

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
4. März 1999

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11/10 AL 6/98 R

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richter **L ü d t k e** und **V o e l z k e** sowie die ehrenamtlichen Richter **D e k a r s k i** und **H a n e l** für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 17. Dezember 1997 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 29. Juni 1993 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Der Rechtsstreit betrifft die Umlagepflicht der Klägerin zur Produktiven Winterbauförderung bzw ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft.

Die Klägerin befaßt sich in der Rechtsform einer GmbH und Co KG mit der Herstellung und dem Vertrieb von Transportbeton und Betonerzeugnissen sowie allen hiermit im Zusammenhang stehenden Geschäften. Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind insgesamt 11 Bauunternehmen bzw Inhaber von Baugeschäften, die gleichzeitig Kommanditisten der Gesellschaft sind. Die von ihr hergestellten Beton- und Mörtelmischungen liefert die Klägerin zu 90 % auf Baustellen ihrer Gesellschafter.

Nach einer Betriebsprüfung im Juli 1988 stellte die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) mit Bescheid vom 23. August 1988 fest, der Betrieb der Klägerin sei ein Baubetrieb iS des § 1 Abs 2 Nr 17 Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) und somit zur Winterbauförderung zugelassen. Die Klägerin, die seit Februar 1972 gewerbliche Arbeitnehmer beschäftige, sei seitdem umlagepflichtig. Für die Erhebung der Winterbauumlage sei es unerheblich, ob tatsächlich Leistungen der Produktiven Winterbauförderung in Anspruch genommen worden seien. Nach Anwendung der Verjährungsvorschriften habe die Klägerin ab Dezember 1983 Winterbauumlagen zu zahlen, die bis Mai 1988 auf 17.124,89 DM zuzüglich Nebenkosten angewachsen seien. Den Widerspruch, mit dem die Klägerin geltend gemacht hat, sie sei Mitglied der Fachgruppe Transportbeton im Industrieverband Steine und Erden Baden-Württemberg eV und somit kein Baubetrieb iS der BaubetrV, wies die BA mit Widerspruchsbescheid vom 28. Oktober 1988 zurück.

Im Klageverfahren hat die Klägerin vorgetragen, Transportbeton sei während des gesamten Winters produzierbar. Geräte, die durch die Produktive Winterbauförderung finanziert werden, seien für Transportbetonproduzenten nicht verwendbar. Im übrigen habe die BA mehrfach erklärt, den Arbeitnehmern der Klägerin stände Schlechtwettergeld nicht zu. Es sei durch das Bundessozialgericht (BSG) geklärt, daß nur diejenigen Unternehmen umlagepflichtig seien, die aufgrund ihrer objektiven Struktur überhaupt Förderungsmittel erhalten könnten (Urteil vom 30. Januar 1996 - 10 RAr 10/94). Ihr Betrieb zähle zu einer solchen abgrenzbaren Gruppe von Betrieben.

Das Sozialgericht (SG) hat die angefochtenen Bescheide mit Urteil vom 29. Juni 1993 aufgehoben und die Ansicht vertreten, § 1 Abs 2 Nr 17 BaubetrV sei nicht durch die Ermächtigungsnorm des § 76 Abs 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) gedeckt, soweit er sich auf Betriebe erstrecke, die - wie die Klägerin - nicht Arbeitgeber des Baugewerbes seien. Nach der Rechtsprechung des BSG handele es sich bei der Herstellung und Anlieferung



von Transportbeton nicht um Bauleistungen iS des AFG. Für die Bestimmung des Begriffs Bauleistungen sei nicht die BaubetrV heranzuziehen, denn die gesetzliche Ermächtigung des § 76 Abs 2 AFG begründe nicht die Befugnis, den Begriff der Bauleistungen iS des § 75 Abs 1 Nr 3 AFG zu bestimmen.

