

L 2 AL 22/23 B ER

Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 2 AL 94/23 ER
Datum
18.08.2023
2. Instanz
-
Aktenzeichen
L 2 AL 22/23 B ER
Datum
06.11.2023
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes lässt sich nicht feststellen, dass ein Betrieb, der Facility Service und Facility Management anbietet, zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe von Betrieben iSv § 1 Abs 5 BaubetrV gehört, bei denen eine Einbeziehung in die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Schlechtwetterzeit nicht zu einer Belebung der wirtschaftlichen Tätigkeit oder zu einer Stabilisierung der Beschäftigungsverhältnisse der von saisonbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Arbeitnehmer führt.

Der Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 18. August 2023 wird dahingehend berichtigt, dass der Tenor betreffend die Kosten wie folgt lautet: „Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.“

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 33.900 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen ihre Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage.

Ihr Betrieb gehört nach ihrer Darstellung zur Branche „Facility Service und Facility Management“. Als Gegenstand ihres Unternehmens wurde am 12. August 2014 ins Handelsregister eingetragen: „Vergabe von Bauleistungen, insbesondere Sanierung von Gebäuden und Bestandspflege von Gebäuden sowie eigenständige Ausführung von Dachdecker-, Installateur-, Heizungsbau- und Elektrotechniker-Arbeiten“ (Amtsgericht T., Aktenzeichen HRB 2...). Im Jahr 2020 wurde als neuer Unternehmensgegenstand erfasst: „Erbringung von kaufmännischen und telefonischen Dienstleistungen, einschließlich des Betriebes einer Servicezentrale, insbesondere – aber nicht ausschließlich – einer Telefonzentrale zur Annahme von Anrufen, technischen Verarbeitung von Meldungen, Erteilung von Aufträgen sowie Organisieren von Prozess-Abläufen wie Tourenplanung und Notdienst-Regelungen“. Bei der Stadt Bad A. als zuständiger Gewerbebehörde waren bis Mai 2021 neben der auch danach weiterhin angemeldeten Tätigkeit „Erbringung von kaufmännischen und telefonischen Dienstleistungen [...]“ u.a. folgende Tätigkeiten angemeldet: „Vergabe von Bauleistungen [...] sowie eigenständige Ausführung von Dachdecker-, Installateur-, Heizungsbau- und Elektrotechniker-Arbeiten“.

Mit zwei Schreiben vom 3. und 4. November 2021 wandte sich die Antragsgegnerin an die Antragstellerin. In beiden Schreiben führte sie aus, die Antragstellerin habe die Winterbeschäftigungs-Umlage über die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft – Einzugsstelle (ULAK) abzuführen, sei jedoch ihrer Verpflichtung zur monatlichen Meldung bzw. Zahlung einschließlich ggf. bereits fälliger Säumniszuschläge nicht nachgekommen. Die im Folgenden monatsweise aufgeschlüsselten Forderungen seien ihr zur Durchführung des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens gemeldet worden. Sowohl für das Jahr 2017 (Schreiben vom 3. November 2021) als auch für das Jahr 2018 (Schreiben vom 4. November 2021) bezifferte die Antragsgegnerin die Forderungen auf jeweils 67.800 € zzgl. einer Mahngebühr i.H.v. 150 €.

Mit ihren Widersprüchen gegen diese Schreiben machte die Antragstellerin geltend, sie sei nicht zu der Umlage heranzuziehen. Dazu könne nur verpflichtet werden, wer auch selbst gefördert werden könne. Dies sei bei ihr nicht der Fall. Es sei zwar unstreitig, dass sie nicht arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten eines Ausnahmegewerks verrichte. Maßgeblich sei aber die Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 5 Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV). Diese greife für die Branche „Facility Service und Facility Management“. Insoweit sei darauf abzustellen, ob sich innerhalb eines grundsätzlich förderungsfähigen Wirtschaftszweigs in nennenswertem Umfang witterungsunabhängige

Spezialbetriebe entwickelt hätten, die keiner Förderung bedürften. Es gebe – nach ihrer Kenntnis – kein Unternehmen der Branche, das die Wintergeld-Umlage zahle, und kein Unternehmen, das je Saison-Kurzarbeitergeld beantragt habe, weil es die dafür notwendigen saisonalen Schwankungen des Arbeitsaufkommens strukturell nicht geben könne. Schon die Zugehörigkeit zur Baubranche sei strittig. Man verstehe sich traditionell in Abgrenzung dazu. Keiner der Arbeitnehmer arbeite „auf einer Baustelle“. Dementsprechend sei man in einem eigenständigen Verband organisiert, der German Facility Management Association; diese sei der Branchenverband des Facility-Managements.

