
Datum: 13.12.2018
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 9 AL 94/17
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2018:1213.L9AL94.17.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 36 AL 846/12
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 25.01.2016 geändert und die Klage abgewiesen. Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger in beiden Rechtszügen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird auf 30.057,27 Euro festgesetzt.

Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten über die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage dem Grunde nach sowie über die Festsetzungen für die Monate Dezember 2005 bis August 2010. 2

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der am 00.00.1985 gegründeten Fa. D GmbH - im Folgenden D -, über deren Vermögen durch Beschluss des Amtsgerichts L vom 06.06.2016 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, was gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG zur Auflösung der Gesellschaft führte. Für den Gesamtbetrieb galt im Streitzeitraum zunächst der Manteltarifvertrag zwischen der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für den Trockenbau und andere Ausbaugewerke und dem BIG Trockenbau und Ausbau e.V. (vormals Interessengemeinschaft Trockenbau e.V.) - im Folgenden BIG-Trockenbau - und ab dem 01.04.2008 der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV-Bau). 3

Am 10.08.2010 erreichte die Beklagte die Anfrage der Fa. J zur Baubetriebe-Eigenschaft der D als Entleiherin nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Nach der daraufhin eingeleiteten Prüfung für den Zeitraum von Dezember 2005 bis August 2010 gelangte sie zu 4

der Annahme, dass die D von der Verordnung über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (Baubetriebe-Verordnung), erfasst würde.

Durch Bescheid vom 05.11.2010 stellte die Beklagte die Umlagepflicht der D zur Winterbeschäftigungs-Umlage gemäß § 354 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) seit Dezember 2005 fest. Im Betrieb der D würden Arbeiten erbracht, die unter § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung fielen. Die Umlage betrage derzeit 2 % der monatlich angefallenen Bruttolöhne aller gewerblichen Arbeitnehmer, einschließlich der beschäftigten gewerblichen Aushilfskräfte.

Die D legte am 19.11.2010 Widerspruch gegen die grundsätzliche Feststellung einer Umlagepflicht des Betriebes sowie gegen die Feststellung einer Umlagepflicht seit Dezember 2005 ein. Sie gab dazu an, ihre Geschäftstätigkeit habe ursprünglich ausschließlich in der Planung, Konstruktion und Lieferung von Brandschutzsystemen gelegen. Später sei auch die Montage der Brandschutzsysteme in den Leistungsumfang aufgenommen worden. Als sich im Innenausbau von Bauwerken die Leichtbauweise durchgesetzt habe, seien auch diese Leistungen in das Spektrum des Unternehmens integriert worden. Inzwischen stelle diese Tätigkeit das Kerngeschäft des Unternehmens dar. Leistungen der Winterbauförderung seien nie beantragt oder bezogen worden. Das Unternehmen arbeite ganzjährig. Es würden nur witterungsunabhängige Tätigkeiten ausgeübt. Der Betrieb sei damit gemäß § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung nicht förderfähig. Ein saisonbedingter Arbeitsausfall ergebe sich nicht. Die Firma gehöre auch zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe, da sie in dem BIG-Trockenbau organisiert sei.

In der Folgezeit erteilte die Beklagte Leistungsbescheide zur Höhe der abzuführenden Winterbeschäftigungs-Umlage für die Zeit ab Dezember 2005 jeweils zuzüglich Mahngebühren. Im Einzelnen ergingen folgende Bescheide:

1. Drei Leistungsbescheide vom 23.12.2010, in denen

a) für den Zeitraum von Dezember 2005 bis April 2006 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 1.475,71 Euro zuzüglich 7,65 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), b) für den Zeitraum von Mai bis September 2006 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.851,75 Euro zuzüglich 14,55 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) und c) für den Zeitraum von Oktober bis Dezember 2006 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 1.711,05 Euro zuzüglich 8,85 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) festgesetzt wurden.

2. Zehn Leistungsbescheide vom 27.12.2010, in denen

a) für den Zeitraum von Dezember 2006 bis April 2007 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.931,79 Euro zuzüglich 14,95 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), b) für den Zeitraum von Mai bis September 2007 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.951,80 Euro zuzüglich 15,05 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), c) für den Zeitraum von Oktober 2007 bis Februar 2008 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.914,12 Euro zuzüglich 14,85 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), d) für den Zeitraum von März bis Juli 2008 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.857,60 Euro zuzüglich 14,55 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), e) für den Zeitraum von August bis Dezember 2008 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.857,60 Euro zuzüglich 14,55 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), f) für den Zeitraum von Januar bis Mai 2009 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.309,20 Euro zuzüglich 11,85 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), g) für den Zeitraum von Juni bis Oktober 2009 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.309,20 Euro zuzüglich 11,85 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), h) für den Zeitraum von Dezember 2009 bis April 2010

Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 2.283,54 Euro zuzüglich 11,70 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx), i) für den Zeitraum von Mai bis August 2010 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 1.811,96 Euro zuzüglich 9,35 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) und j) für den Zeitraum November 2009 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 461,84 Euro zuzüglich 2,60 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) festgesetzt wurden.

