
Datum: 23.04.2015
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 16. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 16 AL 205/11
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2015:0423.L16AL205.11.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 1 AL 153/09
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 11 AL 72/15 B
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.05.2011 geändert. Die Klage wird abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten über die Heranziehung der Klägerin zur Winterbeschäftigungs-Umlage ab dem 01.03.2009. 2
- Die Klägerin ist im Bereich des industriellen Akustik- und Trockenbaus tätig. Sie ist Mitglied der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie. Im März 2009 beantragte sie unter Hinweis auf die Entscheidung des Sozialgerichts (SG) Hannover vom 06.11.2008 (S 26 AL 415/05) die Befreiung von der Winterbeschäftigungs-Umlagepflicht zum 01.03.2009. 3
- Mit Bescheid vom 07.08.2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass für ihren Betrieb Umlagepflicht seit Mai 2007 bestehe, weil Arbeiten erbracht würden, die unter § 1 Abs. 2 Nr. 8 und 36 der Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) fielen. 4

Hiergegen legte die Klägerin am 17.08.2009 Widerspruch ein und berief sich noch einmal auf das Urteil des SG Hannover vom 06.11.2008. Danach unterfielen die Mitgliedsunternehmen der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie, der sie ebenfalls angehöre, nicht der Umlagepflicht. Die Beklagte habe dieses Urteil sowie ein Weiteres des Sozialgerichts Gelsenkirchen akzeptiert.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.11.2009 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Die Umlagepflicht entstehe kraft Gesetzes, eine Ausnahme wegen der Zugehörigkeit der Klägerin zu einer so genannten abgrenzbaren Gruppe nicht witterungsabhängiger Betriebe sei nicht gerechtfertigt. Das zitierte Urteil des Sozialgerichts Hannover sei nicht einschlägig. Die Berücksichtigung des vom Sozialgericht Gelsenkirchen eingeholten Gutachtens scheide schon deswegen aus, weil das Gutachten durch den Geschäftsführer der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau erstellt worden sei und demzufolge von einem interessenorientierten Ergebnis gesprochen werden könne.

Dagegen hat die Klägerin am 11.12.2009 beim SG Köln Klage erhoben. Sie ist der Auffassung, die vom Bundessozialgericht (BSG) festgesetzten Merkmale, nach denen ein Betrieb von der Umlage zur produktiven Winterbauförderung auszunehmen sei, zu erfüllen. Die Arbeit des industriellen Akustik- und Trockenbaus konzentriere sich allein auf die Montage vorgefertigter Systeme im raumabschließenden Innenausbau und unterscheide sich insoweit von handwerksnahen Tätigkeiten anderer baugewerblicher Betriebe. Aus diesem Grunde habe sie sich bereits vor einigen Jahren der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie mit Sitz in Berlin angeschlossen. Die Bundesfachabteilung stelle eine nennenswerte abgrenzbare Gruppe von Mitgliedsunternehmen mit gleichartigen betrieblichen Tätigkeiten dar, welche im Sinne der Rechtsprechung des BSG durch Leistungen der Winterbauförderung nicht wesentlich gefördert werden können. So habe, wie bereits ausgeführt, das SG Hannover mit Urteil vom 06.11.2008 (S 26 AL 415/05) in einem Rechtsstreit zwischen einem Mitgliedsunternehmen der Bundesfachabteilung sowie der Bundesagentur für Arbeit rechtskräftig festgestellt, dass keine Umlagepflicht gemäß § 354 SGB III bestehe. Zudem habe die Beklagte im Rahmen eines gerichtlichen Vergleiches vor dem Sozialgericht Gelsenkirchen auf die Umlagepflicht gegenüber einem Unternehmen der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau verzichtet. Es bedürfe keiner näheren Erörterung, dass Mitgliedsunternehmen der Bundesfachabteilung, welche der Umlagepflicht nicht mehr unterliegen, ihr gegenüber einen Wettbewerbsvorteil hätten. Derzeit zahle sie die Umlage unter Vorbehalt. Umlagebescheide seien nicht ergangen.

Die Klägerin hat neben einer Mitgliederliste der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau ein für das Sozialgericht Gelsenkirchen (S 20 AL 133/03) erstelltes Sachverständigengutachten des Dipl.-Ing. C vom 12.10.2006 zu den Akten gereicht.

