 Abs 2 Satz 1 AFG. Diese Vorschrift verlange den ausreichenden Schutz für die Baustelle, das Bauwerk, die Baumaterialien und die auf der Baustelle beschäftigten Bauarbeiter, damit die Durchführung der Bauarbeiten trotz ungünstiger Witterungsverhältnisse für die gesamte Förderungszeit gewährleistet sei. Während bei ungünstiger Witterung die Schutzvorkehrungen eingesetzt werden müßten, genüge bei günstiger Witterung das Bereithalten. Die Schutzvorkehrungen seien so bereitzuhalten, daß sie jederzeit im Bedarfsfalle eingesetzt werden könnten. Schwierigkeiten entstünden dann nicht, wenn die Schutzvorkehrungen auf oder neben der Baustelle bereitgehalten werden. Der Produktionsablauf lasse sich dann so planen, daß die Bauarbeiter bei Einbruch ungünstiger Witterung entweder mit weniger witterungsabhängigen Arbeiten oder mit der Montage der Schutzvorkehrungen beschäftigt werden könnten. Das Bereithalten auf oder neben der Baustelle lasse auch den Willen des Arbeitgebers eindeutig erkennen, die bereitgehaltenen Schutzvorkehrungen im Bedarfsfalle einzusetzen; Manipulationen seien dabei nur schwer möglich. Lasse man das Bereithalten der Schutzvorkehrungen während günstiger Witterung ausreichen, obwohl der Wortlaut des § 78 Abs 2 AFG ("geschützt sind") auf den Einsatz der Schutzvorkehrungen hinweise, so dürfe dies nicht dazu führen, daß auch andere Besonderheiten anerkannt werden müßten, die sich allein aus dem Bereithalten ergeben. Sei ein Schutz wegen der Beschaffenheit der Baustelle aus technischen Gründen nicht möglich, so seien die Voraussetzungen des § 78 Abs 2 Satz 1 AFG nicht gegeben. Gleiches gelte auch für das Bereithalten von Schutzvorkehrungen. Könnten diese also nicht auf der Baustelle oder im Baustellenbereich bereitgehalten werden, seien ebenfalls die Voraussetzungen des § 78 Abs 2 Satz 1 AFG zu verneinen. Andernfalls hätte der Begriff "Bereithalten" keine Entsprechung mehr zu dem Wortlaut, nach dem die Bauarbeiter, die Baustelle, das Bauwerk und die Baumaterialien durch Voll-, Teil- oder Einzelschutz gegen Witterungseinflüsse ausreichend geschützt sein müßten. Es brauche nicht mehr untersucht zu werden, ob beim Bereithalten von erforderlichen Schutzvorkehrungen außerhalb des Baustellenbereichs § 78 Abs 2 Satz 2 AFG entsprechend angewandt werden könne, wonach auch solche Bauarbeiten förderbar seien, die auf einer in der Nähe der Baustelle gelegenen und dieser zugeordneten Arbeitsstätte für die Baustelle verrichtet würden. Allerdings gehe der Sammelrunderlaß "Winterbau" davon aus, daß die Schutzvorkehrungen oder Geräte nicht unbedingt auf der Baustelle bereitgehalten werden müßten; insoweit werde eine Entfernung von 15 km für unbedenklich gehalten, eine solche von 50 km jedoch auch bei günstigen Verkehrsbedingungen nicht mehr. Im vorliegenden Falle komme eine entsprechende Anwendung des § 78 Abs 2 Satz 2 AFG nicht in Betracht, weil sich die Dachkonstruktion der Paschalhalle auf einem Lkw-Anhänger auf dem etwa 100 km entfernten Firmengelände befunden habe. Eine Entfernung von 100 km entspreche aber nicht mehr



dem Begriff "in der Nähe". Würde man diesen Begriff auch in einem derartigen Falle als erfüllt ansehen, so könnte für alle Baustellen, die im 100 km-Umkreis des Betriebsgeländes liegen, das Bereithalten von Schutzvorkehrungen auf dem Betriebsgelände erfolgen. Dem Argument des Arbeitgebers, auf der Baustelle sei kein entsprechender Lagerplatz vorhanden, ließe sich nur schwer etwas entgegenhalten, weil dazu detaillierte interne Kenntnisse über die Produktionsvoraussetzungen erforderlich wären, die sich Außenstehende wie das Arbeitsamt nicht beschaffen könnten. Es entstünden Schwierigkeiten bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gewährung, die nicht auftreten, wenn es um die Frage des tatsächlichen Einsatzes der ausreichenden Schutzvorkehrungen oder deren Bereithalten auf der Baustelle gehe.

