

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
9. September 1999

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 27/99 R

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

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 9. September 1999 durch den Richter L ü d t k e als Vorsitzender , die Richter V o e l z k e und Dr. L e i t h e r e r sowie die ehrenamtlichen Richter M e i d und W i n n e f e l d für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 27. November 1998 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft die Umlagepflicht zur Produktiven Winterbauförderung für Januar bis November 1993 dem Grunde nach.

Die Klägerin betreibt die unterirdische, grabenlose Verlegung von Rohren und Kabeln, die der Verteilung von Elektrizität, Gas, Wasser oder Abwasser dienen. Sie geht in der Weise vor, daß durch einen Flüssigkeitsstrahl ein unterirdischer Kanal vorgetrieben wird, durch welchen im Rückwärtseinzug Rohre oder Kabel verlegt werden. Die Arbeiten werden von Verlegungseinheiten verrichtet, die aus zwei bis drei Arbeitnehmern bestehen. Das Bohrgerät bedient ein Systemführer und den Bohrvorgang kontrolliert bzw steuert ein Bohrmeister. Der Bohrvorgang findet in einer Tiefe zwischen 0,5 und 5 Metern statt. Durch vorherige geologische Bodenuntersuchungen oder Radarmessungen, die den Verlegungsvorgang oberirdisch begleiten, wird sichergestellt, daß bereits vorhandene Versorgungsleitungen oder Gesteinsschichten oder einzelne Felsbrocken unter- oder überfahren werden. Zum Schutz vor Stromschlägen bei Beschädigung in der Erde liegender stromführender Kabel tragen die Arbeiter Schutzanzüge, die sie nach Ansicht der Klägerin von Witterungseinflüssen unabhängig machen.

Mit Bescheid vom 14. Januar 1994 forderte das Landesarbeitsamt (LAA) Südbayern von der Klägerin für die Zeit von Januar bis November 1993 Winterbaumlage einschließlich Säumniszuschlag und Mahngebühren von insgesamt 9.020,50 DM. Das LAA ging dabei von einer geschätzten Umlage aus, weil die Klägerin die Sozialkassenbeitragsmeldung, nach der die Umlage errechnet wird, nicht mitgeteilt hatte. Den Widerspruch, mit dem die Klägerin geltend machte, ihr Betrieb sei nicht förderungsfähig, weil er nicht witterungsabhängig sei und auch nicht unter die Positivliste des § 1 Abs 2 der Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) falle, wies das LAA mit Widerspruchsbescheid vom 5. Mai 1995 zurück. Mit weiteren Bescheiden nahm das LAA die Klägerin für weitere Veranlagungszeiträume einschließlich Säumniszuschlägen in Anspruch.

Das Sozialgericht (SG) hat den Bescheid vom 14. Januar 1994 idF des Widerspruchsbescheids vom 5. Mai 1995 mit Urteil vom 27. Februar 1997 aufgehoben, weil im Betrieb der Klägerin wegen der Eigenart der von ihr verrichteten Arbeiten ein witterungsbedingter Arbeitsausfall praktisch ausgeschlossen sei und die Klägerin damit zu einer nennenswerten, abgrenzbaren Gruppe von gleichartigen Betrieben gehöre, die von der Umlagepflicht zur Produktiven Winterbauförderung ausgenommen sei.

Auf die Berufung der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) hat das Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 27. November 1998 das Urteil des SG aufgehoben und die Klage



abgewiesen. Dabei hat das LSG seine Entscheidung auf die im Bescheid vom 14. Januar 1994 getroffene Regelung für den Veranlagungszeitraum Januar bis November 1993 beschränkt. Die Verfahrensbeteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 27. November 1998 folgende Erklärung zu Protokoll gegeben:

Die Beteiligten erklären übereinstimmend, daß Gegenstand der Entscheidung nur der Bescheid vom 14. Januar 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Mai 1995 sein solle, und zwar auch nur insoweit, als über die Winterbauumlagepflicht dem Grunde nach entschieden worden sei.

Die Beteiligten sind sich weiterhin darüber einig, daß für den Fall, daß durch eine gerichtliche Entscheidung rechtskräftig die Winterbauumlagepflicht festgestellt werden sollte, dies auch für die folgende Zeit gelten solle.