Mit der Berufung hat die BA geltend gemacht, die vom SG herangezogene Rechtsprechung, die die Herstellung von Transportbeton nicht als Bauleistung ansehe, sei durch die Ergänzung der BaubetrV (§ 1 Abs 2 Nr 17 idF ab 1. November 1980) überholt. Nach dieser Regelung, die dem Wunsch der Tarifpartner des Baugewerbes entspreche, gehörten Betriebe, die nicht lagerfähige Baustoffe herstellten, zum Geltungsbereich der Verordnung, wenn sie mit dem überwiegenden Teil ihrer Produktion entweder Baustellen des herstellenden Betriebes oder eines anderen Betriebes desselben Unternehmens oder innerhalb von Unternehmenszusammenschlüssen die Baustellen von beteiligten Gesellschaftern versorgten. Die Verordnung trage der Entwicklung im Baugewerbe Rechnung, das die Herstellung von Transportbeton und Fertigmörtel für ihre Baustellen zentralisiere. Den für diesen Arbeitsbereich abgestellten Arbeitnehmern solle der Status als Arbeitnehmer des Baugewerbes erhalten bleiben. Entgegen der Ansicht des SG stehe der Bewilligung von Investitions- und Mehrkostenzuschüssen im Rahmen der Produktiven Winterbauförderung nichts entgegen. Die Entscheidung des BSG vom 30. Januar 1996 schließe die Umlagepflicht der Klägerin nicht aus.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Klage mit Urteil vom 17. Dezember 1997 abgewiesen. Nach seiner Ansicht ist § 1 Abs 2 Nr 17 BaubetrV durch die Ermächtigungsnorm des § 76 Abs 2 AFG gedeckt. Der Verordnungsgeber müsse einen Spielraum für eine praktikable, typisierende Abgrenzung der förderungsfähigen Betriebe haben. Entscheidend sei dabei nicht die Förderungsfähigkeit des einzelnen Betriebes, sondern von Betriebsgruppen mit im wesentlichen gleichartigen Bauleistungen. Auch wenn die Klägerin in einem eigenen Verband organisiert sei und damit ein Merkmal aufweise, mit dem das BSG nicht förderungsfähige Betriebsgruppen abgrenze, habe der Verordnungsgeber in zulässiger Weise diejenigen Transportbetonbetriebe erfaßt, die ihre Produkte überwiegend nicht auf dem Markt, sondern innerhalb eines Unternehmenszusammenschlusses absetzten. Auch die Klägerin sei "wirtschaftlich und juristisch" von den Bauunternehmen abhängig, die förderungsfähige Bauleistungen erbrächten. Es handele sich um einen "einheitlichen Betrieb", in dem eine "klassische Bauleistung" aus dem "Kernbereich des Betriebes" ausgegliedert sei. Die Organisations- und Vertriebsstruktur rechtfertige die Einbeziehung in die förderungsfähigen Betriebe.

Mit der vom BSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 186a, 75, 76 AFG iVm § 1 Abs 2 Nr 17 BaubetrV. Das LSG weiche von der Rechtsprechung ab, wonach Betriebe von der Umlagepflicht auszunehmen seien, wenn sie innerhalb eines der in der BaubetrV aufgeführten Gewerbebezüge eine nennenswerte und abgrenzbare