Schwierigkeiten dieser Art könne der Gesetzgeber weder verkannt noch in Kauf genommen haben.

Die Beklagte beantragt,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Ergänzend führt sie aus, der Begriff "Nähe" aus § 78 Abs 2 Satz 2 AFG lasse sich nicht in § 78 Abs 2 Satz 1 AFG übertragen. Satz 2 regle ausschließlich Einzelfälle, wenn zB ein Fensterbaubetrieb oder eine Bau Schlosserei ein Gewerk im Betrieb für die Baustelle vorbereite. Bei der hier anstehenden Frage handele es sich dagegen um einen ganz anderen Sachverhalt. Richtig sei, daß nicht nur der Einsatz, sondern schon das Bereithalten ausreichender Schutzvorkehrungen genüge. Streitig sei lediglich, wie das Bereithalten zu geschehen habe. Was die Revision hierzu meine, sei unschlüssig und widersprüchlich. Einerseits fordere sie das Bereithalten auf der Baustelle, andererseits lasse sie es genügen, wenn die Schutzvorkehrungen in der Nähe der Baustelle (15 km) bereitgehalten würden, während eine Entfernung von 100 km dagegen dem Begriff "in der Nähe" nicht mehr entsprechen solle. Das Argument der Revision, einem Mißbrauch sei vorzubeugen, sei nicht stichhaltig. Der Unternehmer stehe unter Erfolgszwang. Halte er die Schutzvorkehrungen nicht ordnungsgemäß bereit und könnten die Bauarbeiten bei ungünstiger Witterung dann nicht durchgeführt werden, würde die Beklagte dies durch die Schlechtwetteranzeige sofort erfahren. Spätestens dann könnte der Mehrkostenzuschuß gestrichen werden. Ebenfalls sei das Argument, daß die Beklagte das Bereithalten auf der Baustelle bzw in der Nähe überprüfen müsse, nicht überzeugend. Das Abgrenzungskriterium "Nähe" sei ungeeignet. Was den Mißbrauch und die mangelnde Überprüfung angehe, gebe das Bereithalten in einer Entfernung von 15 km dieselben Probleme wie bei einer Entfernung von 100 km. Befürch-



tungen dieser Art würden nur dann ausgeräumt, wenn die Schutzvorkehrungen auf der Baustelle bereitgehalten würden. Das Bereithalten auf der Baustelle könne jedoch aus keinem vernünftigen Grunde verlangt werden. Würden die Schutzvorkehrungen auf dem Baustellenbereich, jedoch außerhalb des Schwenkbereichs des Kranes lagern, wäre der Aufbau einer Winterbauhalle arbeitstechnisch ungünstiger, als wenn die Schutzvorrichtungen auf einem Lkw bereitstünden. Das Bereithalten sei ein arbeitstechnisches Problem des Unternehmers. Es sei völlig verfehlt, hier eine rechtliche Eingrenzung anhand des Begriffes "Nähe" vorzunehmen. Es sei vielmehr eine Frage des Einzelfalles, ob die Schutzvorkehrungen ordnungsgemäß bereitgehalten würden oder nicht, was das LSG im vorliegenden Falle zutreffend bejaht habe.

Der beige-ladene Betriebsrat der Klägerin hat sich nicht geäußert.