Sie hat beantragt,

den Bescheid vom 27.08.2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 26.11.2009 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie betont noch einmal, dass das Urteil des Sozialgerichts Hannover eine Einzelfallentscheidung darstelle. Würden Trockenarbeiten wie im Betrieb der Klägerin

ausgeführt, unterfielen diese Tätigkeiten § 1 Abs. 2 Nr. 36 der BaubetrV und seien daher grundsätzlich umlagepflichtig. Demzufolge könne die Klägerin ihre Auffassung der fehlenden Förderbarkeit ihres Betriebs allenfalls auf die Erwägung stützen, dass es innerhalb der Gruppe von förderfähigen Trockenbaubetrieben wiederum eine "Untergruppe" nichtförderfähiger Betriebe gebe, die dann jedoch ihrerseits durch entsprechende (Unter-)Verbände im Wirtschaftsleben repräsentiert werden müssten. Dieser Argumentation könne jedoch nicht gefolgt werden. Die Beklagte hat eine ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen I vom 15.03.2010 zu den Akten gereicht, die dieser für das Streitverfahren L 9 AL 20/09 (LSG NRW) erstellt hat.

Das SG hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Dipl.-Ing. T einschließlich einer ergänzenden Stellungnahme sowie durch Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung. Der Sachverständige ist zusammenfassend zu dem Ergebnis gelangt, dass sämtliche von der Klägerin ausgeführten Arbeiten dem Innenausbau bzw. dem Trockenbau zuzurechnen seien. In der Abfolge der Baugewerke werde der Trockenbau regelmäßig erst dann ausgeführt, wenn die Handwerker der Rohbaugewerke die Gebäudehülle weitgehend regen- und winddicht hergestellt hätten. Der Trockenbau werde regelmäßig witterungsunabhängig ausgeführt. Die Trockenbaubetriebe, die Mitglied in der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau der deutschen Bauindustrie seien, bildeten aus Sachverständigensicht eine einheitliche Gruppe, die nicht durch die Winterbauförderung gefördert werden könne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf das Gutachten vom 11.01.2011, der ergänzenden Stellungnahme vom 16.03.2011 und der Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 26.05.2011.

14

Mit Urteil vom 26.05.2011 hat das SG die angefochtene Verwaltungsentscheidung aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, wie der Sachverständige überzeugend ausgeführt habe, seien die Tätigkeiten der Klägerin dem Innenausbau oder dem Trockenbau zugeordnet und würden regelmäßig erst dann ausgeführt, wenn die Gebäudehülle weitgehend dicht gegen Wind und Regen hergestellt sei. Eine solche Fertigstellung sei auch eine unabdingbare Voraussetzung für den Beginn der Trockenbauarbeiten. Der von der Beklagten vorgelegten entgegenstehenden Stellungnahme des Sachverständigen I aus dem Berufungsverfahren L 9 AL 20/09 vermöge sie nicht zu folgen. Die dortige Aussage, die Trockenbauarbeiten würden häufig schon vor dem Schließen der Gebäudehülle begonnen, sei aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen T als widerlegt anzusehen. Die Schließung der Gebäudehülle sei im Rahmen der modernen und heute üblichen Bauweise grundsätzlich die technische Voraussetzung für die Anbringung und Montage der Trockenbauwände. Auch nach den von der Klägerin anzuwendenden technischen Vertragsbedingungen für Trockenbauarbeiten sei sie gehalten, bei ungeeigneten klimatischen Bedingungen Bedenken hinsichtlich der Bauausführung mitzuteilen. Zudem habe die Klägerin Leistungen der Winterbauförderung nicht in Anspruch genommen. Auch dies spreche dafür, dass bei ihr witterungsbedingte Mehraufwendungen nicht entstehen könnten. Die Klägerin gehöre auch zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe im Sinne von § 1 Abs. 5 BaubetrV, deren Einbeziehung in den Kreis der Begünstigten nicht zu einer Belebung der ganzjährigen Bautätigkeit führe. Die Klägerin gehöre zur Bundesfachabteilung Akustik und Trockenbau, in der sich etwa 80 Unternehmen organisiert hätten, deren wesentliches Merkmal die von der Witterung unabhängige Tätigkeit sei.

15

Gegen das ihr am 27.06.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 25.07.2011 Berufung eingelegt. Es sei allein ausschlaggebend für die Einbeziehung in die Winterbeschäftigungs-Umlage, dass der Betrieb der Klägerin bauliche Tätigkeiten im Sinne der BaubetrV ausführe.

