
Datum: 09.02.2000
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 12. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 12 AL 165/98
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2000:0209.L12AL165.98.00

Vorinstanz: Sozialgericht Duisburg, S 16 AL 49/95
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 10. September 1998 wird zurückgewiesen. Die Bescheide vom 07. Oktober 1998 und vom 09. November 1999 werden aufgehoben. Die Beklagte hat auch die notwendigen außergerichtlichen Kosten im Berufungsverfahren zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Betrieb der Klägerin in die produktive Winterbauförderung einzubeziehen ist und ob die Klägerin ab Januar 1987 Umlagebeiträge zu entrichten hat. 2
- Die Klägerin, die seit dem 01.01.1987 unter der Bezeichnung "A ... R ... GmbH" in das Handelsregister eingetragen ist, betreibt als Gewerbe die Vermietung von Autokranen und Ausführung von Kranarbeiten mit Bedienungspersonal. Sie ist tarifvertraglich nicht gebunden und entrichtet Beiträge an die Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltung. 3
- Mit Bescheid vom 08.02.1990 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß ihr Betrieb in die produktive Winterbauförderung einzubeziehen sei. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin am 08.03.1990 Widerspruch ein. Das Widerspruchsverfahren wurde zunächst einvernehmlich nicht weiter betrieben, da noch ein Rechtsstreit gleichen Inhalts zwischen der Vorgängerfirma "K ... R ..." gegen die Bundesanstalt für Arbeit anhängig war. 4

Auch die Firma K ... R ... vermietete Autokrane mit Bedienungspersonal, und zwar vorwiegend an Betriebe des Baugewerbes. In dem früheren Verfahren ging es um die Umlagepflicht für die Zeit ab dem 01.06.1980. Das Bundessozialgericht (BSG) hatte mit Urteil vom 18.09.1991 - 10 RAr 5/90 - ein positives Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen (L 9 AR 96/86) aufgehoben und den Rechtsstreit an das LSG zurückverwiesen. Es hatte dem LSG aufgegeben, zu prüfen, ob die Betriebe der Autokranvermieter mit Bedienungspersonal eine entsprechend große Gruppe darstellten, die durch Leistungen der Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden könnten und die deshalb aus der produktiven Winterbauförderung auszunehmen seien. Mit Urteil vom 08.06.1993 (L 9 AR 184/91) hat daraufhin das LSG die Klage abgewiesen. Es hat damals die Auffassung vertreten, daß die Firma K ... R ... zwar selbst nicht förderungsfähig sei und man auch von der Existenz mehrerer Firmen nach der Art der Klägerin ausgehen müsse, diese Gruppe bezogen auf die Gesamtzahl der Unternehmen des Gewerbebezuges der Baumaschinenvermietung mit Bedienungspersonal zahlenmäßig nicht so groß sei und sein könne, daß sie ins Gewicht falle. Die vom BSG geschaffene anspruchsbegründende Voraussetzung der gewichtigen Gruppe sei nicht erfüllt.

5

Nach der Rechtskraft des Urteils vom 08.06.1993 begründete die Klägerin ihren Widerspruch gegen den Bescheid vom 08.02.1990 im Dezember 1993 dahingehend, daß andere Firmen, die ebenfalls Autokrane verliehen, nicht in die produktive Winterbauförderung einbezogen würden. Im übrigen könne durch Vernehmung der Inhaber der bekannten 569 Autokranunternehmen ermittelt werden, ob es sich um Autokranunternehmen oder Autokranvermietungen mit oder ohne Bedienungspersonal handle. Somit könne festgestellt werden, ob diese Firmen ausschließlich oder überwiegend im Baubereich tätig seien, denn allenfalls dann käme eine Umlageverpflichtung in Betracht. Mit Widerspruchsbescheid vom 09.02.1995 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück und bezog sich zur Begründung auf das Urteil des LSG vom 08.06.1993. Aus diesem Urteil ergebe sich, daß eine abgrenzbare Gruppe von Baumaschinenvermietern mit Bedienungspersonal nicht anzunehmen sei.