3. Leistungsbescheid vom 29.11.2011, in dem für den Zeitraum von Dezember 2006 bis April 2007 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 875,60 Euro zuzüglich 4,65 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) festgesetzt wurde. 12

4. Leistungsbescheid vom 12.12.2011, in dem für den Zeitraum von Oktober bis November 2007 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 1.069,64 Euro zuzüglich 5,65 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) festgesetzt wurde. 13

Gegen die Leistungsbescheide vom 23.12.2010 und vom 27.12.2010 legte die D am 06.01.2011, gegen den Leistungsbescheid vom 29.11.2011 am 15.12.2011 und gegen den Leistungsbescheid vom 12.12.2011 am 21.12.2011 Widerspruch ein. Zur Begründung verwies sie auf ihre Ausführungen im Widerspruch gegen den Bescheid vom 05.11.2010. 14

Durch Widerspruchsbescheid vom 21.11.2012 verwarf die Beklagte den Widerspruch vom 21.12.2011 als unzulässig, da es sich bei dem Leistungsbescheid vom 12.12.2011 um einen Änderungsbescheid gehandelt habe, der gemäß § 86 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des Widerspruchsverfahrens geworden sei. Den Bescheid vom 23.12.2010 (37318/10) änderte sie dahingehend ab, dass sie die Umlageforderung für den Monat Dezember 2006 aufhob. Im Übrigen wies die Beklagte die Widersprüche als unbegründet zurück. Die D gebe selbst an, ausschließlich Trockenbauarbeiten auszuführen. Dies seien bauliche Tätigkeiten im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung. Ihre Angaben entsprächen auch den bei der Betriebsprüfung getroffenen Feststellungen der Beklagten. Aufgrund dieser Feststellungen sei der Betrieb in das Verfahren zur Förderung der Winterbeschäftigung einbezogen worden. Ob von der D in der Vergangenheit bereits Leistungen der Winterbauförderung in Anspruch genommen worden seien und ob für sie im Einzelfall überhaupt das Risiko eines witterungsbedingten Arbeitsausfalles bestehe, sei unerheblich. Da es auf die "Bauzweige" und nicht auf den einzelnen Betrieb ankomme, habe der Verordnungsgeber in zulässiger Weise typisierende Regelungen hinsichtlich der zu fördernden Gruppen des Baugewerbes treffen dürfen. Die Umlagepflicht entfalle auch dann nicht, wenn der Betrieb nur einen Teil der für die bezeichnete Gruppe typischen Arbeiten ausführe und dadurch witterungsunabhängig werde. 15

Durch die Mitgliedschaft der D im BIG-Trockenbau werde auch der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung nicht erfüllt. Bei den Mitgliedern des BIG-Trockenbau handele es sich nicht um eine abgrenzbare, nennenswerte Gruppe, die von dem Verfahren zur Förderung der Winterbeschäftigung ausgenommen werden könne. Der BIG-Trockenbau stehe allen deutschen Trockenbaubetrieben offen. Es werde insoweit nicht unterschieden, ob die Trockenbauarbeiten ausschließlich am wetterfesten Bau erfolgten oder nicht. Die Gruppe der Mitglieder sei danach inhomogen und untauglich, eine abgrenzbare Gruppe im Sinne des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung darzustellen. 16

Am 19.12.2012 hat die Fa. D Klage zum Sozialgericht Düsseldorf erhoben. 17

Sie unterliege nicht der Winterbauförderung. Die Beschäftigung der Mitarbeiter könne durch Maßnahmen der Winterbauförderung nicht verbessert werden, da nur in witterungsgeschützten Räumen gearbeitet werde. Gegenstand des Unternehmens sei das 18

Gewerk Trockenbau, das nur bei bereits bestehender Gebäudehülle im Rahmen eines reinen Innenausbaus durchgeführt werde. Es fielen keinerlei witterungsabhängige Tätigkeiten an. Vielmehr würden ausschließlich Arbeiten im Akustik- und Trockenbau ausgeübt, und zwar beschränkt auf Innenausbau. Es handele sich dabei im Wesentlichen um marktübliche Ständerwandsysteme mit Gipskartonbeplankung. Voraussetzung für die Errichtung dieser Systeme sei das Vorhandensein einer geschlossenen Gebäudehülle, konstanter Temperaturen über 10 Grad und das Vorhandensein sämtlicher aufgehender Wandkonstruktionen des Rohbaus einschließlich Fassaden und Fensterkonstruktion. Auch müsse der vorgesehene Bodenaufbau vorhanden sein. Außenarbeiten würden nicht durchgeführt, auch nicht im Bereich der Dämmung von Außenwänden. Angebote für Außendämmungen würden von der D nicht abgegeben, Dämmungsarbeiten würden immer nur innenseitig ausgeführt. Sämtliche Arbeiten würden im Anschluss an die notwendige Raumtrocknung in trockenen und temperierten Räumen ausgeführt. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung seien erfüllt. Die D unterfalle einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe von Betrieben. Zwar sei sie nicht Mitglied der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau des Hauptverbandes der deutschen Bauindustrie, aber dem BIG-Trockenbau. Im Übrigen erfülle sie auch alle Kriterien für die Mitgliedschaft in der Fachabteilung Akustik- und Trockenbau.