16

Auf die individuelle Unabhängigkeit von der Witterung komme es nicht an. Zudem begründe die Mitgliedschaft in der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau nicht die Annahme, dass die Klägerin zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe im Sinne des § 1 Abs. 5 BaubetrV gehöre. Bei der Bundesfachabteilung mangle es schon an dem nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erforderlichen Merkmal der Einheitlichkeit der Gruppe, weil die Mitglieder die gesamte Bandbreite der Fertig-, Trocken- und Montagearbeiten ausführten. Zudem handele es sich nicht um einen eigenständigen Verband, sondern nur um eine Fachabteilung innerhalb des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e. V. Dagegen könne von dem Etablieren einer nennenswerten Gruppe nicht förderungsfähiger Betriebe nur ausgegangen werden, wenn diese Gruppe auch nach außen mit konstitutiver Wirkung geschlossen auftrete, etwa in Form eines rechtlich eigenständig eingetragenen Vereins. Nur weil die Bundesfachabteilung versuche, die Umlagepflicht ihrer Mitglieder zu bekämpfen, stelle sie noch keine abgrenzbare abgeschlossene Gruppe nicht förderungsfähiger Unternehmen dar.

Zudem sei der Klägerin in der Vergangenheit Mehraufwand-Wintergeld gezahlt worden. So sei die Klägerin am 13.11.2007 an die Agentur für Arbeit C herangetreten und habe um Aufnahme in die Winterbeschäftigungs-Förderung gebeten. Begründet worden sei dies mit der Beschäftigung eines bei der T-BAU (Urlaubs- und Lohnausgleich Kasse des Baugewerbes) beitragspflichtigen Arbeitnehmers. Die Prüfung des Betriebes habe ergeben, dass der Betrieb bauliche Leistungen im Sinne des § 182 Abs. 2 SGB III i.V.m. § 1 Abs. 2 der BaubetrV erbringe. Es sei berücksichtigt worden, dass die Förderfähigkeit nicht von der individuellen Gestaltung der Betriebstätigkeit oder der Art der von ihm angenommenen Aufträge abhängig sei. Trocken- und Akustikarbeiten gehörten nicht zu der abgrenzbaren nennenswerten Gruppe objektiv nicht förderungsfähiger Baubetriebe. Zudem enthielten die vom Betrieb mit den gewerblichen Arbeitnehmern abgeschlossenen Vereinbarungen über die flexible Arbeitszeit wesentliche Elemente, die dem Ausgleich von witterungsbedingten Arbeitsausfällen außerhalb der Schlechtwetterzeit (Dezember bis März) dienten. Insofern hätten für die zuständige Agentur für Arbeit keine Zweifel an der Förderfähigkeit des Baubetriebes der Klägerin bestanden. Die Zahlung von Mehraufwands-Wintergeld sei gemäß § 175a Abs. 3 SGB III erfolgt. Auf einen konkreten Mehraufwand werde dabei nicht abgestellt.

Die Beklagte beantragt, 18

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.05.2011 zu ändern und die Klage abzuweisen. 19

Die Klägerin beantragt, 20

die Berufung zurückzuweisen, soweit der angefochtene Bescheid der Beklagten ab dem 01.03.2009 aufgehoben worden ist. 21

Die Klägerin hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. Sämtliche Mitgliedsbetriebe der Bundesfachabteilung betrieben das Gewerk des industriellen Akustik - und Trockenbaus. Auf die Eigenschaft eines eingetragenen Vereins komme es nicht an. Zudem sei die Bundesfachabteilung in der Satzung des Hauptverbandes fest verankert und habe zwei Organe, die Mitgliederversammlung und einen gewählten Vorstand. Im Außenverhältnis vertrete sie die fachlichen Interessen ihrer Mitglieder. Auch in dem vom Bundessozialgericht (BSG) positiv entschiedenen Fall habe die als eigenständig und abgrenzbar anerkannte Gruppe "Q" lediglich eine rechtlich unselbstständige Untergruppe der Güterschutzgemeinschaft I e. V. dargestellt.