6

Am 22.02.1995 hat die Klägerin beim Sozialgericht Duisburg Klage erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten: Die Autokranvermietung mit Bedienpersonal sei zu Unrecht in den Katalog der Baubetriebeverordnung aufgenommen worden, denn die Baukräne könnten nur in Abhängigkeit von einer Bautätigkeit anderer Betriebe eingesetzt werden. Im übrigen gäbe es auch eine abgrenzbare Gruppe von Betrieben, die mangels Förderungsfähigkeit aus der Umlageverpflichtung herauszunehmen sei. Diese abgrenzbare Gruppe könne entgegen der Auffassung des LSG im Urteil vom 08.06.1993 sehr wohl ermittelt werden.

7

Während des Verwaltungs- und Klageverfahrens sind folgende Bescheide zur Umlagehöhe von der Beklagten erlassen worden:

8

Nr.	Datum	Zeitraum	Umlagehöhe	
1	26.09.1991	1/87 - 11/87	1.459,87 DM	10
2	18.09.1992	12/87 - 11/88	1.583,27 DM	11
3	10.11.1993	12/88 - 11/89	2.743,65 DM	12
4	27.12.1994	12/89 - 11/90	4.059,60 DM	13
5	23.02.1995	1/87 - 12/91	11.168,86 DM	14

6. 05.11.1996 1/92 - 12/92 2.751,62 DM	15
7. 04.11.1997 1/93 - 12/93 3.032,33 DM	16
8. 17.12.1997 12/87 - 12/93 14.474,22 DM	17
Vor dem Sozialgericht hat die Klägerin beantragt,	18
die Bescheide vom 08.02.1990, 26.09.1991, 18.09.1992, 10.01.1993, 27.12.1994 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 09.02.1995 sowie die Bescheide vom 22.12.1995, 23.02.1996, 05.11.1996, 04.11.1997 und 17.12.1997 aufzuheben.	19
Die Beklagte hat beantragt,	20
die Klage abzuweisen.	21
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten: Sie sei nicht berechtigt, selbst zu prüfen, ob bestimmte abgrenzbare Gruppen entgegen den Willen des Ordnungsgebers nicht förderungsfähig seien. Die Nichterweislichkeit, daß die Klägerin einer nennenswerten abgrenzbaren Gruppe zugehöre, gehe zu Lasten der Klägerin. Im übrigen könne aufgrund der Existenz der Bundesfachgruppe Schwertransporte für Kranarbeiten (BSK) nicht davon ausgegangen werden, daß bezüglich der Kranvermieter eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe existiere. Es sei offen, wieviel Betriebe ausschließlich auf dem Sektor der Kranvermietung zur Erbringung von Bauleistungen tätig wären. Es handele sich bei der BSK auch nicht um einen Zusammenschluß von gleichgelagerten Betrieben und im übrigen sei die Klägerin auch nicht Mitglied in dieser Bundesfachgruppe.	22
Das Sozialgericht hat über die Frage, in welchem Umfang Autokranvermieter Bautätigkeiten verrichten, Beweis erhoben durch Befragung von 103 Betrieben aus dem Kranvermietungsgebiet. Darüber hinaus hat es eine Auskunft des Geschäftsführers der Bundesfachgruppe Schwertransport und Kranarbeiten vom 27.04.1998 eingeholt.	23
Mit Urteil vom 10.09.1998 hat das Sozialgericht der Klage stattgegeben und die angefochtenen Bescheide aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Klägerin erbringe Bauleistungen im Sinne von § 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG und gehöre zu den grundsätzlich zu fördernden Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 38 Bau-Betriebeverordnung (Baubetriebe-VO). Der Betrieb der Klägerin sei jedoch trotz seiner Einbeziehung in die Winterbau-Verordnung von der Umlagepflicht auszunehmen, weil innerhalb des in der Baubetriebe-VO aufgeführten Gewerbezweiges eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe von Betrieben erkennbar sei, die durch Leistungen der Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden könne. Der Betrieb der Klägerin gehöre einer solchen Gruppe an. Das Sozialgericht hat sich auf die von ihm eingeholten Auskünfte gestützt. Der Senat nimmt wegen des genauen Wortlautes der Beweiswürdigung auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug. Unerheblich sei, daß die Klägerin nicht Mitglied in der BSK sei. Eine Umlagepflicht könne nicht davon abhängig sein, ob ein Betrieb einer bestimmten Organisation angehöre oder nicht.	24
Gegen dieses der Beklagten am 28.09.1998 zugestellte Urteil richtet sich die am 12.10.1998 eingegangene Berufung. Die Beklagte rügt, daß das Sozialgericht vom Urteil des LSG vom 08.06.1993 abgewichen sei. Zu Unrecht habe das Sozialgericht den Betrieb der Klägerin zu einer abgrenzbaren Gruppe von nicht förderungsfähigen Betrieben gerechnet. Das LSG habe seinerzeit bei seiner Entscheidung eine solche Gruppe nicht feststellen können. Auch die	25