II

Über die Revision der Beklagten zu befinden, ist der Senat nicht gehindert, weil ein am 22. Oktober 1987 gestellter Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit der Klägerin vom Amtsgericht Leer durch Beschluß vom 28. Januar 1988 - 8 N 42/87 - mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse abgelehnt worden ist, wie dem Senat aus einem wenige Tage vor der mündlichen Verhandlung gestellten Prozeßkostenhilfeantrag bekannt geworden ist. Die am 24. Februar 1988 eingetretene Rechtskraft des Beschlusses des Konkursgerichts hat nach § 1 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934 (RGBl I 914) zwar zur Folge, daß die Gesellschaft aufgelöst wird und mithin zu liquidieren ist. Bis zum Abschluß der Liquidation aber ist die Gesellschaft als juristische Person noch existent, wenn auch nicht mehr als werbende Gesellschaft (BAG NJW 1988, 2637). Vermögenslosigkeit der Gesellschaft ändert daran nichts (BAG aaO). Die Klägerin hat auch ihre Handlungsfähigkeit nicht verloren. Nach dem Auflösungsbeschluß handelt die Gesellschaft allerdings nicht mehr durch ihren oder ihre Geschäftsführer, sondern durch den oder die Liquidator(en). Anders könnte die Prozeßlage zu beurteilen sein, wenn die Löschung der GmbH erfolgt wäre, zB wegen Abschlusses der Liquidation oder wegen Vermögenslosigkeit (vgl. § 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften). Das ist jedoch bislang nicht geschehen. Allerdings war die Bezeichnung der Klägerin im Rubrum zu berichtigen.

Die Revision der Beklagten ist begründet. Zu Unrecht hat das LSG die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückgewiesen. Nach den vom LSG getroffenen Feststellungen hat die Beklagte die Voraussetzungen für die Gewährung eines MKZ für die Baustelle in O. ab 3. Februar 1984 nicht anzuerkennen.



Nach § 78 Abs 1 AFG werden Arbeitgebern des Baugewerbes, zu denen die Klägerin als Bauunternehmen gehört hat, Zuschüsse zu bestimmten witterungsbedingten Mehrkosten der Bauarbeiten gewährt, die sie in der Förderungszeit (1. Dezember bis 31. März, § 75 Abs 2 AFG) durchgeführt haben. Diese Förderung setzt nach § 78 Abs 2 Satz 1 AFG voraus, daß die Bauarbeiter, die Baustelle, das Bauwerk und die Baumaterialien durch Voll-, Teil- oder Einzelschutz gegen Witterungseinflüsse ausreichend geschützt sind, so daß die Bauarbeiten in der Förderungszeit auch bei ungünstiger Witterung durchgeführt werden können. Ein solcher Schutz hat hier nicht vorgelegen.

Ausreichend sind Schutzvorkehrungen nur dann, wenn durch sie für die gesamte Förderungszeit gewährleistet ist, daß die vorgesehenen Bauarbeiten trotz ungünstiger Witterung durchgeführt werden können (BSG SozR 4100 § 78 Nr 3; Urteil des Senats vom 11. November 1982 - 7 RAr 16/82 -, veröffentlicht im Dienstblatt der Bundesanstalt für Arbeit - Rechtsprechung - Dienstbl BA R § 78 AFG Nr 2782a). Dabei ist nicht auf außergewöhnliche, sondern auf solche Witterungsverhältnisse abzustellen, wie sie üblicherweise in der betreffenden Gegend herrschen (BSG SozR 4100 § 78 Nrn 1 und 3). Sollen die Bauarbeiten erst während der Förderungszeit begonnen werden oder wird die Anerkennung der Förderungsvoraussetzungen erst während der Förderungszeit beantragt, wie das hier der Fall ist, müssen die Schutzvorkehrungen diesen Anforderungen jedenfalls für die restliche Förderungszeit genügen (BSG SozR 4100 § 78 Nr 3). Ausreichend sind Schutzvorkehrungen nicht schon deshalb, weil es tatsächlich nicht oder nur zu einem geringen Arbeitsausfall gekommen ist (BSG aaO); denn dies kann auf die Milde des Winters oder einen Einsatz der Bauarbeiter auf einer anderen Baustelle zurückzuführen sein. Ebensowenig ist aus eingetretenem Arbeitsausfall der Schluß zu ziehen, daß die Schutzvorkehrungen für die üblichen Witterungsverhältnisse nicht ausreichend waren, wenn infolge außergewöhnlicher Wetterlage nicht gearbeitet werden konnte. Aus welchen Gründen Schutzvorkehrungen nicht ausreichen, ist unerheblich (BSG aaO). Es genügt für den MKZ, daß die ausreichenden Schutzvorkehrungen bereitgehalten werden, damit sie jederzeit im Bedarfsfall eingesetzt werden können; daß die bereitgehaltenen Schutzvorkehrungen nicht eingesetzt werden mußten, steht der Gewährung des MKZ nicht entgegen (BSG SozR 4100 § 78 Nr 1).