Gruppe bildeten, die nicht witterungsabhängig seien und deshalb durch Leistungen der Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden könnten. Dies treffe für die Klägerin zu. Sie gehöre einem Bundesverband gleichartiger Unternehmen an, der für die Beschäftigten selbständige Tarifvereinbarungen treffe. Die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge des Baugewerbes erfaßten nicht Transportbetonunternehmen. Nach der Rechtsprechung des BSG handele es sich bei diesen nicht um Betriebe des Baugewerbes. Die Lieferung von Transportbeton sei keine Bauleistung. Vielmehr sei zwischen der Herstellung von Ortsbeton als Bauleistung und der Herstellung von Transportbeton, der allein Gegenstand des Unternehmens der Klägerin sei, zu unterscheiden. Danach kämen die Vorschriften des AFG und der BaubetrV nicht als Grundlage für die Heranziehung der Klägerin zur Winterbauumlage in Betracht. Die Klägerin und die Betriebe ihrer Gesellschafter stellten keinen einheitlichen Betrieb dar. Noch weniger handele es sich bei der Klägerin um eine Betriebsabteilung der Gesellschafterunternehmen. Das LSG habe den Unterschied der Herstellung von Ortsbeton (Bauleistung) und Transportbeton (keine Bauleistung) in seiner Bedeutung für die Umlagepflicht verkannt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 17. Dezember 1997 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 29. Juni 1993 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend, denn bei überwiegender Lieferung von Transportbeton auf Baustellen, die von den Gesellschafterunternehmen betrieben werden, handele es sich um eine Bauleistung. Die von der Klägerin verrichtete Tätigkeit sei als förderungsfähig anzusehen, weil sie der Versorgung von Baustellen ihrer Gesellschafter diene. Aus der Rechtsentwicklung ergebe sich, daß der Verordnungsgeber in § 1 Abs 2 Nr 17 BaubetrV sachgerecht differenziert habe, indem er die Herstellung und Lieferung von Betonmischungen nicht schlechthin als förderungsfähig angesehen habe. Er habe damit an die entsprechende Regelung im Bundesrahmentarifvertrag angeknüpft. Im übrigen sei das Herauspumpen von Fertigbeton aus Lieferfahrzeugen am Verarbeitungs-ort als bauliche Tätigkeit anzusehen. Die Umlagepflicht scheitere auch nicht an mangelnder Förderungsfähigkeit der Klägerin. Dem Umstand, daß die Herstellung von Transportbeton möglicherweise witterungsunabhängig sei, komme keine wesentliche Bedeutung zu. Habe nämlich die Herstellung und Lieferung von Transportbeton auf Baustellen von Gesellschaftern der Klägerin als Bauleistung zu gelten, so müsse dies auch für die Witterungsabhängigkeit dieser Bauleistung gelten.



II

Die Revision der Klägerin ist begründet. Die Entscheidung des LSG verletzt §§ 186a Abs 1, 75 Abs 1 und 76 Abs 2 AFG. Die Klägerin ist nicht Arbeitgeber des Baugewerbes und unterliegt damit nicht der Umlagepflicht.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 23. August 1988 idF des Widerspruchsbescheids vom 28. Oktober 1988 hat die BA die Klägerin für die Zeit von Dezember 1983 bis Mai 1988 zur Zahlung der Winterbaumlage in Höhe von insgesamt 17.124,89 DM zuzüglich Nebenkosten herangezogen und im übrigen die Umlagepflicht der Klägerin auf unbestimmte Zeit festgestellt. Diese Regelungen, die sie im Revisionsverfahren nur noch für die Zeit bis zum 31. Dezember 1997 aufrechterhält, erweisen sich als rechtswidrig, denn als Transportbetonunternehmen verrichtet die Klägerin nicht überwiegend Bauarbeiten und ist deshalb nicht Arbeitgeber des Baugewerbes iS des § 186a Abs 1 Satz 1 AFG.

Die Umlagepflicht der Arbeitgeber des Baugewerbes ist durch das 2. Gesetz zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 (BGBl I 791) geregelt. Maßgebend für die Beurteilung der Umlagepflicht ist die im jeweiligen Umlagezeitraum maßgebende Fassung der Vorschrift. Die BA hat nämlich die Umlagepflicht ursprünglich zeitlich unbegrenzt festgestellt und damit einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung erlassen (BSGE 61, 203, 205 ff = SozR 4100 § 186a Nr 21; BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 6). Den Änderungen des § 186a Abs 1 AFG idF des 5. AFG-Änderungsgesetzes vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) seit der Inanspruchnahme der Klägerin ab Dezember 1983 (2. AFG-Änderungsgesetz Baugewerbe vom 15. Dezember 1995 <BGBl I 1809> und Gesetz zur ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe vom 22. Oktober 1997 <BGBl I 2486>) ist hier jedoch nicht im einzelnen nachzugehen. Die Änderungen betreffen nicht das für die Entscheidung dieses Rechtsstreits maßgebliche Tatbestandsmerkmal "Arbeitgeber des Baugewerbes".

