
Datum: 09.02.2000
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 12. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 12 AL 52/98
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2000:0209.L12AL52.98.00

Vorinstanz: Sozialgericht Münster, S 3 Ar 113/96
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Münster vom 24.02.1998 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 27.07.1995 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10.07.1996 und die Bescheide vom 27.10.1995 und 26.01.1996 werden aufgehoben. Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Der Kläger wendet sich gegen die Einbeziehung seines Betriebes in die produktive Winterbauförderung und gegen die Entrichtung der Winterbauumlage für die Zeit vom 01.12.1990 bis zum 31.05.1995. 2
- Der Kläger hat bei der Stadt G ... ein Gewerbe angemeldet, welches im Gewerberegister mit den Tätigkeiten Verlegung von Teppichböden, Fugergewerbe seit dem 01.01.1989 eingetragen ist. Tatsächlich betrieb der Kläger im streitbefangenen Zeitraum die Montage von Markisen und Beschattungsanlagen für Wintergärten, die Montage des kompletten Rolladenprogramms, insbesondere Rolläden zum nachträglichen Einbau, sowie Dachflächenfenster. Ferner wurden in einem maximalen Umfang von 10 bis 20 % des Arbeitsaufwandes Haustüren und Haustürvordächer sowie Fenster montiert mit anschließender dauerelastischer Verfungung. Diese Tätigkeit betraf überwiegend den Altbau 3

bzw. Sanierungssektor. Bis zum 31.05.1995 wurde ein Arbeitnehmer beschäftigt.

Auf Veranlassung der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes versuchte die Beklagte zu 4
ermitteln, ob der Betrieb des Klägers der Umlagepflicht gemäß § 186 a AFG unterliegt. Die
Bruttolohnsummen für die Zeit von 1989 bis einschließlich Mai 1995 ermittelte sie bei der
AOK L. Am 11.01.1995 erfolgte durch die Beklagte eine Teilprüfung. In dem Vermerk
hierüber heißt es, daß über die jeweiligen Anteile an der Gesamtarbeitszeit keine
Feststellungen hätten getroffen werden können. Der Kläger verweigere hierzu jegliche
Auskunft. In einem weiteren Vermerk heißt es, daß dem Prüfer bei der Prüfung
Ausgangsrechnungen vorgelegt worden seien, in denen die ausgeführten Arbeiten mit
Schlüsseln angeführt waren. Nach Befragung des Klägers hätten sich die angeführten
Tätigkeiten ergeben.

Mit Bescheid vom 27.07.1995 stellte die Beklagte fest, daß der Betrieb des Klägers in die 5
produktive Winterbauförderung einzubeziehen sei. Die Winterbau-Umlage sei zunächst ab
01.12.1990 zu entrichten.

Hiergegen erhob der Kläger am 25.08.1995 Widerspruch. Zur Begründung trug er im 6
wesentlichen vor: Er habe während der gesamten Zeit als selbständiger Unternehmer zu
keinem Zeitpunkt Anlaß gehabt, die Winterbauförderung in Anspruch zu nehmen. Aus der Art
und dem Umfang der von ihm ausgeführten Arbeiten ergebe sich zwangsläufig, daß er
ganzjährig ohne Unterbrechung arbeiten könne und dies auch getan habe, da die Arbeiten
völlig witterungsunabhängig seien. 80 bis 90 v.H. des gesamten Arbeitsaufwandes würden für
Montage von Markisen und Beschattungsanlagen für Wintergärten, für die Montage des
kompletten Rolladenprogrammes, insbesondere Rolläden zum nachträglichen Einbau sowie
Dachflächenfenster ausgeführt. Diese Arbeiten spielten sich ausschließlich im Inneren des
Hauses ab und seien daher völlig witterungsunabhängig. In einem maximalen Umfang von 10
bis 20 v.H. des Arbeitsaufwandes werden Haustüren und Haustürvordächer sowie Fenster
montiert und anschließend dauerelastisch verfugt. Keine der mit ihm im Wettbewerb
stehenden Firmen müsse eine Winterbaumlage leisten.

Mit Leistungsbescheid vom 27.10.1995 machte die Beklagte die Winterbaumlageforderung 7
aus dem Zeitraum Dezember 1990 bis Dezember 1991 in Höhe von 691,05 DM zuzüglich 4,--
DM Mahngebühr geltend. Mit Bescheid vom 26.01.1996 machte sie die Umlage für das Jahr
1992 bis Mai 1995 in einer Gesamthöhe von 2.040,70 DM geltend.

Mit Widerspruchsbescheid vom 10.07.1996 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers 8
zurück. Zur Begründung führte sie im wesentlichen aus: Der Betrieb des Klägers erbringe
überwiegend bauliche Leistungen. Die Tätigkeit bestehe im Einbau von Rolläden,
Haustürvordächern, Fenstern und Markisen. Diese Arbeiten würden von der
Baubetriebsverordnung in § 1 Abs. 2 Nr. 12 und 36 (Einbau oder Zusammenfügung von
Fertigbauteilen, zur Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von
Bauwerken und Trocken- und Montagebauarbeiten) erfaßt. Die Art der Tätigkeiten habe der
Kläger bestätigt. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Umlagepflicht seien nur die Art der
im Betrieb überwiegend verrichteten Arbeiten. Unerheblich sei dabei, ob der Betrieb auch
Leistungen der produktiven Winterbauförderung in Anspruch nehmen könne.