Die Schutzvorkehrungen (Winterbauhalle, Öfen und Dampfstrahler), die die Klägerin nach ihren Angaben im Anerkennungsantrag für die Baustelle vorgesehen hatte, mögen, worauf es hier nicht ankommt, als solche ausreichend gewesen sein; die Klägerin hat sie indessen nicht bereitgehalten. Ob die Klägerin Öfen und Dampfstrahler bereitgehalten hat, läßt sich dem Urteil des LSG nicht entnehmen; es hat hierzu keinerlei Feststellungen getroffen. Seiner die Winterbauhalle betreffenden Beurteilung vermag der Senat nicht beizupflichten. Zweifelhaft erscheint schon, ob die Klägerin die Unterkonstruktion der Winterbauhalle (einschließlich der Seitenverkleidung), die sich auf der Baustelle befunden hat, im vorgenannten Sinne als Schutzmaßnahmen vor Witterungseinbrüchen bereit-



gehalten hat; denn solange die die Seitenverkleidung der Halle bildenden 1 m x 1,25 m großen Schalplatten anderweitig, nämlich als Schalmaterial für die Betonarbeiten bestimmt waren, konnten sie nicht gleichzeitig für den Witterungsschutz zur Verfügung stehen. Jedenfalls hat die Winterbauhalle nicht bereitgestanden, weil sich die Dachkonstruktion noch auf dem etwa 100 km von der Baustelle entfernten Bauhof der Klägerin befand.

Die Frage, ob Schutzvorkehrungen, solange sie mit Rücksicht auf die Milde des Wetters nicht eingesetzt werden, außerhalb der Baustelle bereitgehalten werden können, wird unterschiedlich beantwortet. Ausgehend von der - gemeinsamen - Erkenntnis, daß die Winterbaugerätschaften so bereitstehen müssen, daß sie im Bedarfsfalle jederzeit eingesetzt werden können, verlangen Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, § 78 Rdz 17, daß die Schutzvorkehrungen - unabhängig von den jeweiligen Witterungsverhältnissen - auf der Baustelle vorhanden sind (ebenso Krebs, Komm zum AFG, Stand März 1988, § 78 Rdz 11). Dagegen meinen Schieckel/Grüner/Dalichau, Komm zum AFG, Stand Oktober 1988, § 78 Anm 5, daß eine Lagerung auf der Baustelle nicht unbedingt erforderlich sei. Auch Schmidt in Ambs ua, Gemeinschaftskommentar zum AFG, Stand Januar 1989, § 78 Rdz 26, läßt eine Lagerung in der Nähe der Baustelle ausreichen (ebenso Kranz/Schmidt, Winterbau, Stand April 1988, Erl 22 zu § 78). Nicht ausreichend sei es aber, wenn die Schutzvorkehrungen nicht mindestens in der Nähe der Baustelle, sondern ohne räumliche Beziehung zum Baustellenbereich zB auf dem zentralen Bauhof lagerten (Schmidt aaO; Schieckel/Grüner/Dalichau aaO für den Fall des 60 bis 150 km entfernt liegenden Bauhofs). Die Rechtsprechung der Landessozialgerichte hält eine Lagerung der Winterbaugerätschaften auf der Baustelle nicht unbedingt für erforderlich (LSG Hamburg Dienstbl BA R § 78 AFG Nr 1998; Hess LSG aaO Nr 2236; LSG Rheinland-Pfalz Urteil vom 18. September 1981 - L 6 Ar 70/80 -, nicht veröffentlicht). Eine Lagerung auf dem zentralen Bauhof soll genügen, wenn die Geräte innerhalb einer halben Stunde vom Bauhof an die nahe Baustelle geschafft werden können (so LSG Rheinland-Pfalz), nicht dagegen, wenn der Bauhof von der Baustelle 60 bis 150 km entfernt liegt (so Hess LSG).