Das LSG hat die Klägerin für einen förderungsfähigen Baubetrieb gehalten. Selbst wenn eine Förderung wegen Arbeitsausfalls nur in geringem Umfang in Betracht kommen sollte, seien ihre Arbeiter auf witterungsabhängigen Arbeitsplätzen beschäftigt, so daß sie Wintergeld beziehen könnten. Insoweit komme es auf einen Arbeitsausfall nicht an, weil das Wintergeld gerade für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden gezahlt werde. Danach stelle sich die Frage nicht, ob die Klägerin zu einer Gruppe von Betrieben gehöre, die wegen fehlender Förderungsfähigkeit von der Umlagepflicht auszunehmen sei. Auch könne die Klägerin nicht mit dem Argument durchdringen, wegen der Eigenart ihres Betriebes führe der Einsatz von Fördermitteln nicht zu einer Belebung der Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 186a Abs 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) iVm § 76 Abs 2 Satz 1 AFG und § 1 Abs 5 BaubetrV idF vom 13. Dezember 1996. Diese Regelung sei vom LSG zu beachten gewesen, weil nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) alle bis zur letzten Tatsacheninstanz eintretenden Rechtsänderungen zu berücksichtigen seien (BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 6). Aus der geänderten Rechtslage und der vorhergehenden Rechtsprechung des BSG ergebe sich, daß Fördermaßnahmen für den Winterbau und die dadurch zu bewirkende Belebung der ganzjährigen Baukonjunktur als untrennbares Zweck-Mittel-Verhältnis anzusehen seien. Die Klägerin könne tatbestandsgemäß nicht gefördert werden, weil ihre Bautätigkeit während der Wintermonate in keiner Weise behindert werde und deshalb auch nicht belebt werden könne. Die Vorinstanz habe den Begriff förderbar unzutreffend iS einer bloßen Nützlichkeit einzelner Förderungsmaßnahmen ausgelegt und sei dem kausalen Zusammenhang mit der zu bewirkenden Belebung der ganzjährigen Baukonjunktur nicht nachgegangen. Außerdem sei der Begriff des "witterungsabhängigen Arbeitsplatzes" verkannt. Im Betrieb der Klägerin gäbe es allenfalls witterungsbeeinflusste Arbeitsplätze, denn die von Arbeitern der Klägerin erbrachten Arbeitsleistungen würden durch den Witterungsverlauf nicht maßgeblich beeinträchtigt.



Der Betrieb gehöre damit zu einem Zweig der Bauindustrie, der wetterunabhängig arbeite und deshalb nicht wesentlich iS der Rechtsprechung des BSG gefördert werden könne. Vor diesem Hintergrund lasse das angefochtene Urteil auch Erwägungen darüber vermissen, inwieweit der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung beim Erlass der BaubetrV seiner Pflicht nachgekommen sei, eigenständig gegenüber den Tarifvertragsparteien über die Förderbarkeit zu befinden. Der Betrieb der Klägerin gehöre zu einer nennenswerten, abgrenzbaren Gruppe von Betrieben, die anspruchsvolle Technik einsetze und sich damit von Arbeiten am erdverbundenen Bau entfernt habe. Die grabenlose Verlegung von Versorgungsleitungen sei in ständiger Ausdehnung begriffen. Diese werde verzögert, wenn Lohnnebenkosten in Form von Umlagen erhoben würden, die wegen der Unvergleichbarkeit mit anderen Betrieben der Bauindustrie nicht erhoben werden müßten. Das LSG habe die bloße Nützlichkeit einer einzelnen Förderart für ausreichend erachtet, um die Umlagepflicht eintreten zu lassen. Da weitere Förderarten nicht in Betracht kämen, habe das LSG den Gedanken der einheitlichen Entscheidung für alle Förderarten aufgegeben. Die Klägerin wende sich schließlich gegen die möglicherweise mißverständlich formulierte Beschränkung der Entscheidung auf den Positivfall. Das schaffe möglicherweise falsche Präjudizien für künftige Förderarten. Das Urteil trage nicht dem Umstand Rechnung, daß die Gesetzeslage sich im Laufe des Verfahrens für andere Veranlagungszeiträume mehrfach geändert habe. Diese Rechtsänderungen könnten nur in der Weise berücksichtigt werden, "daß das Revisionsgericht Urteilstenor, Urteilsgründe und Urteilsbindung in Kongruenz bringt, dh daß generell über die Eignung der Revisionsklägerin befunden wird, zur Belegung der ganzjährigen Bautätigkeit nennenswert beizutragen und sie deshalb zur Winterbauförderung zuzulassen ...".