Gegen den ihm am 12.07.1996 zugestellten Widerspruchsbescheid hat der Kläger am 9
12.08.1996 Klage vor dem Sozialgericht Münster erhoben. Eine nähere Begründung ist nicht
erfolgt.

Der Kläger hat beantragt, 10

festzustellen, daß der Betrieb des Klägers nicht in die produktive Winterbauförderung einzubeziehen und die Winterbauumlage ab 01.12.1990 zu entrichten ist.	11
Die Beklagte hat sinngemäß beantragt,	12
die Klage abzuweisen.	13
Das Sozialgericht hat die Akte des Arbeitsgerichts W ... - beigezogen.	14
Durch Gerichtsbescheid vom 24.02.1998 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat es im wesentlichen ausgeführt: Soweit der Kläger die Feststellung begehre, daß Umlagepflicht nicht bestehe und keine Winterbauumlage zu entrichten sei, handele es sich um eine unzulässige Feststellungsklage. Für diese sei ein Feststellungsinteresse nicht gegeben. Denn das begehrte Ziel könne mit einer einfachen Anfechtungsklage erreicht werden. Der Bevollmächtigte des Klägers habe aber ausdrücklich nicht die Aufhebung der angefochtenen Bescheide begehrt, sondern allein die Feststellung, daß der Betrieb nicht in die produktive Winterbauförderung einzubeziehen und die Winterbauumlage nicht zu entrichten sei. Auch nach entsprechendem Hinweis des Gerichts habe er keinen anderweitigen Antrag gestellt.	15
Aber auch wenn das Klagebegehren des Klägers als Anfechtungsklage gedeutet werden könne, sei die Klage unbegründet. Insoweit werde auf die Ausführungen des Widerspruchsbescheides Bezug genommen. Andere hiervon abweichende Feststellungen hätten sich nicht treffen lassen.	16
Gegen das ihm am 26.02.1998 zugestellte Urteil hat der Kläger am 26.03.1998 Berufung eingelegt. Zur Begründung trägt er im wesentlichen vor: Zwischen ihm und der ZVK sei ein Rechtsstreit beim Arbeitsgericht W ... anhängig. Gegen ein dort ergangenes Versäumnisurteil, mit welchem er verurteilt worden sei, Winterbauumlagen in Höhe von 20.380,07 DM zu zahlen, sei Einspruch eingelegt worden. Nach weitergehender Überprüfung habe die ZVK das arbeitsgerichtliche Verfahren zum Ruhen gebracht und mit Schreiben vom 08.07.1997 bestätigt, daß das dort geführte Beitragskonto für gewerbliche Arbeitnehmer ab 01.01.1990 gelöscht worden sei. Die Entscheidung der ZVK dürfte im vorliegenden Verfahren präjudiziell sein.	17
Der Kläger beantragt,	18
den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Münster vom 24.02.1998 zu ändern und die Bescheide der Beklagten vom 27.07.1995, 27.10.1995, 26.11.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10.07.1996 aufzuheben.	19
Die Beklagte beantragt,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.	22
Der Senat hat die in einem gleichgelagerten Verfahren L 12 AR 76/97 eingeholten Auskünfte den Beteiligten zugeleitet. Insoweit wird auf die Auskunft des Bundesverbandes des holz- und kunststoffverarbeitenden Handwerks vom 23.07.1997, des Bundesverbandes Rolladen und Sonnenschutz e. V. vom 29.07.1997, des Fachverbandes Holz und Kunststoff Nordrhein-Westfalen vom 31.07.1997 und des Bundesverbandes Rolladen und Sonnenschutz e. V. vom 26.08.1996 Bezug genommen. Ferner hat der Senat den Beteiligten seine Entscheidung vom	23

Hierzu vertritt die Beklagte die Auffassung, daß bei der Frage der Umlagepflicht nicht nur auf die Existenz eines Verbandes, sondern auch auf die Mitgliedschaft des Unternehmers in diesem Verband abzustellen sei. 24

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Akten des Arbeitsgerichts W ..., die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen. 25

Entscheidungsgründe: 26

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig und begründet. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtswidrig. Der Betrieb des Klägers ist im streitbefangenen Zeitraum nicht in die Umlagepflicht nach § 186 a AFG einzubeziehen. Nach dieser Vorschrift 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 gewerbliche 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 Beseitigungen von Bauwerken dienen (§ 75 Abs. 1 Nr. 3 AFG). 27