neuere Rechtsprechung des BSG, wie sie z. B. mit Urteil vom 03.01.1996 - 10 RAr 10/94 - zum Ausdruck gekommen sei, führe zu keinem anderen Ergebnis. Nach dem BSG könne als Indiz für das Vorliegen einer abgrenzbaren Gruppe gelten, daß sich ein Bundesverband gleichartiger Unternehmen gebildet habe. Eine solche Gruppe werde durch den BSK vertreten, der bundesweit die berufsständischen Interessen dieses Gewerbezweiges (Autokranvermietung, Kranarbeiten) gegenüber allen Institutionen im Bund und in den Ländern sowie anderen Gremien vertritt und die Arbeitgeber des Verkehrsgewerbes in Tarifverträgen berät, da Unternehmen, die Schwertransport und Autokrane betreiben, dort angesiedelt seien und eigene Spezialtarife anwendeten. Nach dem Urteil des BSG vom 30.01.1996 seien aber nur Gruppenmitglieder unter bestimmten Voraussetzungen von der Umlagepflicht ausgenommen. Auf den Fall der Klägerin sei das BSG-Urteil nicht anwendbar, da es sich bei ihr nicht um ein Mitglied der abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe handele. Auch sei zweifelhaft, ob das Sozialgericht sein Ergebnis, die Klägerin gehöre zu einer abgrenzbaren Gruppe, auf eine ausreichende Grundlage von Befragungen gestützt habe.

Während des Berufungsverfahrens sind folgende weitere Leistungsbescheide zur Umlagehöhe ergangen: 26

Nr.	Datum	Zeitraum	Umlagehöhe	27
-----	-------	----------	------------	----

9.	07.10.1998	1/94 - 12/94	3.430,-- DM	28
----	------------	--------------	-------------	----

10.	09.11.1999	1/95 - 12/95	2.571,04 DM	29
-----	------------	--------------	-------------	----

Die Beklagte beantragt, 30

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 10.09.1998 abzuändern und die Klage abzuweisen, ferner die Klage gegen die Bescheide vom 07.10.1998 und 09.11.1999 abzuweisen. 31

Die Klägerin beantragt, 32

die Berufung zurückzuweisen und die Bescheide vom 07.10.1998 und 09.11.1999 aufzuheben. 33

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Zutreffend habe das Sozialgericht im Sinne der BSG-Rechtsprechung festgestellt, daß sich eine bestimmte, einheitliche, nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende dauerhafte Gruppe etabliert habe, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig tätig seien. Zu dieser Gruppe gehöre der Betrieb der Klägerin. Zu Unrecht folgere die Beklagte, daß die Klägerin Mitglied des BSK sein müsse. Das BSG definiere den Begriff der abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe abstrakt. Demzufolge werde nur beispielhaft danach gefragt, ob sich ein Bundesverband gleichartiger Unternehmen gebildet habe, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig seien. Die Beweisaufnahme des Sozialgerichtes habe ergeben, daß die BSK bundesweit Mitglieder vertrete, die sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig seien. Damit sei der abstrakte Begriff erfüllt. Daß die Klägerin auch ohne konkrete Mitgliedschaft durch die Tätigkeit der BSK begünstigt sei, liege auf der Hand. Die BSK vertrete bundesweit die berufsständischen Interessen des Gewerbezweiges der Autokranvermieter gegenüber allen Institutionen in Bund und in den Ländern sowie anderer Gremien und berate Arbeitgeber des 34