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 27. November 1998 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 27. Februar 1997 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie weist darauf hin, der Betrieb der Klägerin verrichte die nach § 1 Abs 1 Nr 23 BaubetrV förderungsfähigen Arbeiten des Rohrleitungsbaus. Ein rechtlicher Anlaß, den Betrieb von dieser Gruppe auszunehmen, bestehe nicht. Es handele sich nämlich um einen förderungsfähigen Betrieb, weil seine Arbeiter in den Wintermonaten witterungsbedingten Erschwernissen ausgesetzt seien und damit Anspruch auf Wintergeld hätten.

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet, denn das LSG hat ohne Rechtsverletzung die Umlagepflicht der Klägerin für die Zeit von Januar bis November 1993 bejaht.

1. Die Zuständigkeit des LAA für die Feststellung der Umlagebeträge ergibt sich aus § 186a Abs 3 AFG iVm § 5 Abs 1 Winterbau-Umlage-Verordnung vom 13. Juli 1972 (BGBl I 1201).

2. Nachdem die Beklagte ihre Berufung gegen das Urteil des SG im Einverständnis mit der Klägerin auf eine Entscheidung über die Umlagepflicht der Klägerin dem Grunde nach für die Zeit von Januar bis November 1993 beschränkt hat und das LSG dementsprechend allein hierüber entschieden hat, ist lediglich die Frage der Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 14. Januar 1994 idF des Widerspruchsbescheids vom 5. Mai 1995 dem Grunde nach Gegenstand des Revisionsverfahrens. Ob in den Erklärungen eine Rücknahme der Berufung der Beklagten im übrigen oder eine teilweise Rücknahme der Klage zu sehen sein kann, ist demgemäß hier nicht zu entscheiden. Im Hinblick darauf, daß die Frage der Förderungsfähigkeit im Rahmen der Produktiven Winterbauförderung für andere Veranlagungszeiträume abweichend zu beurteilen sein könnte, ist auch ein nicht als solches gekennzeichnetes Teilurteil des LSG in Betracht zu ziehen, so daß der Rechtsstreit insoweit noch im Berufungsrechtszug anhängig sein könnte. Sind den Erklärungen der Beteiligten vor dem LSG weder Erledigungsgründe iS der §§ 101 f Sozialgerichtsgesetz (SGG) noch übereinstimmende Erledigungserklärungen zu entnehmen, so ist im Zweifel der Rechtsstreit zur Klärung dieser Frage vor dem LSG fortzusetzen (BSGE 7, 279, 281; BSG SozR 1500 § 101 Nr 4).

3. Ermächtigungsgrundlage für die Umlagepflicht in der Zeit von Januar bis November 1993 sind § 186a Abs 1 AFG idF des Gesetzes vom 15. Dezember 1981 (BGBl I 1390) und die in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Regelungen über Leistungen der Produktiven Winterbauförderung. Die Vorstellung der Revision, Rechtsänderungen außerhalb des bezeichneten Veranlagungszeitraums seien bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung vor dem LSG zu berücksichtigen, trifft nicht zu. Mit dem Heranziehungsbescheid vom 14. Januar 1994 hat die BA ausschließlich über den abgeschlossenen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum Januar bis November 1993 entschieden. Maßgebend für die Rechtmäßigkeit eines belastenden Verwaltungsaktes ist grundsätzlich die zum Zeitpunkt seines Erlasses bestehende Sach- und Rechtslage (BSG SozR 3-4100 § 152 Nr 7). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn es sich um Verwaltungsakte mit Dauerwirkung handelt, dh Verwaltungsakte, die sich nicht in einer einmaligen Regelung (wie hier) erschöpfen, sondern ein Rechtsverhältnis zeitlich unbegrenzt regeln (BSGE 56, 165, 170 = SozR 1300 § 45 Nr 6; Urteil des Senats vom 4. März 1999 - B 11/10 AL 6/98 R - zur Veröffentlichung vorgesehen). Auf solche Fälle, in denen die BA die Umlagepflicht zur Produktiven Winterbauförderung zeitlich unbegrenzt festgestellt hatte, bezieht sich die