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Betrieb des Klägers bietet überwiegend Bauleistungen an und ist ein Betrieb des Baugewerbes. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. BSG SozR 4670 § 2 Nr. 2; BSG SozR 4100 § 75 Nr. 7, 8; BSG SozR 3-4100 § 386 a Nr. 6; BSG vom 04.03.1999 - B 11/10 AL 6/98 R -; BSG vom 09.09.1999 - B 11 AL 27/99 R -) sind Bauleistungen Arbeiten am erdverbundenen Bau. Der Kläger führt die Montage von vorgefertigten Markisen, Beschattungsanlagen, Rolläden, Dachflächenfenster, Fenster und Türen und Türdächern an bzw. in Gebäuden durch. Damit erbringt er Leistungen am erdverbundenen Bau. Der Begriff der "Bauleistung" ist nach den Motiven des Gesetzgebers umfassend zu verstehen; lediglich Arbeiten, die nicht herkömmlich vom Baugewerbe verrichtet werden, sollten ausgeschlossen bleiben (vgl. BT-Drucksache 6/2689 S. 11). Erfasst werden nicht nur die Erstellung des Rohbaus, sondern auch alle weiteren Arbeiten, die zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Bauwerkes erforderlich sind. Auch diese Arbeiten dienen der Herstellung oder Instandsetzung des Bauwerks (vgl. BSG SozR 4100 § 75 Nr. 8 mit weiteren Nachweisen; BSG vom 24.06.1999 - B 11/10 AL 7/98 R). Die vom Kläger vorgenommenen Montagen dienen der Herstellung und Sicherung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des jeweiligen Bauwerks. Sie sind zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Bauwerks erforderlich und deshalb baugewerbliche Tätigkeiten. 28

Der Betrieb des Klägers ist auch förderungsfähig im Sinne von § 186 a Abs. 2 Satz 1 AFG. Denn er ist gemäß § 76 Abs. 2 AFG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 Nr. 12 und 36 der Baubetriebsverordnung in die Liste der förderungsfähigen Arbeiten aufgenommen. 29

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 12 Baubetriebe-Verordnung zählen zu den förderungsfähigen Betrieben solche, in denen Fertigbauarbeiten verrichtet werden, d.h. Einbauen oder Zusammenfügen von Fertigbauteilen zur Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von 30

Bauwerken. Im Betrieb des Klägers werden vorgefertigte Markisen, Beschattungsanlagen, Rolläden, Dachflächenfenster, Türen und Fenster in und an Gebäuden montiert. Die Arbeiten betreffen daher das Einbauen von Fertigbauteilen zur Erstellung, Instandsetzung oder Instandhaltung eines Bauwerks.

Der Betrieb des Klägers fällt ferner unter die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung. Hierunter fallen Trocken- und Montagebauarbeiten, einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern. Mit dem Einbau vorgefertigter Markisen, Sonnenschutzanlagen für Wintergärten, Rolläden zum nachträglichen Einbau, Fenster und Türen und Türdächern in Gebäude betreibt der Kläger Montagebauarbeiten im Sinne dieser Vorschrift. Diese Vorschrift erfaßt sämtliche Montagebauarbeiten. 31

Ein Ausschluß des Betriebes nach § 2 Baubetriebe-Verordnung besteht nicht. Darauf, ob der Betrieb gefördert werden kann, kommt es nicht an (vgl. BSG SozR 3-4100 § 186 a Nr. 6). 32

Der Kläger gehört jedoch zu einer abgrenzbaren Gruppe von Betrieben, die genau wie sein Betrieb, nicht förderungsfähig sind. Nach der Entscheidung des BSG vom 30.01.1996 - 10 RAr 10/94 in (SozR 3-4100 § 186 a Nr. 6) ist abgrenzbar und nennenswert eine Gruppe z. B., wenn die Tarifvertragsparteien im Katalog des BRTV-Bau inzwischen eine neue Aufteilung vorgenommen haben, die einen nicht witterungsabhängigen Zweig des Baugewerbes nunmehr getrennt auf führt, oder wenn sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte, einheitliche, nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende Gruppe etabliert 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. 33

Zwar haben die Tarifvertragsparteien im Katalog des BRTV-Bau in bezug auf den Arbeitsbereich des Klägers keine getrennte Aufführung vorgenommen. 34

Indessen existiert nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein Bundesverband, dessen Mitgliedsbetriebe weitestgehend witterungsunabhängig sind. Es handelt sich um den Bundesverband Rolladen und Sonnenschutz e. V., den es seit 1961 gibt. Diesbezüglich nimmt der Senat auf seine Ausführungen im Urteil vom 06.05.1998 - L 12 AL 76/97, das den Beteiligten bekannt gegeben worden ist, Bezug. Die Beklagte stellt auch nicht mehr in Abrede, daß sich in bezug auf den Betrieb des Klägers eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe von Betrieben gebildet hat, die nicht gefördert werden können und für die ein Bundesverband gleicher Unternehmen besteht. 35

Die Beklagte meint jedoch, der Kläger selbst müsse Mitglied dieser Gruppe sein. Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann den Entscheidungen des Bundessozialgericht (BSG) nicht entnommen werden, daß auch der Kläger selbst Mitglied des gebildeten Bundesverbandes gleichartiger Unternehmen dieser Gruppe 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. 36

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. Nach alledem waren die angefochtenen Bescheide aufzuheben.

37

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

38

Anlaß, die Revision zuzulassen, hat nicht bestanden.

39