Verkehrsgewerbes in Tariff Fragen. Wenn aber die BSK diesen Gewerbebezweig gegenüber allen Institutionen in Bund und in den Ländern vertrete, resultierten daraus zwangsläufig nur einheitliche Regelungen, die also gleichermaßen für Mitgliedsbetriebe und solche Betriebe gelten, die nicht Mitglied seien. Es wäre ein Zufallsergebnis, wenn zwei Firmen, die sich gleichartig gewerblich betätigten, unterschiedlich behandelt würden im Rahmen der Winterbauförderung, und zwar nur deshalb, weil die eine Firma Mitglied in der BSK sei, die andere aber nicht.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der die Klägerin betreffenden Verwaltungsakte der Beklagten sowie auf folgende weitere Beilagen Bezug genommen: SG Duisburg S 18 AR 1/87 und SG Duisburg S 18 (12) AR 24/83. Diese Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 35

Entscheidungsgründe: 36

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Das Sozialgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin nicht der Umlagepflicht zur produktiven Winterbauförderung unterliegt. 37

Nach § 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 AFG zu fördern ist (§ 76 Abs. 2 AFG), durch eine Umlage aufgebracht. Arbeitgeber des Baugewerbes sind gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 AFG natürliche und juristische Personen, Personenvereinigungen oder Personengesellschaften, die als Inhaber von Betrieben des Baugewerbes auf dem Baumarkt gewerblich Bauleistungen anbieten. Betriebe des Baugewerbes sind solche Betriebe oder Betriebsabteilungen, die überwiegend Bauleistungen erbringen (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG). Zu den Bauleistungen wiederum gehören alle Bauarbeiten, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (§ 75 Abs. 1 Nr. 3 AFG). 38

Die Klägerin erfüllt zunächst die Voraussetzung, daß ihr Betrieb Bauleistungen im Sinne von § 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Nr. 38 BaubetrVO erbringt. Auch ist ihr Betrieb nicht nach § 2 BaubetrVO von der Förderung ausgeschlossen, jedoch wird er von § 1 Abs. 5 BaubetrVO erfaßt, wonach Betriebe von der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe ausgeschlossen sind, wenn sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehören, bei denen eine Einbeziehung in die Förderung nicht zu einer Belebung der ganzjährigen Bautätigkeit führt. Diese Voraussetzungen liegen vor. 39

Der Betrieb der Klägerin erbringt Bauleistungen im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 38 Baubetriebe-VO. Der Senat teilt insofern die Auffassung des Sozialgerichtes. Inhaltlich gilt für den Betrieb nichts anderes als für den Betrieb der Vorgängerfirma K ... R ... Bereits das BSG hat mit Urteil vom 18.09.1991 - 10 RAr 5/90 - entschieden, daß Bauleistungen im Sinne der obengenannten Vorschrift erbracht werden. Die diesbezüglichen Feststellungen gelten nach den Ermittlungen des Sozialgerichts uneingeschränkt auch für den Betrieb der Klägerin. Da dies zwischen den Beteiligten auch nicht umstritten ist, hat der Senat von weiteren Ermittlungen abgesehen und folgt den tatsächlichen Feststellungen des Sozialgerichtes. 40

Ein Betrieb ist jedoch trotz seiner Einbeziehung in die Winterbauverordnung von der Umlagepflicht auszunehmen, wenn innerhalb eines der in der Baubetriebs-VO aufgeführten Gewerbebezweiges eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe von Betrieben erkennbar ist, die durch Leistungen der Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden können und der fragliche Betrieb zu einer solchen Gruppe gehört (BSG ständige Rechtsprechung seit dem 41