Während des Berufungsverfahrens hat die Klägerin unter Berufung auf das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.05.2011 mit Schreiben vom 11.08.2011 gegenüber der Beklagten eine Erstattung der seit Mai 2007 geleisteten Beiträge und der erhobenen Säumniszuschläge geltend gemacht. Nach der Aufstellung der Klägerin hat diese von Mai 2007 bis Mai 2011 Beiträge gezahlt. Einschließlich der Säumniszuschläge bezifferte die Klägerin den Betrag auf 84.682,76 Euro. Sie teilte mit, dass die Beklagte das im gleichen Zeitraum an sie erstattete Mehraufwands-Wintergeld in Höhe von 44.622,00 Euro abziehen könne.	
Der Senat hat eine Auskunft des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e. V. vom 31.10.2012 eingeholt. Auf den Inhalt wird Bezug genommen. Des Weiteren hat der Senat Beweis erhoben durch Einholung einer ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen T. Dieser hat unter dem 18.02.2014 zur Frage, ob das Unternehmen der Klägerin als abgrenzbare Gruppe der Trockenbauunternehmen eingeordnet werden könne, ausgeführt, dass zwar die Gesamtheit der Unternehmen, die mit Trockenbauarbeiten befasst seien, (z.B. Betriebe des Tischlerhandwerks, des Zimmererhandwerks sowie Mischbetriebe, die zwei oder drei Gewerke ausführen) sich in der Praxis nicht abgrenzen lassen. Abgrenzbar würden die Unternehmen tatsächlich jedoch, wenn sie aufgrund ihrer Gleichartigkeit einem entsprechenden berufsständischen Zusammenschluss angehören, z.B. einer Innung, einem Verband oder einer Fachabteilung. Wie bereits im Gutachten vom 11.01.2011 ausgeführt, seien ihm zwei reine Trockenbaubetriebe, die auch der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau angehören, bekannt, die die gleichen Arbeiten wie die Klägerin ausführten. Es handele sich um eine deutlich abgrenzbare Gruppe gleichartiger Betriebe, die nicht förderungsfähig seien. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der ergänzenden Stellungnahme vom 18.02.2014 Bezug genommen.	24
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den übrigen Inhalt der Streitakten sowie der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, der Gegenstand der Entscheidung gewesen ist.	25
Entscheidungsgründe:	26
Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet.	27
Das SG hat zu Unrecht entschieden, dass die Klägerin nicht zur Zahlung der Winterbeschäftigungs-Umlage verpflichtet ist.	28
Der angefochtene Bescheid vom 07.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.11.2009 ist rechtmäßig. Die Klägerin ist verpflichtet, die Winterbeschäftigungs-Umlage zu entrichten. Streitgegenstand ist nur noch die Zeit ab dem 01.03.2009; insoweit hat die Klägerin ihren Klageantrag in der Berufungsinstanz wirksam beschränkt.	29
Bei der angefochtenen Verwaltungsentscheidung handelt sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Er stellt die Umlagepflicht der Klägerin ab Mai 2007 zeitlich unbegrenzt fest. In diesem Fall sind auch bei einer Anfechtungsklage alle Rechts- und Sachverhaltsänderungen, die vom Beginn der durch die Verwaltungsentscheidungen getroffenen Regelung bis zur Entscheidung in der Tatsacheninstanz eintreten, zu berücksichtigen (BSG, Urteil vom 22.08.1990, 10 RAr 18/89, Rn. 12 juris).	30
Gemäß § 354 SGB III (in der ab dem 01.04.2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung - BGBl. I S. 926 (SGB III a.F.) , zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2011 - BGBl. I S. 2854, in Kraft ab 01.04.2012) und der hierzu vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung erlassenen Verordnung, werden die Mittel für	31

die ergänzenden Leistungen nach § 175a (ab 01.04.2012 § 102) einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, in den durch Verordnung nach § 182 Abs. 3 (ab 01.04.2012 § 109 Abs.3) bestimmten Wirtschaftszweigen durch Umlage erbracht. Die Umlage wird unter Berücksichtigung von Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien der Wirtschaftszweige von Arbeitgebern oder gemeinsam von Arbeitgebern und Arbeitnehmern aufgebracht und getrennt nach Zweigen des Baugewerbes und weiteren Wirtschaftszweigen abgerechnet (§ 354 Satz 2 SGB III).