Während des Klageverfahrens hat die Beklagte weitere Leistungsbescheide erteilt:	19
Durch Bescheid vom 06.09.2013 hat sie für den Zeitraum von Dezember 2008 bis April 2009 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 592,72 Euro zuzüglich Mahngebühren von 3,25 Euro (Gz.: xxx),	20
durch Bescheid vom 22.10.2013 für den Zeitraum von Mai bis September 2009 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 1.233,63 Euro zuzüglich 6,45 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx)	21
und durch Bescheid vom 06.11.2013 für die Zeit von Oktober 2009 bis Februar 2010 Winterbeschäftigungs-Umlage in Höhe von 878,37 Euro zuzüglich 4,65 Euro Mahngebühren (Gz.: xxx) festgesetzt.	22
Gegen die Bescheide vom 06.09.2013 und vom 06.11.2013 hat die D am 12.09.2013 bzw. 14.11.2013 Widerspruch eingelegt. Ein Widerspruch gegen den Bescheid vom 22.10.2013 ist nicht aktenkundig.	23
Die D hat schriftsätzlich beantragt,	24
den Feststellungsbescheid vom 05.11.2010 und die Leistungsbescheide vom 23.12.2010, 27.12.2010, 29.11.2011 und 12.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.11.2012 und der Bescheide vom 06.09., 22.10. und 06.11.2013 aufzuheben.	25
Die Beklagte hat schriftsätzlich beantragt,	26
die Klage abzuweisen.	27
Die angefochtenen Bescheide seien rechtmäßig. Nach ihrem Internetauftritt nehme die D auch die Dämmung von Außenwänden vor. Neben Trockenbauarbeiten übe sie also auch andere Tätigkeiten aus. Sie unterfalle mithin der Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung. Die Ausnahmenvorschrift des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung sei auf die D hingegen nicht anwendbar. Es reiche hierfür nicht aus, dass ein Bundesverband Trockenbau	28

bestehe, da die Vorschrift ansonsten ausgehebelt werde. Die D sei auch nicht in einem Bundesverband organisiert, sondern Mitglied des BIG-Trockenbau. Hierbei handle es sich nicht um eine homogene Gruppe, da nicht alle Trockenbaubetriebe tatsächlich witterungsunabhängig tätig seien. Der BIG-Trockenbau nehme aber nicht nur solche Mitglieder auf, die witterungsunabhängig seien, er stehe vielmehr allen Trockenbaubetrieben offen. Die Bescheide vom 06.09., 22.10. und 06.11.2013 seien gemäß § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden, da sie die entsprechenden Bescheide vom 27.12.2010 bezüglich der Forderungen für die Zeiträume von Dezember 2008 bis April 2009, Mai bis September 2009 und Oktober 2009 bis Februar 2010 der Höhe nach abänderten.

Am 02.06.2015, 17.06.2015, 01.07.2015, 16.07.2015, 29.07.2015 und 31.08.2015 (nicht aktenkundig) hat die Beklagte Leistungsbescheide für den Gesamtzeitraum Juli 2011 bis Oktober 2012 erteilt und die hiergegen gerichteten Widersprüche durch Widerspruchsbescheid vom 07.09.2015 als unbegründet zurückgewiesen. Zugleich beschied sie in diesem auch den Widerspruch gegen die Bescheide vom 29.11.2011 (Aufhebung), vom 06.09.2013 und 06.11.2013 (jeweils Zurückweisung). 29

Nachdem sich die Beteiligten mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt hatten, hat das Sozialgericht durch Urteil vom 25.01.2016 30

den Feststellungsbescheid vom 05.11.2010 sowie die Leistungsbescheide 31

vom 23.12.2010 (Gz.: xxx bis xxx), vom 27.12.2010 (Gz.: xxx bis xxx und xxx), vom 29.11.2011 (Gz.: xxx) und vom 12.12.2010 (Gz.: xxx) in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.11.2012 und der Bescheide vom 06.09.2013 (Gz.: xxx), vom 22.10.2013 (Gz.: xxx) und vom 06.11.2013 (Gz.: xxx) aufgehoben. 32

Die angefochtenen Bescheide seien rechtswidrig und beschwerten die D im Sinne von § 54 Abs. 2 SGG. Zu Unrecht sei die Beklagte von einer Umlagepflicht für den hier streitigen Zeitraum von Dezember 2005 bis einschließlich August 2010 ausgegangen. Gegenstand des Streitverfahrens seien dabei auch die Bescheide vom 06.09.2013 (xxx), vom 22.10.2013 (xxx) und vom 06.11.2013 (xxx) gemäß § 96 SGG geworden. Diese Bescheide seien nämlich nach Erlass des Widerspruchsbescheides ergangen und änderten bzw. ersetzten die Bescheide vom 27.12.2010, in denen die Umlagepflicht für die Zeiträume Dezember 2008 bis April 2009, Mai bis September 2009 bzw. Oktober 2009 bis Februar 2010 festgestellt worden sei. Soweit Bescheide für Zeiträume nach August 2010 erteilt worden seien, seien diese hingegen nicht Gegenstand des Streitverfahrens geworden, da sie die Leistungsbescheide vom 23.12.2010 und 27.12.2010, vom 29.11.2011 und vom 12.12.2011 weder änderten, noch ersetzten. 33