Rechtsprechung des BSG, auf die sich die Revision beruft (BSGE 61, 203, 205 f = SozR 4100 § 186a Nr 21; BSG SozR 3-4100 § 186 Nr 6). Da nach dem Willen der Beteiligten nur über die Umlagepflicht der Klägerin für die Monate Januar bis November 1993, nicht aber zeitlich unbegrenzt zu entscheiden ist, ist die von der Revision herangezogene Rechtsprechung hier nicht einschlägig.

Nach der damit maßgebenden Fassung des § 186a Abs 1 Satz 1 AFG werden die Mittel für die Produktive Winterbauförderung von den Arbeitgebern des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung durch Leistungen nach den §§ 77 bis 80 zu fördern ist (§ 76 Abs 2), durch eine Umlage aufgebracht.

3.1 Wer Arbeitgeber des Baugewerbes ist, bestimmte bis zum 31. Dezember 1995 § 75 Abs 1 Nr 1 AFG idF des zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 (BGBl I 791). Die Begriffsbestimmung des § 75 Abs 1 Nr 1 AFG aF erfaßt Personen, Personenvereinigungen oder Personengesellschaften, die als Inhaber von Betrieben des Baugewerbes auf dem Baumarkt 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 vor Inkrafttreten des AFG hat das BSG zu § 2 Nr 1 8. Durchführungsverordnung zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung entschieden, Bauleistungen seien nur Arbeiten am erdverbundenen Bau (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; Urteil des Senats vom 4. März 1999 - B 11/10 AL 6/98 R). Nach den von der Revision nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden Tatsachenfeststellungen des LSG (§ 163 SGG) stellt die Klägerin durch ein spezielles Druckverfahren unterirdisch grabenlos einen Hohlraum (Kanal) her, in welchem sie im Rückwärtseinzug Versorgungsrohre oder -kabel verlegt. Damit erbringt der Betrieb der Klägerin Leistungen am erdverbundenen Bau, und zwar des Rohrleitungsbaus. Unerheblich ist im Rahmen des § 75 Abs 1 AFG, in welchem technischen Verfahren die Klägerin diese Leistungen ausführt (BAG NZA 1997, 209 f mwN). Dementsprechend hat das BSG die Verlegung unterirdischer Kabel für Fernmeldeanlagen als Bauleistung angesehen (BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 3). Zu Feststellungen, daß der Betrieb überwiegend Bauleistungen erbringe (§ 75 Abs 1 Nr 2 AFG), bestand kein Anlaß, denn es handelt sich nicht um einen Mischbetrieb, so daß sich die Frage nicht stellt, ob die überwiegende Ausführung von Bauleistungen den Betrieb als Baubetrieb kennzeichnet (vgl dazu BAG NZA 1997, 209 f).

3.2 Förderungsfähig iS des § 186a Abs 1 Satz 1 AFG ist der Betrieb der Klägerin, denn der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung hat aufgrund der Ermächtigung des § 76



Abs 2 in § 1 Abs 2 Nr 23 BaubetrV vom 28. Oktober 1980 (BGBl I 2033) Arbeiten des Rohrleitungsbaus ausdrücklich in die Liste der förderungsfähigen Arbeiten aufgenommen. Er hat damit die Frage, ob die Bautätigkeit in der Schlechtwetterzeit voraussichtlich in wirtschafts- oder sozialpolitischer Weise belebt werden wird (§ 76 Abs 2 Satz 2 BaubetrV), bejaht. Dies steht im Einklang mit den betrieblichen Geltungsbereichen des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV) und des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren <VTV> (§ 76 Abs 2 Satz 4 AFG). Dieser Regelung kann die Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, wegen der Eigenart ihres Betriebes führe eine Förderung nicht zu der beabsichtigten Belebung der Bautätigkeit während der Schlechtwetterzeit. Die Entscheidung über die Förderungsfähigkeit nach § 76 Abs 2 AFG iVm § 1 Abs 2 BaubetrV erstreckt sich nicht auf die Förderungsfähigkeit einzelner Betriebe, sondern die Förderungsfähigkeit von Betriebszweigen (BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 4 mwN).