Weiter führte die Antragstellerin aus, ihr Geschäftsmodell sei ein anderes als bei klassischen Bauunternehmen. Die Branche bestehe aus Unternehmen und Betrieben, die überwiegend kontinuierliche Renovierungs- und Modernisierungsarbeiten in einem unternehmenseigenen oder mit dem Unternehmen und dem Eigentümer vertraglich definierten Wohnungsbestand verrichteten, ohne Leistungen im Neubau zu erbringen. Die Abrechnung erfolge – etwa wie bei anderen „Hausmeistertätigkeiten“ – regelmäßig durch ein pauschaliertes, an der Größe und dem Zustand des Wohnungsbestandes ausgerichtetes monatliches Serviceentgelt. Gegenstand seien lediglich – im Einzelnen dargelegte – Kleinreparaturen und Handwerkerleistungen im Innenbereich.

Die Antragsgegnerin wies die Widersprüche mit Widerspruchsbescheid vom 26. Juni 2023 zurück. Sie führte aus: Mit den beiden Leistungsbescheiden und Vollstreckungsmahnungen sei die Antragstellerin zu Recht aufgefordert worden, die für ihren Betrieb zu leistende Winterbeschäftigungs-Umlage zzgl. Mahngebühren zu zahlen. Sie unterliege der Umlagepflicht aus [§ 354 Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung \(SGB III\)](#). Gemäß [§ 101 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) werde vermutet, dass Betriebe, die Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringen, Baubetriebe seien. Diese Vermutung gelte zwar nicht, wenn nachgewiesen werde, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwögen. Diesen Nachweis habe die Antragstellerin aber nicht geführt. Unstreitig unterhalte sie einen Betrieb, der gemäß [§ 1 Abs. 2 BaubetrV](#) zu einem Zweig des Baugewerbes gehöre, in dem die Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft möglich sei, da überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten ausgeführt würden. Der Betrieb sei demnach in die Umlagepflicht einzubeziehen. Ihr zwischenzeitliches Vorbringen, ihr Betrieb falle unter verschiedene Ausnahmetatbestände des [§ 2 BaubetrV](#), habe die Antragstellerin später revidiert. Entgegen ihrem Vorbringen falle ihr Betrieb auch nicht unter [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#). In Abgrenzung zu Betrieben, die objektiv nicht förderungsfähig seien, weil ihre Bautätigkeit bei widrigen Witterungsverhältnissen von vornherein nicht möglich sei, sei der Betrieb der Antragstellerin „konkret nicht förderungsunfähig“, weil gerade in der Schlechtwetterzeit gearbeitet werden könne. Auch die Auffassung, dass als ausschlaggebendes und klares Abgrenzungskriterium die Interessenvertretung durch den Branchenverband German Facility Management Association die witterungsunabhängige und nicht förderungsfähige Tätigkeit belege, überzeuge nicht.

Am 31. Juli 2023 hat die Antragstellerin beim Sozialgericht (SG) Halle Klage erhoben (S 2 AL 95/23). Gleichzeitig hat sie beantragt, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen.

Die Antragstellerin meint, es bestünden ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Widerspruchsbescheids. Zu ihren Gunsten greife der Ausnahmetatbestand des [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#). Ihr Betrieb sei entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin konkret nicht förderungsfähig. Es sei offensichtlich keine saisonal schwankende Beschäftigungslage gegeben. Die von ihr verrichteten Tätigkeiten seien im Wesentlichen nicht witterungsabhängig und könnten ganzjährig verrichtet werden. Dass ihr Betrieb nicht konkret förderungsfähig sei, werde dadurch untermauert, dass sie zu keinem Zeitpunkt entsprechende Leistungen in Anspruch genommen habe. Sie gehöre zur Branche „Facility Service und Facility Management“ und damit zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe im Sinne von [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#).