Gemäß § 354 SGB III in den bis zum 31.03.2012 gültigen Fassungen vom 23.11.1999 und vom 24.04.2006 würden die Mittel für die ergänzenden Leistungen nach § 175a (ab 01.04.2012 § 102) SGB III einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhingen, in dem durch Verordnung nach § 182 Abs. 3 (ab 01.04.2012 § 109 Abs. 3) SGB III bestimmten Wirtschaftszweigen durch Umlage aufgebracht. Die Umlage werde unter Berücksichtigung von Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien der Wirtschaftszweige von Arbeitgebern oder gemeinsam von Arbeitgebern sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgebracht und getrennt nach Zweigen des Baugewerbes und weiteren Wirtschaftszweigen abgerechnet. Nach § 182 Abs. 3 SGB III alter Fassung (a.F.) bzw. § 109 Abs. 3 SGB III werde das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt, auf Grundlage von Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürften, festzulegen, 34

ob, in welcher Höhe und für welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die ergänzenden Leistungen nach § 175a a.F. bzw. § 102 Abs. 2 bis 4 in den Zweigen des Baugewerbes und den einzelnen Wirtschaftszweigen erbracht würden. Die Umsetzung sei in der am 01.05.2006 in Kraft getretenen Winterbeschäftigungsverordnung erfolgt. Nach § 1 dieser Verordnung würden die ergänzenden Leistungen nach § 102 SGB III an gewerbliche Arbeitnehmer von Betrieben u.a. des Baugewerbes (§ 1 Abs. 2 Baubetriebe-Verordnung) erbracht. In welchen Zweigen des Baugewerbes die ganzjährige Beschäftigung in der Bauwirtschaft zu fördern sei und welche Zweige nicht in die Förderung einbezogen seien, folge aus der aufgrund von § 216 Abs. 2 SGB III a.F. erlassenen Baubetriebe-Verordnung.

In dem hier streitigen Zeitraum der Heranziehung der D zur Winterbeschäftigungs-Umlage sei diese durchgängig ein Betrieb des Baugewerbes gewesen. Gemäß § 101 Abs. 2 SGB III (§ 175 Abs. 2 SGB III a.F.) fiel unter diesen Begriff ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringe. Bauleistungen seien alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienten. Die von der D angebotenen Leistungen unterfielen dieser Vorschrift. Sie sei im Bereich des industriellen Akustik- und Trockenbaus tätig. Zwischen den Beteiligten sei unstrittig, dass sie Trocken- und Montagebauarbeiten (z.B. Wand- und Deckeneinbau und -Verkleidungen, Montage von Baufertigteilen) einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung ausführe. Nach Angaben der D werde ausschließlich das Gewerk Trockenbau durchgeführt, dies im Rahmen eines reinen Innenausbaus. Außendämmungsarbeiten würden hingegen nicht erbracht. Dies werde bestätigt durch die von der D im Termin zur Erörterung des Sachverhaltes vorgelegten Unterlagen. Das Gericht habe deshalb keine Veranlassung gesehen, zur Art der von ihr ausgeführten Tätigkeiten weiteren Beweis - z.B. durch Einholung eines Sachverständigengutachtens - zu erheben. Auch seitens der Beklagten seien bzgl. der Art der ausgeübten Tätigkeit keine Einwände vorgebracht worden. 35

Ob im Einzelfall das Risiko eines witterungsbedingten Arbeitsausfalls bestehe, insbesondere ob in der Vergangenheit bereits Leistungen der Winterbeschäftigungsförderung in Anspruch genommen worden seien, sei für die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage aber grundsätzlich ohne Bedeutung. Die Entscheidung über die Förderungsfähigkeit erstrecke sich nämlich nicht auf die Förderungsfähigkeit einzelner Betriebe, sondern die Förderungsfähigkeit von Betriebszweigen. Die Umlagepflicht entfalle auch dann nicht, wenn der Betrieb nur einen Teil der für die bezeichneten Gruppen typischen Arbeiten ausführe - z.B. überwiegend Innenarbeiten - und dadurch witterungsunabhängig werde. Die D unterfalle aber der Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung. Danach seien Betriebe und Betriebsabteilungen im Sinne des Abs. 1 von einer Förderung der ganzjährigen Beschäftigung ausgeschlossen, wenn sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehörten, bei denen eine Einbeziehung nach den Absätzen 2 bis 4 nicht zu einer Belebung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne einer ganzjährigen Bautätigkeit führe. Nach der Rechtsprechung des BSG sei für die Zuordnung eines Betriebes zu einer nicht förderungsfähigen Betriebsgruppe Voraussetzung, dass der Betrieb konkret nicht förderfähig und dieser Umstand bei einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe von Betrieben feststellbar sei. 36