3.3 Allerdings kann die Umlagepflicht nach § 186a Abs 1 Satz 1 AFG nach ständiger Rechtsprechung entfallen, wenn der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung von der ihm durch § 76 Abs 2 AFG eingeräumten Ermächtigung nicht zweckentsprechend Gebrauch gemacht hat und Gruppen von Betrieben von der Förderungsfähigkeit und damit der Umlagepflicht nicht ausgenommen hat, welche die Voraussetzungen für die Winterbauförderung nicht erfüllen (BSG SozR 3-4100 § 186a Nrn 4 und 6). Der hier noch nicht anzuwendende § 1 Abs 5 BaubetrV idF vom 13. Dezember 1996 (BGBl I 1954) besagt nichts anderes. Unabhängig davon, nach welchen Merkmalen im einzelnen nach § 76 Abs 2 AFG zu berücksichtigende Betriebsgruppen zu bestimmen sind, setzt die Zuordnung eines Betriebes zu einer nicht förderungsfähigen Betriebsgruppe stets voraus, daß der Betrieb konkret nicht förderungsfähig ist. Nur wenn dieser Umstand bei einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe von Betrieben feststellbar ist, hat der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung Anlaß, dieses bei der Bestimmung der Förderungsfähigkeit zu berücksichtigen. Die Frage der Zugehörigkeit zu einer von der Winterbauförderung und damit der Umlagepflicht auszunehmenden Gruppe stellt sich hier nicht, weil im Betrieb der Klägerin die ganzjährige Beschäftigung durch Leistungen nach den §§ 77 bis 80 AFG zu fördern ist (§ 186a Abs 1 AFG). Für den hier zu beurteilenden Zeitraum bis November 1993 kommt es darauf an, ob für den Betrieb der Klägerin eine Förderung durch Investitionskostenzuschuß, Mehrkostenzuschuß oder Wintergeld für die Arbeiter in Betracht kommt (BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 6). Entgegen der Ansicht der Revision ist nicht entscheidend, ob die Klägerin durch sämtliche Leistungen der Produktiven Winterbauförderung oder überwiegend mit solchen Leistungen zu fördern wäre. Allein die Möglichkeit von Ansprüchen ihrer Arbeiter auf Zahlung des Wintergeldes begründet die Förderungsfähigkeit des Betriebes iS des § 186a Abs 1 AFG (BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 6). Diese Rechtslage wird durch die Änderung des § 186a Abs 1 Satz 1 durch das 2. Gesetz zur Änderung des AFG im Bereich des Baugewerbes vom 15. Dezember 1995 (BGBl I 1809) bestätigt, wonach durch die Umlage allein die Mittel für das Wintergeld aufgebracht werden.



Wintergeld wird Arbeitern gewährt, die in Betrieben des Baugewerbes, in denen die Voraussetzungen des § 83 AFG erfüllt sind, auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz beschäftigt sind. Da die Arbeiter nach den nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des LSG ihrer Beschäftigung ganz überwiegend im Freien nachgehen, sind sie auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz eingesetzt. Zutreffend hat das LSG erkannt, daß es für den Anspruch auf Wintergeld gerade nicht auf einen witterungsbedingten Arbeitsausfall ankommt. Durch diese Leistung sollen Mehraufwendungen der Bauarbeiter pauschal abgegolten und damit ihr Interesse an einer kontinuierlichen Arbeit in den Wintermonaten geweckt werden. Unerheblich ist für die Umlagepflicht demgegenüber, ob bei den Arbeitern des Betriebs tatsächlich durch die Arbeit während der Wintermonate Mehraufwendungen entstehen oder der Betrieb mit eigenen Mitteln (Thermo-Schutzkleidung) seine Arbeiter witterungsunabhängig macht (BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 4).

Die Klägerin erfüllt auch die allgemeinen betrieblichen Voraussetzungen (§§ 80 Abs 1 Satz 1, 83 AFG), denn als Betrieb des Rohrleitungsbaus gehört sie zum betrieblichen Geltungsbereich des BRTV und VTV.

Da die Entscheidung des LSG nicht auf einer Rechtsverletzung beruht, kann die Revision der Klägerin keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)