Das Bundessozialgericht (BSG) hat zu diesen Fragen bislang nicht Stellung bezogen. Soweit Schmidt aaO sich für seine Auffassung auf die in SozR 4100 § 78 Nr 3 und Dienstbl BA R § 78 AFG Nr 2782 a abgedruckten Urteile beruft, geschieht dies zu Unrecht. Auch der vorliegende Fall erfordert keine abschließende Stellungnahme.

Wenn das Gesetz auch nicht erfordert, daß die Schutzvorkehrungen in vollem Umfange tatsächlich eingesetzt werden, hier also die Bauarbeiten unter der Winterbauhalle erbracht werden, es vielmehr ausreicht, daß die Schutzobjekte (Bauarbeiter, Baustelle, Bauwerk und Materialien) durch jederzeit einsetzbare Schutzmaßnahmen ausreichend geschützt sind, kann jedenfalls auf einen tatsächlich bestehenden Schutz der Schutzobjekte nicht



verzichtet werden. Die Absicht, Schutzvorkehrungen treffen zu wollen, kann keinesfalls genügen (Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand September 1988, § 78 Anm 17). Der Arbeitgeber hält Schutzvorkehrungen auch nicht schon dadurch bereit, daß er Winterbaugerät in seine Verfügungsmacht gebracht hat, es also zB erworben oder angemietet und in seinen unmittelbaren Besitz genommen hat. Daß dies nicht ausreicht, ergibt sich schon daraus, daß Erwerb oder Miete von Gerät und Einrichtungen, die für die Durchführung von Bauarbeiten in der Schlechtwetterzeit (1. November bis 31. März, § 75 Abs 2 AFG) zusätzlich erforderlich sind, besonders gefördert wird (§ 77 AFG). Die für den Erwerb oder die Miete des Winterbaugeräts entstehenden Kosten, die bei der Festsetzung der Förderungssätze des MKZ nicht zu berücksichtigen sind (§ 79 Abs 3 Satz 2 AFG), gehören mithin nicht zu den sonstigen witterungsbedingten Mehrkosten, die von den MKZ nach § 78 AFG - zumindest teilweise - gedeckt werden sollen (so zutreffend LSG Hamburg aaO). Hierzu zählen vielmehr nur die zusätzlichen Aufwendungen, die unmittelbar mit der "winterfesten" Einrichtung der Baustelle im Zusammenhang stehen. Grundsätzlich gilt daher, daß der Arbeitgeber Schutzvorkehrungen nicht schon dadurch bereithält, daß er Winterbaugerät auf seinem zentralen Bauhof lagert. Das für den MKZ erforderliche Bereithalten für bestimmte Bauarbeiten erfordert mehr, nämlich die Bereitstellung des Geräts und der erforderlichen Einrichtungen gerade für die vorgesehenen Bauarbeiten.