Urteil vom 30.01.1996 - 10 RAr 10/94 -; zuletzt bestätigt durch Urteil vom 09.09.1999 - B 11 AL 27/99 R -). Der Betrieb der Klägerin kann nicht wesentlich durch Leistungen der Winterbauförderung gefördert werden. Dies steht zur Überzeugung des Senates aufgrund der vom Sozialgericht durchgeführten tatsächlichen Ermittlungen fest. Insoweit weicht das Ergebnis von den Feststellungen des LSG im Urteil vom 08.06.1993 - L 9 AR 184/91 - ab. Während in dem dortigen Rechtsstreit, der im wesentlichen die Zeit vor dem hier streitigen Zeitraum betraf, eine gesicherte Feststellung zur abgrenzbaren Gruppe noch nicht möglich war und somit der damalige Kläger K ... R ... letztlich aus Beweisgründen unterlegen war, waren nunmehr konkretere Feststellungen aufgrund der umfangreichen Ermittlungen des Sozialgerichtes möglich. Das gefundene Ergebnis ist somit kein Widerspruch zu dem Urteil vom 08.06.1993, sondern eine Anpassung an neuere Erkenntnisse aufgrund weiterer tatsächlicher Ermittlungen.

Der Betrieb der Klägerin kann nicht wesentlich durch Leistungen der Winterbauförderung gefördert werden. Die Arbeitsplätze der Autokranfahrer sind nach den Angaben des Geschäftsführers der BSK vom 27.04.1998 witterungsgeschützt. Die Krankabinen sind abgeschlossen, mit Scheibenwischern und Standheizung versehen. Dementsprechend kommt eine Förderung der Arbeitnehmer in Form von Wintergeld gemäß § 80 AFG nicht in Betracht. Gleiches gilt für die Gewährung eines Mehrkostenzuschusses an die Klägerin als Arbeitgeber. Da die Arbeitsplätze witterungsgeschützt sind, entstehen keine witterungsbedingten Mehrkosten. Es reicht jedoch nicht aus, daß der Betrieb der Klägerin für sich genommen individuelle nicht förderungsfähig ist (vgl. BSG a.a.O.). Es kommt vielmehr darauf an, ob der Betrieb der Klägerin zu einer Gruppe von Betrieben gehört, die ebenfalls nicht förderungsfähig sind. Nach der Rechtsprechung des BSG zur produktiven Winterbauförderung (BSG a.a.O.) ist eine abgrenzbare und nennenswerte Gruppe dann anzunehmen, wenn sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte, einheitliche, nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende dauerhafte Gruppe gebildet hat, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig sind. Als Indiz für das Vorliegen einer derartigen Gruppe kann gelten, daß sich ein Bundesverband gleichartiger Unternehmen gebildet hat. Zur Überzeugung des Senates ist der Betrieb der Klägerin einer solchen abgrenzbaren nennenswerten Gruppe zuzuordnen.

42

Dies ergibt sich aus der zitierten Auskunft des Geschäftsführers der BSK. Im Rahmen der BSK gibt es zwei Ausschüsse, die sich jeweils mit Fragen des Schwertransportes und des Autokrane befassen. Von den 192 Unternehmen, die derzeit Mitglied in der BSK sind, sind 70 % Kranvermietungsunternehmen, deren Tätigkeitsfelder u. a. die Kranarbeit/Kranvermietung für Dritte umfassen. Die BSK vertritt bundesweit die berufsständischen Interessen dieses Gewerbebezuges (Autokranvermietung, Kranarbeiten) gegenüber allen Institutionen in Bund und in den Ländern sowie anderer Gremien und berät Arbeitgeber des Verkehrsgewerbes in Tariffragen, da Unternehmen, die Schwertransporte und Autokrane betreiben, dort angesiedelt sind und eigene Spezialtarife anwenden. Darüber hinaus berät sie ihre Mitglieder in allen einschlägigen Fragen der täglichen Praxis und erarbeitet mit den gewählten Vertretern Konzepte zur Verbesserung dieser Praxis. Sie führt Kranfahrerschulungen in Zusammenarbeit mit der Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltung durch. Die von der BSK erarbeiteten Arbeitsergebnisse wirken sich auch auf die Autokranvermieter aus, die nicht Mitglied in der BSK sind. Nach Auffassung des Senates hat sich hiermit eine bestimmte, einheitliche, nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende, dauerhafte Gruppe etabliert. Entscheidend war hier, daß sich eine Gruppe gebildet hat, die für die speziellen Interessen der Autokranvermieter eintritt. Der Senat ist auch der Auffassung, daß die Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu

43

vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig sind. Zum einen war zu bedenken, daß die BSK zwei verschiedene Gruppen vertritt, nämlich die Betriebe, die ihre Leistungen im Rahmen von Schwertransportern erbringen und die Kranbetriebe. Dementsprechend haben sich auch zwei Ausschüsse etabliert. Soweit die Kranvermieter betroffen sind, ist davon auszugehen, daß es sich hier um Betriebe handelt, die im wesentlichen wie die Klägerin Bauleistungen erbringen und witterungsunabhängig sind. Dies ergibt sich aus der Befragung, die das Sozialgericht durchgeführt hat. Von den 103 angeschriebenen Betrieben haben 78 Betriebe geantwortet. Hiervon hatten 16 Betriebe keine Autokrane, drei verwendeten die Autokrane nur zu eigenen Zwecken. Von den verbleibenden 59 Betrieben gaben lediglich vier Betriebe an, daß sie die Autokrane überwiegend für andere oder nur für andere Tätigkeiten als Bauarbeiten verwendeten. Es ist somit davon auszugehen, daß 55 Autokranverleiher im wesentlichen oder auch nur mit den Autokranen Bauleistungen erbringen. Der Senat hat mit dem Sozialgericht keine Bedenken, dieses Ergebnis insoweit zu verallgemeinern, als er nun davon ausgeht, daß die 135 in der BSK organisierten Kranvermietungen, soweit es sich um Autokranbetriebe handelt, auch im wesentlichen Bauarbeiten erbringen. Der Senat geht davon aus, daß die Dienstleistungen, die die Klägerin mit ihren Autokranen erbringt, nicht von den Dienstleistungen abweicht, die die übrigen Autokranvermieter erbringen. Bezüglich der Klägerin hat die Beklagte bereits im Verfahren bezüglich der Vorgängerfirma immer wieder vorgetragen, daß sich bei den Dienstleistungen, die der damalige Kläger erbrachte, überwiegend um Bauarbeiten handelte. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum nun andere Autokranvermieter nicht entsprechend Bauarbeiten erbringen sollten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Antworten der vom Sozialgericht angeschriebenen Kranunternehmen. Daß die Arbeitsplätze der übrigen in der BSK organisierten Autokranvermieter ebenfalls witterungsgeschützt sind, bezweifelt der Senat, ebenso wie das Sozialgericht nicht. Der Senat hat sich der Beweismwürdigung in vollem Umfang angeschlossen und daher hier teilweise wörtlich wiedergegeben. Im Gegensatz zur Beklagten hält der Senat die Ermittlungen des Sozialgerichts auch für ausreichend. Das Sozialgericht hat den zuständigen Bundesverband zutreffend ermittelt, von dort eine Auskunft eingeholt und eine repräsentative Anzahl von gleichartigen Betrieben befragt. Der Vorwurf der Beklagten in der Berufungsschrift vom 08.03.1999, eine ausreichende Prüfung der Gruppenmitgliedschaft und der Förderungsfähigkeit sei nicht erfolgt, wird vom Senat nicht geteilt. Der Senat bescheinigt dem Sozialgericht vielmehr eine gründliche Sachaufklärung, die keiner Ergänzung bedarf, zumal auch die Beklagte nicht angibt, in welcher Richtung sie weitere Sachaufklärung für geboten gehalten hätte.

Der Senat hält es mit dem Sozialgericht entgegen der Auffassung der Beklagten für unerheblich, daß die Klägerin nicht Mitglied in der BSK ist. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann den Entscheidungen des Bundessozialgericht (BSG) nicht entnommen werden, daß auch der Kläger selbst Mitglied dieser Gruppe bzw. des gebildeten Bundesverbandes gleichartiger Unternehmen sein muß. Zunächst geht der Hinweis der Beklagten auf das Wort "Mitgliedsbetriebe" in der Entscheidung des BSG fehl. Nach dem Wortlaut der Entscheidung des BSG bezieht sich das Wort "Mitgliedsbetriebe" nur auf die dauerhafte Gruppe bestimmter Betriebe, die sich gebildet haben muß. Damit bedeutet die Formulierung "Mitgliedsbetrieb" nicht, daß auch der Kläger selbst Mitglied der etablierten Gruppe sein muß. Es kommt nur darauf an, ob der Kläger selbst zu dieser abgrenzbaren Gruppe des Baugewerbes gehört, die wegen mangelnder Förderungsfähigkeit nicht in die Umlagepflicht einzubeziehen ist (vgl. BSG vom 24.06.1999 - B 11/10 AL 7/98 R -). Diese Zugehörigkeit bedeutet aber nur fachliche Zugehörigkeit. Maßgebend ist die Zugehörigkeit zu einer Betriebsgruppe, nicht aber die Verbandszugehörigkeit.