2. Wer Arbeitgeber des Baugewerbes ist, bestimmte bis zum 31. Dezember 1975 § 75 Abs 1 Nr 1 AFG idF des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 (BGBl I 791). Die Neufassung der Vorschrift durch das 2. AFG-Änderungsgesetz Baugewerbe ab 1. Januar 1996 enthält keine für die Entscheidung dieses Rechtsstreits erhebliche Änderung. Die Begriffsbestimmung des § 75 Abs 1 Nr 1 AFG aF erfaßt Personen, Personenvereinigungen oder Personengesellschaften, die als Inhaber von Betrieben des Baugewerbes auf dem Bauplatz gewerblich Bauleistungen anbieten (Nr 1); Betriebe des Baugewerbes, sind solche Betriebe oder Betriebsabteilungen, die überwiegend Bauleistungen erbringen (Nr 2); Bauleistungen sind alle Bauarbeiten, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (Nr 3). Bereits zum vor Inkrafttreten des AFG geltenden Recht hat das BSG zu § 2 Nr 1 8. Durchführungsverordnung zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung entschieden, Bauleistungen seien nur Arbeiten am erdverbundenen Bau,



und deshalb Fahrern von Transportbetonbetrieben Schlechtwettergeld nicht zugestanden (BSG SozR 4670 § 2 Nr 2). An diesem Begriffsmerkmal der Bauleistung hat das BSG auch während der Geltung des § 75 Abs 1 AFG in ständiger Rechtsprechung festgehalten (BSG SozR 4100 § 75 Nrn 7 und 8; BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 6).

Das Herstellen und Anliefern von Transportbeton ist danach keine Bauleistung, weil sie nicht am erdverbundenen Bau stattfindet. Die bloße Lieferung von Baumaterial ist generell keine Bauleistung. Dies gilt selbst dann, wenn es sich dabei - wie beim Transportbeton - um ein nicht lagerfähiges Produkt handelt (BSG SozR 4670 § 2 Nr 2). Beschränkt sich die Tätigkeit auf das Herstellen und Liefern von Transportbeton, der an Baustellen in Behälter abgekippt wird, um dann von Arbeitern des jeweiligen Bauunternehmens verarbeitet zu werden - entsprechende tatsächliche Feststellungen hat das LSG nicht getroffen -, so erbringt ein Transportbetonunternehmen jedenfalls keine Bauleistungen und ist deshalb nicht als Arbeitgeber des Baugewerbes iS der §§ 186a Abs 1, 75 Abs 1 AFG anzusehen.

Leistungen am erdverbundenen Bau und damit Bauleistungen iS des § 75 Abs 1 Nr 3 AFG erbrächte die Klägerin jedoch, wenn ihre Mitarbeiter etwa über das Betätigen einer Betonpumpe und das Ausrichten von Entladevorrichtungen unmittelbar am Einbringen des Betons an der Baustelle beteiligt wären (vgl dazu: BSG SozR 4100 § 186a Nr 6). Auch dazu enthält das Urteil des LSG keine tatsächlichen Feststellungen. Das BSG ist gleichwohl nicht gehindert, abschließend zur Sache zu entscheiden. Betriebe des Baugewerbes iS des § 75 Abs 1 Nr 2 AFG sind nämlich nur solche Betriebe, die überwiegend Bauleistungen erbringen. Selbst wenn Mitarbeiter der Klägerin durch die angedeutete Beteiligung am Einbringen des Betons an der Baustelle Leistungen am erdverbundenen Bau erbrächten, träte dieser Beitrag quantitativ gegenüber dem Herstellen und Anliefern von Transportbeton zurück. Die zeitliche Inanspruchnahme der Mitarbeiter der Klägerin durch diesen Beitrag wäre gegenüber derjenigen durch Herstellen und Liefern des Betons geringer. Nach der zeitlichen Inanspruchnahme wird auch im Arbeitsrecht die Zuordnung von Mischbetrieben zu Tarifverträgen vorgenommen (BAG AP Nr 181 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau). Durch den Umstand, daß die Mitarbeiter der Klägerin vornehmlich mit dem Herstellen und Liefern von Transportbeton befaßt sind, unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von dem eines Spezialbetriebes, der ausschließlich Betonentladegeräte (Betonförderpumpen) mit Bedienungspersonal an Baubetriebe vermietet, ohne an Herstellung und Transport des Betons zur Baustelle beteiligt zu sein (BSG SozR 4100 § 186a Nr 6). Die Klägerin ist nicht Arbeitgeber des Baugewerbes, weil ihre Mitarbeiter jedenfalls nicht überwiegend Bauleistungen erbringen.