Aufgrund der konkret durchgeführten Tätigkeiten der D sei diese nicht förderungsfähig. Die von ihr ausgeübten Arbeiten beschränkten sich - wie im Erörterungstermin von der Beklagten unwidersprochen ausgeführt - vollständig auf das Gewerk Trockenbau, das nur im Rahmen eines reinen Innenausbaus durchgeführt werde. Vorausgesetzt werde eine bestehende Gebäudehülle im Sinne des Vorhandenseins von Fassaden einschließlich von 37

Fensterkonstruktionen. Zusätzlich müssten sämtliche Wandkonstruktionen des Rohbaus vorhanden sein und konstante Temperaturen über 10 Grad bestehen. Die Arbeiten der D würden in trockenen und temperierten Räumen im Anschluss an die notwendige Raumtrocknung durchgeführt. Diese von ihr angegebenen Voraussetzungen für die Durchführung der angebotenen Trockenbauarbeiten würden in den vorgelegten Merkblättern des Bundesverbandes der Gips- und Gipsbauplattenindustrie bestätigt. Eine Förderungsfähigkeit der D ergebe sich danach nicht. Leistungen der Winterbauförderung seien daher bislang auch nicht in Anspruch genommen worden.

Zusätzliche Voraussetzung sei gemäß § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung aber, dass die D zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehöre. Abgrenzbar und nennenswert sei eine Gruppe nach der Rechtsprechung des BSG z.B., wenn die Tarifvertragsparteien im Katalog des BRTV-Bau inzwischen eine neue Aufteilung vorgenommen hätten, die einen nicht witterungsabhängigen Zweig des Baugewerbes getrennt aufführe, oder wenn sich im Wirtschaftsleben 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 seien. Als Indizien für das Vorliegen einer derartigen Gruppe könne gelten, dass sich ein Bundesverband gleichartiger Unternehmen gebildet habe. Diese zweite Alternative werde von der D erfüllt, denn sie sei Mitglied der BIG-Trockenbau. Allein die Bildung eines Interessenverbandes gleichartiger Unternehmen reiche nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aus, um von einer dauerhaften Gruppe witterungsunabhängiger Unternehmen auszugehen. Dabei habe es von zahlenmäßigen Vorgaben ausdrücklich Abstand genommen. Danach sei auch unerheblich, dass die D Mitglied des BIG-Trockenbau und nicht der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau des Hauptverbandes der deutschen Bauindustrie sei. 38

Eine andere Beurteilung sei auch nicht aufgrund des Urteils des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 23.04.2015 - L 16 AL 205/11 - vorzunehmen, da diesem kein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde gelegen habe. Die dortige Klägerin habe witterungsabhängige Tätigkeiten ausgeübt, sei durch ergänzende Leistungen nach § 102 SGB III bzw. § 175 a SGB III a.F. förderbar gewesen und habe zudem in der Vergangenheit auch Förderleistungen in Anspruch genommen. 39

Der Klage sei nach alledem stattzugeben gewesen. Vorsorglich habe das Gericht dabei den Aufhebungsausspruch auch auf den Bescheid vom 22.10.2013 (Gz.: xxx) erstreckt. Sowohl im Tenor als auch der Begründung des Widerspruchsbescheides vom 07.09.2015 werde als Bescheiddatum der 22.10.2012 genannt, ferner ein falsches Geschäftszeichen (xxx anstelle von 94149/13) angegeben. 40

Gegen das ihr am 02.02.2016 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 11.02.2016 Berufung beim Landessozialgericht zum Az. L 9 AL 31/16 eingelegt. 41

Am 16.02.2016 ist die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der D auf den jetzigen Kläger als vorläufigen Insolvenzverwalter übergegangen. Ab diesem Zeitpunkt war das Verfahren unterbrochen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Beschluss des Amtsgerichtes L vom 06.06.2016 (xxx) ist der Kläger als Insolvenzverwalter am 11.04.2017 in das sodann unter dem Az. L 9 AL 94/17 neu eingetragene Verfahren eingetreten. 42

Das Sozialgericht gehe, so die Beklagte, zu Unrecht davon aus, dass die D der Ausnahmevorschrift des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung unterfalle, weil sie Mitglied des BIG-Trockenbau sei. Unter Berücksichtigung der Entscheidung des erkennenden Senates 43

vom 18.05.2017 zum Az. L 9 AL 10/13 fehle auch dem BIG-Trockenbau das Merkmal der Einheitlichkeit. Denn wie bei der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau stehe auch der Beitritt zu dieser allen Baufirmen offen, die Akustik und Trockenbau ausführen. Zudem werde keine Unterscheidung zwischen witterungsabhängigen und -unabhängigen Betrieben vorgenommen. Auch der BIG-Trockenbau sei rechtlich und politisch nicht in der Lage, die Belange von Trockenbaubetrieben im Wirtschaftsleben gegenüber Politik und Verwaltung oder den Tarifpartnern unabhängig vom sonstigen Bauhauptgewerbe zu vertreten. Wenn man annähme, dass diese eine abgrenzbare Gruppe i.S.d. § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung sei, dann würde das Regel-Ausnahme-Verhältnis, welches die Verordnung festlege, auf den Kopf gestellt. Denn § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung lege fest, dass Trockenbaubetriebe grundsätzlich umlagepflichtig seien und nur in Ausnahmefällen nicht.