Nach § 182 Abs. 3 SGB III a.F. (jetzt § 109 Abs. 3 SGB III) wird das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt, auf Grundlage von Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien durch Rechtsverordnung festzulegen, ob, in welcher Höhe und für welche Arbeitnehmer die ergänzenden Leistungen nach § 175a Abs. 2 bis 4 (ab 01.04.2012 § 102 Abs. 2 bis 4) in den Zweigen des Baugewerbes und den einzelnen Wirtschaftszweigen erbracht werden. Näheres ist in der seit dem 01.05.2006 in Kraft getretenen Winterbeschäftigungs-Verordnung, zuletzt geändert durch Artikel 1 der Fünften Verordnung zur Änderung der Winterbeschäftigungs-Verordnung vom 24.06.2013 (BGBl. I S. 1681), geregelt. Mit der Winterbeschäftigungs-Umlage (§§ 354-356 SGB III) bringen Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Bauwirtschaft die Mittel für die das beitragsfinanzierte Saison-Kurzarbeitergeld ergänzenden Leistungen (Zuschuss-Wintergeld, Mehraufwands-Wintergeld sowie Sozialversicherungsbeiträge) auf. 32

Mit der aufgrund des § 216 Abs. 2 SGB III a.F. erlassenen BaubetrV vom 28.10.1980 (BGBl. I S. 2033), zuletzt geändert durch Art. 37 des Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011 (BGBl. I S. 2854), hat der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung bestimmt, in welchen Zweigen des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung in der Bauwirtschaft zu fördern ist und welche Zweige nicht in die Förderung einbezogen sind. 33

Nach Maßgabe der obigen Grundsätze unterfällt die Klägerin in der streitgegenständlichen Zeit ab dem 01.03.2009 dem Anwendungsbereich der BaubetrV. Der Betrieb der Klägerin erbringt überwiegend Bauleistungen und ist durchgängig ein Betrieb des Baugewerbes. Gemäß § 175 Abs. 2 SGB III a.F. (ab 01.04.2012 § 101 Abs. 2 SGB III) ist ein Betrieb des Baugewerbes ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt. Die Klägerin ist im Bereich des industriellen Akustik- und Trockenbaus tätig. Nach den Ausführungen des Sachverständigen T in seinem Gutachten vom 11.01.2011 und dessen ergänzender Stellungnahme vom 16.03.2011 sowie seinen Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung am 26.05.2011 verrichtet die Klägerin seit Mai 2007 Arbeiten, die überwiegend Einfach- und Doppelständerwände, Unterdecken und Deckenbekleidungen, Anschlüsse für die Luftdichtigkeitsebene, Vorsatzschalen, Ab- und Einkofferungen, Rohr- und Trägerverkleidungen, Schacht- und Installationswände, Trockenstricharbeiten und den Einbau von Zimmertüren und Zargen betreffen. 34

Die Klägerin stellt selbst nicht infrage, dass sie, wie die Beklagte im Widerspruchsbescheid vom 26.11.2009 ausgeführt hat, Trocken- und Montagebauarbeiten im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 36 BaubetrV sowie auch Dämm- und Isolierarbeiten im Sinne von Abs. 2 Nr. 8 der Vorschrift ausführt. Diese Tätigkeiten wurden von dem Sachverständigen T im Rahmen der Leistungsbeschreibungen der geprüften Bauvorhaben im Gutachten vom 11.01.2011 aufgeführt und sind, was zwischen den Beteiligten auch nicht streitig ist, dem Baugewerbe im Sinne des § 175 Abs. 2 SGB III a.F. (§ 101 Abs. 2 SGB III) zuzuordnen. 35

Nach Nr. 8 der BaubetrV ist die ganzjährige Beschäftigung im Baugewerbe in solchen Betrieben zu fördern, die Dämm-(Isolier-) Arbeiten (das sind Wärme-, Kälte-, Schallschutz-, 36

Schallschluck-, Schallverbesserungs-, Schallveredelungsarbeiten) einschließlich Anbringung von Unterkonstruktionen sowie technischen Dämm- (Isolier-) Arbeiten, insbesondere an technischen Anlagen und auf Land-, Luft- und Wasserfahrzeugen oder nach Nr. 36 Trocken- und Montagebauarbeiten (zum Beispiel Wand- und Deckeneinbau und -verkleidungen), Montage von Baufertigteilen einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern verrichten.