3. Eine abweichende rechtliche Beurteilung läßt sich nicht aus § 1 Abs 2 Nr 17 BaubetrV idF vom 28. Oktober 1980 (BGBl I 2033) herleiten. Allerdings bestimmt diese Vorschrift als durch Leistungen der Produktiven Winterbauförderung zu fördernde Betriebe solche, die nicht lagerfähige Baustoffe (wie Transportbeton) herstellen, wenn mit dem überwie-



genden Teil der hergestellten Baustoffe die Baustellen des herstellenden Betriebes, eines anderen Betriebes desselben Unternehmens oder innerhalb von Unternehmenszusammenschlüssen - unbeschadet der Rechtsform - die Baustellen des Betriebes mindestens eines beteiligten Gesellschafters versorgt werden. Auf diese Regelung läßt sich indes die Heranziehung der Klägerin zur Winterbauumlage nicht stützen. Die BaubetrV konkretisiert nämlich nicht die Begriffe "Arbeitgeber des Baugewerbes", "Betrieb des Baugewerbes" oder "Bauleistungen". Diese Begriffe sind in § 75 Abs 1 AFG nach ständiger Rechtsprechung des BSG abschließend festgelegt. Die Ermächtigung des § 76 Abs 2 AFG an das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung dient vielmehr dazu, aus der Gesamtheit der Baubetriebe iS des § 75 Abs 1 AFG diejenigen abzugrenzen, in denen die ganzjährige Beschäftigung gefördert werden kann (BSG SozR 4100 § 186a Nr 4; BSG SozR 4100 § 75 Nr 8; BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 8). Die Regelung des § 1 Abs 2 Nr 17 BaubetrV setzt danach das Vorliegen eines Baubetriebes iS des § 75 Abs 1 AFG voraus. Sollte sie - worauf die Begründung der vergleichbaren Regelung des § 1 Abs 2 Nr 12 BaubetrV schließen lassen könnte (vgl BARBI 1/1981, 62) - Betriebe mit der Organisations- und Vertriebsstruktur der Klägerin ohne Rücksicht auf die Festlegungen des § 75 Abs 1 AFG den Baubetrieben zuordnen, wäre sie durch die Ermächtigung des § 76 Abs 2 AFG nicht gedeckt. Sie ließe sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, nicht die Begriffe Baubetrieb oder Bauleistung zu regeln, sondern Betriebe der beschriebenen Organisations- und Vertriebsstruktur der Klägerin den Baubetrieben zuzuordnen. Die Merkmale eines Baubetriebes, dessen Inhaber als Arbeitgeber des Baugewerbes zur Winterbauumlage herangezogen wird, müssen in diesem Betrieb selbst vorliegen. Die Verflechtung mit Baubetrieben reicht nicht aus, einen Betrieb, der selbst nicht Bauleistungen erbringt, Baubetrieben zuzuordnen. Etwas anderes ist mit dem betriebsbezogenen Regelungskonzept der §§ 75 Abs 1, 76 Abs 2 AFG nicht zu vereinbaren (vgl zur betriebsbezogenen Beurteilung der Förderungsfähigkeit: BSG Urteil vom 18. September 1991 - 10 RAR 5/90 -).

Da das LSG die Klägerin gleichwohl als Arbeitgeber des Baugewerbes angesehen hat, beruht die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung (§ 170 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz <SGG>). Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und - da die tatsächlichen Feststellungen ausreichen - das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.