44

45

In seiner Entscheidung in SozR 3-4100 § 186 a weist das BSG zudem darauf hin, daß noch weitere Betriebe der dort beschriebenen Art im Bundesgebiet vorhanden seien, die nicht der Güterschutzgemeinschaft angehörten. Auch dieser Formulierung entnimmt der Senat, daß bestimmte Betriebe auch dann von der Förderung auszunehmen sind, wenn sie nicht einer Güterschutzgemeinschaft angehören. In seiner Entscheidung vom 09.09.1999 - B 11 AL 27/99 R - stellt das BSG zudem ausdrücklich nur auf die Frage der Zugehörigkeit zu einer von der Winterbauförderung und damit von der Umlagepflicht auszunehmenden Gruppe ab. Eine persönliche Mitgliedschaft des Klägers innerhalb des gebildeten Bundesverbandes gleichartiger Unternehmen wird vom BSG nicht gefordert. Die Auffassung der Beklagten verstößt zudem gegen Art. 3 GG, den Grundsatz der negativen Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) und den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sie hat nämlich zur Folge, daß eine Befreiung von der Umlagepflicht nur dann in Betracht kommt, wenn der Kläger selbst Mitglied dieser Gruppe ist. Damit wird das Bestehen der Umlagepflicht aber nicht an sachliche Gesichtspunkte, wie sie sich aus § 76 AFG ergeben, geknüpft, sondern an die persönliche Mitgliedschaft des Klägers in dem bestehenden Bundesverband gleichartiger Unternehmen. Um der Umlagepflicht zu entgehen, müßte der Kläger selbst Mitglied des Bundesverbandes gleichartiger Unternehmen werden. Das liefe im Ergebnis auf eine Zwangsmitgliedschaft hinaus, um die Umlagepflicht zu vermeiden. Die Befreiung von der Umlagepflicht kann daher nicht von der persönlichen Mitgliedschaft des Klägers in einem Bundesverband gleichartiger Unternehmen abhängig gemacht werden. Entsprechend ist auch in § 1 Abs. 5 der Baubetriebe-Verordnung nur bestimmt, daß Betriebe und Betriebsabteilungen im Sinne des Abs. 1 von der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe ausgeschlossen sind, wenn sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehören, bei denen eine Einbeziehung nach Absätzen 2 bis 4 nicht zu einer Belegung der ganzjährigen Bautätigkeit führen. Auch wird nach Wortlaut und Sinn der Vorschrift lediglich auf Zugehörigkeit des Betriebes zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe abgestellt, ohne daß eine persönliche Mitgliedschaft des Betriebsinhabers in einem Bundesverband, dessen Bestehen Indiz für das Vorliegen einer solchen Gruppe ist, erwähnt wird. Der Betrieb des Klägers ist daher im streitigen Zeitraum von der Umlagepflicht nach § 186 a AFG auszunehmen.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß die Klägerin nach § 1 Abs. 5 Baubetriebe-VO von der Förderung ausgeschlossen ist. Dies bedeutet, daß der angefochtene Heranziehungsbescheid und die nach folgenden Leistungsbescheide unter Einbeziehung der nach § 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gewordenen Bescheide vom 07.10.1998 und 09.11.1999 aufzuheben und das Urteil des Sozialgerichtes zu bestätigen waren. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 1983, 193 SGG. 47

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, da die hierfür in § 160 Abs. 2 Ziffern 1 oder 2 SGG aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. 48