Die Beklagte beantragt, 44

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 25.01.2016 abzuändern und die Klage abzuweisen. 45

Der Kläger beantragt, 46

die Berufung zurückzuweisen. 47

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. 48

Die Beklagte sei der Feststellung, dass die D aufgrund der von ihr konkret durchgeführten Tätigkeiten nicht förderungsfähig gewesen sei, nicht entgegengetreten. Diese habe ihr Gewerk Trockenbau nur im Rahmen eines reinen Innenausbaus betrieben. Dementsprechend sei sie auch nicht förderungsfähig gewesen. Das sei auch dadurch bewiesen, dass Leistungen der Winterhilfe zu keinem Zeitpunkt von der D in Anspruch genommen worden seien. Die Beurteilung der Förderungsfähigkeit sei stets betriebsbezogen vorzunehmen. Zudem zähle die D auch zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe nach den vom BSG herausgearbeiteten Voraussetzungen. Sie gehöre mit dem BIG-Trockenbau gerade einer solchen Gruppe an. Die Negierung dieses Umstandes durch die Beklagte sei völlig unsubstantiiert. Sie bleibe die Nachweise dafür schuldig. Ihre Berufung auf die Entscheidungen des Senates vom 18.05.2017 zum Az. L 9 AL 10/13 sowie des 16. Senates vom 23.04.2014 zum Az. L 16 AL 205/11 gehe ins Leere, da diese andere Sachverhalte betreffen. 49

Der BIG-Trockenbau hat auf Aufforderung des Senates die zwischen 2005 und 2007 gültige Fassung der Vereinssatzung übersandt. Die aktuelle Fassung vom 03.05.2016 ist auf deren Homepage verfügbar. 50

Die D hat vor Insolvenzeröffnung zur Abwendung einer angekündigten Zwangsvollstreckung ab August 2015 9.000,00 Euro in sechs gleichen Raten ohne Anerkennung einer Rechtspflicht unter Vorbehalt der Rückforderung an die Beklagte gezahlt. 51

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte, die Gerichtsakte zu dem Az. L 9 AL 151/14 B ER sowie die Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen. Diese Unterlagen haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 52

Entscheidungsgründe: 53

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht (§ 151 SGG) eingelegte Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 25.01.2016 ist begründet, da die Klage zulässig, aber unbegründet ist.	54
Der Insolvenzverwalter ist hier an Stelle der Insolvenzschuldnerin in das Verfahren auf Klägerseite als Partei kraft Amtes in gesetzlicher Prozessstandschaft eingetreten (vgl. § 80 Abs. 1 InsO). Das Insolvenzverfahren ist ausweislich der Eintragungen im Handelsregister noch nicht abgeschlossen.	55
Gegenstand des Klage- und Berufungsverfahrens sind der Feststellungsbescheid vom 05.11.2010 sowie die Leistungsbescheide vom 23.12.2010 (Gz.: xxx bis xxx), vom 27.12.2010 (Gz.: xxx bis xxx und xxx) und vom 12.12.2010 (xxx) in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.11.2012 und der Bescheide vom 06.09.2013 (Gz.: xxx), vom 22.10.2013 (Gz.: xxx) und vom 06.11.2013 (Gz.: xxx), mit denen die Beklagte die Umlagepflicht dem Grunde nach sowie die Höhe der Umlage für die Monate Dezember 2005 bis August 2010 festgesetzt hat. Nicht mehr Gegenstand des Verfahrens ist - entgegen der Auffassung des Sozialgerichtes - der Bescheid vom 29.11.2011, da dieser in dem Widerspruchsbescheid vom 07.09.2015 aufgehoben worden ist.	56
Statthafte Klageart bei der gerichtlichen Überprüfung eines die Umlagepflicht feststellenden Bescheides ist die (isolierte) Anfechtungsklage i.S.v. § 54 Abs. 1 SGG (vgl. BSG, Urteil vom 22.08.1990 - 10 RAr 18/89 -, juris).	57
Das Sozialgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Denn der Kläger ist durch die angefochtene Entscheidung der Beklagten nicht beschwert im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig, denn die D war im Streitzeitraum zur Zahlung der Winterbau- bzw. Winterbeschäftigungs-Umlage in der festgesetzten Höhe verpflichtet.	58
Gemäß § 354 SGB III in der bis zum 31.03.2012 geltenden Fassung des Gesetzes zur Förderung ganzzjähriger Beschäftigung vom 24.04.2006 (BGBl. I, S. 926 im folgenden: a. F.) werden die Mittel für die ergänzenden Leistungen nach § 175a (nach aktueller Fassung des Gesetzes der Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, BGBl. I, S. 2854, die ergänzenden Leistungen nach § 102) einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, in den durch Verordnung nach § 182 Abs. 3 (nach aktueller Fassung des Gesetzes der Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, BGBl. I, S. 2854, nach § 109 Abs. 3) bestimmten Wirtschaftszweigen durch Umlage aufgebracht. 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.	59
Nach § 182 Abs. 3 SGB III (a.F.) bzw. § 109 Abs. 3 SGB III (aktuelle Fassung) 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 (nach aktueller Fassung § 102 Abs. 2 bis 4) in den Zweigen des Baugewerbes und den einzelnen Wirtschaftszweigen erbracht werden. Auf dieser Grundlage finden sich nähere Bestimmungen in der Winterbau-Umlageverordnung bzw. (ab dem 01.05.2006) in der Winterbeschäftigungs-Verordnung, deren § 1 jeweils Arbeiter bzw. gewerbliche Arbeitnehmer von Betrieben des Baugewerbes nach § 1 Abs. 2 Baubetriebe-Verordnung als	60