Ein Ausnahmefall des § 2 BaubetrV ist nicht gegeben. Nach dieser Vorschrift sind bestimmte Betriebe nicht als förderfähige Betriebe im Sinne des § 1 Abs. 1 anzusehen. Betriebe des Trockenbaus oder Betriebe, die Dämm-(Isolier-) Arbeiten verrichten, sind in § 2 BaubetrV nicht aufgezählt. 37

Die von der Klägerin ausgeführten Tätigkeiten sind witterungsabhängig und durch die ergänzenden Leistungen gemäß § 175a SGB III a.F. (§ 102 SGB III) förderbar. 38

Ersteres ist anzunehmen, wenn die Arbeiter während der Arbeitszeit in den Wintermonaten witterungsbedingten Erschwernissen ausgesetzt sind (zum Wintergeld vgl. BSG, Urteil vom 30.01.1996, 10 RAr 10/94, Rn. 23 juris). Dies trifft auch auf die Tätigkeiten der Klägerin zu. Allerdings sind, wie der Sachverständige dargelegt hat, die technischen Voraussetzungen - insbesondere wegen der notwendigen Mindesttemperaturen und der maximal zulässigen Raumlufffeuchte - für die maßgeblichen Arbeiten regelmäßig erst dann gegeben, wenn die Gebäudehülle regen- und winddicht ausgeführt ist. Er hat aber eingeräumt, dass Trockenbauarbeiten auch schon dann stattfinden, wenn die Gebäudehülle noch nicht geschlossen ist. Dies deckt sich mit den Ausführungen des im Verfahren L 9 AL 20/09 gehörten Gutachters I, dessen Ausführungen der Senat im Wege des Urkundsbeweises verwertet, wonach Trockenbauarbeiten schon vor Einbau der Fenster und einer funktionstüchtigen Gebäudeheizung vorgenommen werden. Unterschiedlich sind die Auffassungen der Gutachter insoweit nur, was die Häufigkeit der Arbeit unter letzteren Umständen anbetrifft. Der Sachverständige T hält dies für Ausnahmefälle, die zu vernachlässigen seien, der Gutachter I sieht dagegen solche Verhältnisse als häufig gegeben an. Der Auffassung des Sachverständigen T vermag sich der Senat nicht anzuschließen, denn er hat selbst darauf verwiesen, dass bestimmte Arbeiten wie das Legen von Schächten durchaus üblicherweise vor Einbau der Fenster stattfinden. Auch hat er die Feststellung des Gutachters I unwidersprochen gelassen, dass es immer wieder vorkommt, dass die installierte Gebäudeheizung nicht ausreicht, die erforderlichen Temperaturen zu gewährleisten. Auch die Klägerin selbst hat eingeräumt, dass die Möglichkeit des witterungsbedingten Arbeitsausfalls besteht. Sie hat insoweit lediglich auf Kompensationsmöglichkeiten, wie den Einsatz der Arbeiter auf anderen Baustellen und Forderungen nach der VOB gegen den Auftraggeber, verwiesen. Diese individuellen Ausweichmöglichkeiten vermögen an der objektiven Förderbarkeit aber nichts zu ändern (BSG, Urteil vom 09.09.1999 - B 11 AL 27/99 R, Rn. 21 juris). 39

Fördermittel sind zum einen das Zuschuss-Wintergeld (§ 175a Abs. 2 SGB III a.F., 102 Abs. 2 SGB III) und zum anderen das Mehraufwands-Wintergeld (§ 175a Abs. 3 SGB III a.F., § 102 Abs. 3 SGB III). Um die Umlagepflicht zu begründen, reicht die Förderbarkeit durch eine dieser Leistungen (BSG, Urteil vom 9.9.1999 - B 11 AL 27/98 R, Rn 21 juris). Wie der Gutachter I dargelegt hat, sind durch Mehraufwendungen - Installierung zusätzlicher Heizvorrichtungen, Maßnahmen zur Abdichtung der noch nicht geschlossenen Gebäudehülle - auch unter erschwerten Witterungsbedingungen die Durchführung der Arbeiten zu ermöglichen. Mehraufwands-Wintergeld hat die Klägerin auch tatsächlich bezogen, so dass die Darlegungen des Sachverständigen nicht plausibel sind. In Anbetracht der Höhe der der 40

Klägerin gezahlten Leistungen können diese auch nicht als vernachlässigbar angesehen werden. Dass die Klägerin unter Berücksichtigung Ihres Schreibens vom 11.08.2011 ab Juni 2011 kein Mehraufwands-Wintergeld mehr bezogen hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil die Einstellung der Zahlungen nicht auf einer wesentlichen Änderung der im Betrieb der Klägerin verrichteten Tätigkeiten zurückzuführen ist. Diese wird von der Klägerin selbst nicht behauptet und lässt sich auch dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht entnehmen. Vielmehr ist die Nichtgeltendmachung des Mehraufwands-Wintergelds darauf zurückzuführen, dass die Klägerin nicht einerseits eine Befreiung von der Winterbeschäftigungs-Umlage begehren kann, gleichwohl aber, wie in der Vergangenheit einen Anspruch auf Gewährung von Mehraufwands-Wintergeld erhebt. Dementsprechend hat sie nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung vom 26.05.2011 im Rahmen des mit Schreiben vom 11.08.2011 geltend gemachten Erstattungsanspruchs bezüglich der im Zeitraum von Mai 2007 bis Mai 2011 bislang geleisteten Beiträge und Säumniszuschläge in Höhe von 84.682,76 Euro ausgeführt, die Beklagte könne das im gleichen Zeitraum an sie erstattete Mehraufwands-Wintergeld in Höhe von 44.622,00 Euro abziehen.