Ob damit generell ausgeschlossen ist, daß der Arbeitgeber ausreichende Schutzvorkehrungen für Bauarbeiten auf einer Baustelle dadurch trifft, daß er das erforderliche Winterbaugerät auf seinem zentralen Bauhof transportfähig zum sofortigen Abruf für eine Baustelle bereitstellt, kann im vorliegenden Fall schon wegen der großen Entfernung zwischen Bauhof und Baustelle dahingestellt bleiben. Wie erwähnt, müssen die ausreichenden Schutzvorkehrungen so bereitgehalten werden, daß sie jederzeit im Bedarfsfalle eingesetzt werden können. Stellt der Arbeitgeber die Schutzvorkehrungen daher nicht auf der Baustelle zur Verfügung, muß dies jedenfalls in der Nähe der Baustelle erfolgen. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 78 Abs 2 Satz 1 AFG. Diese Vorschrift hat ihre derzeitige Fassung durch das Zweite Gesetz zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 (BGBl I 791) gefunden, geht indes letztlich auf § 82 Abs 2 Satz 2 AFG in seiner ursprünglichen Fassung vom 25. Juni 1969 (BGBl I 582) zurück. Abweichend vom bis dahin geltenden Recht sollte es künftig notwendig sein, "daß Schutzvorkehrungen auf der Baustelle in jedem Fall - unabhängig vom Witterungsverlauf - in der Förderungszeit vorhanden sind, damit auch bei ungünstiger Witterung ... die Arbeiten begonnen oder fortgesetzt werden können" (Begründung zu § 75 Abs 2 AFG-Entwurf, BT-Drucks V/2291 S 75). Daß von Gesetzes wegen eine enge räumliche Beziehung der getroffenen Schutzvorkehrungen zur Baustelle bestehen muß, ergibt sich ferner aus § 81 Abs 1 AFG in der 1984 zuletzt durch das Vierte Gesetz zur Änderung des AFG vom 12. Dezember 1977 (BGBl I 2557) geänderten Fassung; denn nach dieser Vorschrift ist



für Anträge auf MKZ nicht das Arbeitsamt zuständig, in dessen Bezirk der Bauarbeitgeber oder dessen Lohnstelle sitzt, sondern das, in dessen Bezirk die Baustelle liegt.

Muß hiernach der Arbeitgeber die Schutzvorkehrungen jedenfalls in der Nähe der Baustelle zur Verfügung stellen, sind die von der Klägerin getroffenen Vorkehrungen nicht ausreichend. Ob insoweit eine Entfernung von 15 km unbedenklich wäre, wie die Beklagte annimmt, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn von Nähe und von der Möglichkeit eines jederzeitigen Einsatzes kann jedenfalls dann keine Rede sein, wenn das Gerät erst von seinem über 100 km entfernt liegenden Lagerplatz herantransportiert werden muß. Angesichts unvermeidbarer Verkehrsbehinderungen, insbesondere witterungsbedingter Art, gewährleistet eine derartige Lagerung des Winterbaugeräts nicht, daß die vorgesehenen Bauarbeiten trotz ungünstiger Witterung durchgeführt werden können. Daß dann, wenn die Dachkonstruktion wegen Vereisung der Zufahrtsstraßen nicht hätte herangeschafft werden können, aus dem gleichen Grunde auch die Arbeitnehmer nicht auf der Baustelle erschienen wären, ist unerheblich; es kommt allein darauf an, daß auch bei ungünstiger Witterung die Bauarbeiten auf der Baustelle durchgeführt werden können, was dann gerade nicht der Fall ist. Ebensowenig ist von Bedeutung, ob die Lagerung der Dachkonstruktion der Winterbauhalle auf der Baustelle oder in deren Nähe nicht möglich gewesen ist. Wie der Senat schon entschieden hat, kommt ein MKZ auch dann nicht in Betracht, wenn wegen Lage oder Beschaffenheit der Baustelle oder aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen sich für die Förderungszeit nicht gewährleisten läßt, daß die Bauarbeiten trotz ungünstiger Witterungseinflüsse durchgeführt werden können (BSG SozR 4100 § 78 Nr 3).

Die Klägerin hat den erforderlichen Schutz durch Öfen, Dampfstrahler und die Winterbauhalle bewirken wollen. Hiernach kann unbedenklich davon ausgegangen werden, daß die Durchführung der von der Klägerin übernommenen Bauarbeiten (Keller und Rohbau, Beton und Mauerwerk) bei ungünstiger Witterung in der verbleibenden Förderungszeit vom 3. Februar bis 31. März 1984 nicht ohne den Einsatz der Winterbauhalle gewährleistet war. Die Beklagte hat daher zu Recht die Anerkennung der Voraussetzungen für die Gewährung eines MKZ abgelehnt, so daß die Entscheidungen der Vorinstanzen keinen Bestand haben konnten.

Die Kostenentscheidung, die auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens erfaßt (BSG SozR 1500 § 193 Nr 2; Beschluß vom 1. Dezember 1988 - 8/5a RKn 11/87 -, zur Veröffentlichung vorgesehen), beruht auf § 193 SGG.