Anspruchsberechtigte nennt. Die Umlage ist gemäß § 1 Winterbau-Umlageverordnung bzw. § 2 Winterbeschäftigungs-Verordnung von den jeweiligen Betrieben aufzubringen.

Die Baubetriebe-Verordnung wiederum wurde durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales aufgrund Ermächtigung in § 182 Abs. 2 SGB III (a. F.) bzw. § 109 Abs. 2 SGB III (aktuelle Fassung) erlassen, wonach die Wirtschaftszweige, deren Betriebe dem Baugewerbe zuzuordnen sind, festzulegen sind. Die Betriebe, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist, ergeben sich aus der auf dieser Grundlage bestehenden Baubetriebe-Verordnung, nach deren über den 30.04.2006 hinaus unverändert gebliebenen § 1 Abs. 2 Nr. 36 dazu Betriebe zu zählen sind, die insbesondere Trocken- und Montagebauarbeiten (z.B. Wand- und Deckeneinbau und -verkleidungen), Montage von Baufertigteilen einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern, ausführen. 61

Der Betrieb der D stellte u.a. Wand- und Deckensysteme sowie Tür- und Fensterelemente her und montierte diese. Er gehörte damit zu den in § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung genannten Betrieben, was zwischen den Beteiligten auch nicht streitig ist. 62

Zu Unrecht ist das Sozialgericht aber vom Eingreifen des Ausschlusstatbestandes des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung, der sich nach dem 30.04.2006 nicht in hier entscheidender Weise geändert hat, ausgegangen. Danach sind Betriebe und Betriebsabteilungen von der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe ausgeschlossen, wenn sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehören, bei denen eine Einbeziehung nach den Abs. 2 bis 4 nicht zu einer Belebung der ganzjährigen Bautätigkeit oder (seit dem 01.05.2006) zu einer Stabilisierung der Beschäftigungsverhältnisse der von saisonbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Arbeitnehmer führt. 63

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes ist in diesem Zusammenhang zunächst zu prüfen, ob der Betrieb konkret nicht förderungsfähig ist (vgl. BSG, Urteil vom 09.09.1999 - B 11 AL 27/99 -, juris Rn. 21). Weitere Voraussetzung ist dann die Zugehörigkeit zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe im Sinne des § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung. Diese soll dann vorliegen, wenn die Tarifvertragsparteien im Katalog des BRTV-Bau inzwischen eine neue Aufteilung vorgenommen haben, die einen nicht witterungsabhängigen Zweig des Baugewerbes nunmehr getrennt aufführt, oder wenn sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte, einheitliche, nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende, dauerhafte Gruppe etabliert hat, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig sind. Als Indizien für das Vorliegen einer derartigen Gruppe könnte gelten, dass sich ein Bundesverband gleichartiger Unternehmen gebildet hat (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.1996 - RAr 10/94 -, juris Rn. 31 ff.). 64

Für die D liegen hinsichtlich ihrer konkreten Förderungsfähigkeit keine eindeutigen Erkenntnisse vor, auch wenn diese seit ihrer Gründung 1985 keine Leistungen der Winterbauförderung in Anspruch genommen haben sollte. Es kann jedoch letztlich dahinstehen, ob die D konkret förderungsfähig gewesen ist, da sie jedenfalls nicht zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung des BSG gehört. Dagegen spricht bereits der Umstand, dass die Tarifvertragsparteien im Katalog des Manteltarifvertrages bzw. (ab dem 01.04.2008) des BRTV-Bau keine neue Aufteilung vorgenommen haben, die Trockenbaubetriebe vom Geltungsbereich ausnehmen würde, wenn sie überwiegend im Innenausbau tätig sind. 65