Die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Winterbeschäftigungs-Umlage nach Maßgabe des § 1 Abs. 5 BaubetrV liegen zur Überzeugung des Senats ebenfalls nicht vor. Nach dieser Vorschrift sind Betriebe und Betriebsabteilungen im Sinne des Abs. 1 von der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung durch das Saison-Kurzarbeitergeld ausgeschlossen, wenn sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehören, bei denen eine Einbeziehung nach den Abs. 2 bis 4 in der Schlechtwetterzeit nicht zu einer Belebung der wirtschaftlichen Tätigkeit oder zu einer Stabilisierung der Beschäftigungsverhältnisse der von saisonbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Arbeitnehmer führt. 41

Abgesehen davon, dass die Zuordnung eines Betriebs zu einer nicht förderungsfähigen Betriebsgruppe, die von der Umlage ausgenommen werden kann, stets voraussetzt, dass der Betrieb auch konkret nicht förderungsfähig ist (BSG, Urteil vom 09.09.1999 - B 11 AL 27/99 R, Rn. 21 juris), was schon nicht zutrifft, fehlt es auch an einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe im genannten Sinn, welche der Ordnungsgeber wegen der bei ihnen fehlenden Förderungsfähigkeit aus der BaubetrV hätte herausnehmen müssen. 42

Das Kriterium der abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe hat der Ordnungsgeber aus der Rechtsprechung zum AFG übernommen (z.B. BSG, Urteil vom 21.02.1995 - 10 RAr 5/93, Rn. 21 juris). Danach war der Ordnungsgeber nicht verpflichtet, bei der Bestimmung des Kreises der zu fördernden Betriebe auf die Besonderheiten einzelner Betriebe abzustellen. Vielmehr war ihm Spielraum für eine praktikable, typisierende Abgrenzung des Kreises der förderungsfähigen Betriebe eingeräumt. Der Ordnungsgeber durfte Gruppen der zur Förderung zugelassenen Betriebe generalisierend und typisierend umschreiben. Die Typisierung war allerdings dahin begrenzt, dass der Ordnungsgeber zu beachten hatte, ob innerhalb einer Branche eine nennenswerte, abgrenzbare Gruppe von Baubetrieben bestand, deren Bautätigkeit wegen der Art der verrichteten Arbeiten in der Schlechtwetterzeit nicht wesentlich gefördert werden kann. Auch für die BaubetrV hat das BSG einen weiten Spielraum für eine praktikable Abgrenzung des Kreises der förderungsfähigen Betriebe anerkannt (BSG, Urteil vom 22.08.1990 - 10 RAr 18/89, Rn. 22 juris). 43

Eine Gruppe ist z. B. abgrenzbar und nennenswert, wenn die Tarifvertragsparteien im Katalog des Bundesrahmentarifvertrag-Bau (BRTV-Bau) inzwischen eine neue Aufteilung vorgenommen haben, die einen nicht witterungsabhängigen Zweig des Baugewerbes getrennt aufführt, oder sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte einheitliche, nicht mehr als 44

bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigender, dauerhafte Gruppe etabliert hat, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsunabhängig sind (BSG, Urteil vom 30.01.1996, 10 RAr 10/94 Rn. 32 ff juris; BSG, Beschluss vom 26.05.2011, B 11 AL 145/10 B, Rn. 6 juris). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben.