Für Betriebe, die arbeitszeitlich überwiegend Trocken- und Montagebauarbeiten (z.B. Wand- und Deckeneinbau bzw. -verkleidungen, Montage von Baufertigteilen), einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern ausführen, gelten seit dem 01.04.2008 66

wieder die allgemeinverbindlichen Tarifverträge, die das Bauhandwerk und die Bauindustrie mit der Industriegewerkschaft Bauen Agrar Umwelt geschlossen haben. Aber auch in den zuvor zwischen der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für den Trockenbau und andere Ausbaugewerke und dem BIG-Trockenbau, zuletzt mit Laufzeit vom 01.04.2006 bis zum 31.03.2008 bestehenden Manteltarifvertrag, gab es keine Unterscheidung zwischen witterungsunabhängigen und witterungsabhängigen Betrieben. Der Manteltarifvertrag vom 09.02.2006 galt gemäß § 1 Ziffer 3 fachlich für Betriebe, die Trocken-, Montage- und Innenausbauarbeiten aller Art ausführen, also Trockenbaukonstruktionen ein- und ausbauen, verankern, herstellen, sanieren und Instandsetzen, insbesondere (...) Oberflächen mit Korrosionsschutzmitteln und Holzschutzimprägnierungen behandeln, (...) Fassadenkonstruktionen und -bekleidungen montieren, verankern, sanieren und instand setzen.

Ebenso wenig ist erkennbar, dass sich im Wirtschaftsleben eine bestimmte einheitliche Gruppe herausgebildet hätte. Dem BIG-Trockenbau, dessen Mitglied die D war, fehlt es an dem Merkmal der Einheitlichkeit. Denn der Beitritt hierzu steht allen Unternehmen offen, die Trockenbau ausführen. Es wird dabei keine Unterscheidung zwischen witterungsabhängigen und -unabhängigen Betrieben vorgenommen (vgl. Senat, Urteil vom 18.05.2017 - L 9 AL 10/13, juris, LSG NRW, Urteil vom 23.04.2015 - L 16 AL 205/11 - juris Rn. 43).

67

Der Senat hat bereits entschieden, dass es sich bei der Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. nicht um eine abgrenzbare Gruppe gehandelt hat. Nichts anderes gilt im Ergebnis für den BIG-Trockenbau. Noch in der Klageschrift wurde zutreffend die Identität beider Sachverhalte geschildert und der BIG-Trockenbau als konkurrierender Verband zur Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau im Bundesverband der Deutschen Bauindustrie "mit gleichen inhaltlichen Zielen und auch gleicher Fachrichtung der Mitglieder" beschrieben. Zwar besitzt der BIG-Trockenbau im Unterschied zur vorgenannten Bundesfachabteilung Akustik- und Trockenbau eine rechtliche Selbständigkeit, denn er war im Streitzeitraum eingetragener Verein (später eingetragener Verband). Allerdings stand der Beitritt zu diesem Verein ausweislich ihrer öffentlichen Selbstdarstellung (s. insoweit bereits LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05.03.2010 - L 1 AL 46/08 -, n.v.), aber auch von § 3 Abs. 1 der Satzung i.d.F. vom 24.09.2008 "allen Unternehmen aus dem Trockenbaugewerbe" (sowie aktuell i.d.F. vom 03.05.2016 "allen Unternehmen aus dem Trockenbau- und Ausbaugewerbe sowie Handels- oder Industrieunternehmen mit Bezug zum Trockenbaugewerbe") offen. Eine Unterscheidung zwischen witterungsabhängigen und witterungsunabhängigen Betrieben ist danach weder erfolgt noch beabsichtigt. Der BIG-Trockenbau will also keine vom Gewerbebezweig des § 1 Abs. 2 Nr. 36 Baubetriebe-Verordnung abgrenzbare Gruppe von Betrieben. Der Senat knüpft weiterhin mit dem 16. Senat an das formale Kriterium der Zugangsmöglichkeit zu dem Verein bzw. Verband an. Es kommt mithin nicht auf den jeweiligen Bestand, also die Frage, ob die Mitgliedsunternehmen im Streitzeitraum sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig waren, an.

68

Einwände gegen die Höhe und rechnerische Richtigkeit der von der Beklagten festgesetzten Umlageforderung hat der Kläger nicht geltend gemacht und sind für den Senat auch nicht ersichtlich. Die Beitragsfestsetzung beruht auf der Kontenführung der SOKA-Bau und diese wiederum auf den Angaben der D. Sie ist gemäß § 355 SGB III und (bis zum 30.04.2006) der Winterbau-Umlageverordnung bzw. (ab dem 01.05.2006) der Winterbeschäftigungs-Verordnung erfolgt.

69

Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Streitwert war nicht lediglich auf 5.000,00 Euro festzusetzen (§§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes), da nicht nur der Grundlagenbescheid, sondern daneben auch Leistungsbescheide im Streit standen. Das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten war daher anhand der dort für den Streitzeitraum festgesetzten Umlagen zu bestimmen. Der Senat legt hier insgesamt 30.057,27 Euro zu Grunde. 71

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 Nr. 1, 2 SGG) bestehen nicht. 72