Die Tarifvertragsparteien haben im Katalog des BRTV-Bau keine neue Aufteilung vorgenommen, die Trockenbaubetriebe vom Geltungsbereich ausnehmen, wenn sie überwiegend im Innenausbau tätig sind. Die Mitgliedschaft der Klägerin in der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau führt auch nicht zu der Annahme einer abgrenzbaren Gruppe. Bei der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau mangelt es schon an dem Merkmal der Einheitlichkeit, wie der von der Klägerin übersandten Mitgliederliste der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau zu entnehmen ist. Danach steht der Beitritt zur Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau allen Betrieben offen, die Akustik- und Trockenbau ausführen. Der Sachverständige T hat entsprechend ausgeführt, dass sich die Gesamtheit der Unternehmen, die mit diesen Arbeiten befasst sind, in der Praxis nicht abgrenzen lässt. Gleichwohl hat er aus der Erkenntnis, dass ihm einschließlich des Unternehmens der Klägerin drei nicht förderungsfähige Betriebe bekannt seien, den Rückschluss gezogen, die in der Bundesfachabteilung zusammengeschlossenen Unternehmen seien sämtlich nicht förderbar. Warum aus dem Wissen über weniger als 5 % der zusammengeschlossenen Betriebe Feststellungen hinsichtlich der restlichen Unternehmen möglich sein sollen, begründet der Sachverständige jedoch nicht, sondern stellt lediglich unzulässige Vermutungen an. Eine zahlenmäßig ins Gewicht fallende abgrenzbare Gruppe muss sich aber nach objektiven Tatsachen feststellen lassen, etwa, wie dargelegt, auf Grund einer neuen Aufteilung im Katalog des BRTV-Bau oder danach, ob sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte dauerhafte Gruppe etabliert hat, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig sind (BSG, Urteil vom 08.10.1998 - B 10 AL 6/97 R, Rn. 18 juris). In Anbetracht der Zugangsmöglichkeit zu der genannten Abteilung ist eine solche objektive Feststellbarkeit aber gerade nicht gegeben.

45

Der Senat sieht sich auch nicht auf Grund des von der Klägerin vorgelegten Gutachtens des Dipl.-Ing. C veranlasst, von diesem Ergebnis abzuweichen. Zwar kommt dieser im Verfahren des Sozialgerichts Gelsenkirchen (L 20 AL 133/03) beauftragte Sachverständige in seinem Gutachten vom 12.10.2006 zu demselben Ergebnis wie der Sachverständige T. Allerdings hat die Beklagte zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich um den Geschäftsführer der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau handelt, die ein Interesse daran hat, ihre Mitglieder von der Winterbeschäftigungs-Umlage befreit zu sehen. Dieses Interesse ergibt sich auch aus dem im Verwaltungsvorgang befindlichen Rundschreiben der Bundesfachabteilung vom 25.02.2009, dem zufolge die Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau seit mehreren Jahren das Anliegen verfolgt, ihre Mitgliedsunternehmen als nicht förderbare, abgrenzbare Gruppe von Unternehmen aus dem Umlageverfahren zur Winterbauförderung auszunehmen. Aus dem Rundschreiben geht auch hervor, dass die Zielsetzung angesichts erheblicher Widerstände der Tarifpartner (ZDB und IG BAU) nicht auf tarifpolitischer Ebene habe umgesetzt werden können. Bei dieser Sachlage sieht der Senat den Gutachter nicht als hinreichend neutral an.

46

Die Entscheidung des Sächsischen Landessozialgerichts vom 19.08.2010 (L 3 AL 133/06) rechtfertigt ebenfalls keine andere Beurteilung. Der dortige Kläger ist Mitglied der Bundesweiten Interessengemeinschaft Trockenbau e.V. (BIG Trockenbau) gewesen, die eigene Tarifverträge abgeschlossen hat. Zudem hat der dortige Kläger auch kein

47

Mehraufwands-Wintergeld in Anspruch genommen, was als Indiz dafür angesehen wurde, dass im Betrieb des Klägers nur witterungsunabhängige Tätigkeiten ausgeübt worden sind.

Schließlich steht der Beurteilung des Senats auch nicht entgegen, dass die Beklagte in einem anderen Verfahren den geltend gemachten Anspruch bezüglich einer Befreiung von der Umlagepflicht anerkannt hat. Eine Ungleichbehandlung kann keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht begründen (BSG, Urteil vom 27.05.2014, B 5 RE 6/14 R; BSG, Urteil vom 22.06.2010, B 1 A 1/09 R, beide unter juris). 48

Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts wird gemäß § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG in Verbindung mit den §§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 2 des GKG mangels ausreichender Anhaltspunkte auf 5.000,00 Euro festgesetzt. 49

Gründe, die Revision gemäß § 160 Abs. 2 SGG zuzulassen, sind nicht gegeben. 50