Mit Beschluss vom 18. August 2023 hat das SG den Antrag abgelehnt, weil nach der gebotenen Interessenabwägung das Vollzugsinteresse der Öffentlichkeit das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiege. Nach der im Eilverfahren allein möglichen summarischen Prüfung sei der Ausgang des Klageverfahrens nach dem bisherigen Sachstand offen. Die Klage der Antragstellerin habe keine überwiegenden Erfolgsaussichten. Nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen habe die Antragstellerin in den Jahren 2017 und 2018 näher bezeichnete Bauleistungen erbracht. Soweit sie dargestellt habe, dass sie auch Tätigkeiten im Sinne von [§ 2 BaubetrV](#) durchgeführt habe, sei nicht vorgetragen, dass diese Tätigkeiten überwögen hätten, so dass gemäß [§ 101 Abs. 3 SGB III](#) davon auszugehen sei, dass es sich bei der Antragstellerin im maßgeblichen Zeitraum um einen Baubetrieb im Sinne von [§ 101 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) gehandelt habe. Ihr Betrieb sei auch nicht nach [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#) von der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung ausgeschlossen und damit von der Umlagepflicht befreit gewesen. Nach dieser Vorschrift könnten zwar nicht nur solche Betriebe ausgeschlossen sein, deren Tätigkeiten auch im Falle einer Förderung nicht im Winter durchgeführt werden könnten. Ausgeschlossen sein könnten auch solche Betriebe, die ausschließlich witterungsunabhängige Bauleistungen erbrächten; denn auch in diesen Betrieben könne die Winterbauförderung keinen Beitrag zu einer ganzjährigen Beschäftigung leisten. Doch selbst wenn man davon ausgehe, dass der Betrieb der Antragstellerin wegen ausschließlich witterungsunabhängiger Tätigkeiten nicht durch die Winterbauförderung gefördert werden könne, seien die Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#) nicht erfüllt, weil der Betrieb nicht zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe von Betrieben gehöre, deren Einbeziehung in die Winterbauförderung nicht zu einer Belebung der ganzjährigen Bautätigkeit führe. Weder hätten die Tarifvertragsparteien im Katalog des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe eine Aufteilung vorgenommen, in der nicht witterungsabhängige Betriebe des Facility Managements getrennt aufgeführt würden, noch handle es sich bei den Unternehmen des Facility Managements um eine einheitliche und dauerhafte Gruppe von Betrieben, die sämtlich nicht witterungsabhängig seien. Bereits die – näher beschriebenen – vielfältigen Aufgaben des Facility Managements führten dazu, dass es sich bei Unternehmen, die in diesem Bereich am Markt tätig seien, nicht um eine einheitliche Gruppe handle. Auch die Bildung des gefma Deutscher Verband für Facility Management e.V. sei kein hinreichendes Indiz für das Bestehen einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gleichartiger Unternehmen, die sämtlich witterungsunabhängige Bauleistungen erbrächten. Insoweit verweist das SG auf die Satzungsregelungen über die Mitgliedschaft in dem Verein und auf dessen Mitgliederliste. Da sich keine überwiegenden Erfolgsaussichten der Klage feststellen ließen, sei die gesetzliche Wertung des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zu beachten. Es seien keine Tatsachen ersichtlich, die den Vollzug der angegriffenen Bescheide als unbillige Härte erscheinen ließen. Hinsichtlich der Kosten hat das SG entschieden, die Antragstellerin habe „die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens“ zu tragen. Der Beschluss ist den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin am 30. August 2023 zugestellt worden.

Mit ihrer am 29. September 2023 eingelegten Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter. Sie vertieft ihr Vorbringen aus dem Widerspruchs- und dem erstinstanzlichen Verfahren und behauptet, Gegenstand ihres Betriebs seien in der streitgegenständlichen Zeit Kleinreparaturen und Handwerkerleistungen gewesen, die ganz überwiegend im Innenbereich erbracht worden seien. Ihre Arbeitnehmer seien somit keinen witterungsbedingten Erschwernissen ausgesetzt gewesen. Dies sei kein Zufall, sondern ihrem Geschäftsmodell immanent. Beim Branchenverband German Facility Management Association sei sichergestellt, dass ein beachtlicher Teil der über 1.000

Mitglieder Anbieter von Facility Services seien (im August 2020 seien es 19% aller Mitglieder gewesen). Auch von Außenstehenden werde die Branche als abgrenzbare und nennenswerte Gruppe anerkannt, etwa bei der statistischen Erfassung auf [statista.com](#), wo explizit von der „Facility Management-Branche“ gesprochen werde, und bei [datenmarkt.de](#), wo mehrere tausend Unternehmen aufgezählt würden, die dem Bereich Facility Management angehörten. Zudem würden unzählige Seminare im Bereich Facility Management angeboten, u.a. vom TÜV SÜD, und es gebe sogar eine Ausbildung zum Fachwirt Facility Management. Im Wettbewerb mit Unternehmen, die Facility Services anböten, stünden nicht Betriebe des Baugewerbes, sondern solche, die sich auf klassische Hausmeister- und Handwerkerleistungen spezialisiert hätten. Überdies brächten selbst die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes zum Ausdruck, dass Betriebe, die Facility Services verrichteten, nicht vom Sozialkassenverfahren erfasst sein müssten. Darüber hinaus sprächen weitere Indizien für das Vorliegen einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des SG Halle vom 18. August 2023 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage vom 31. Juli 2023 gegen die Bescheide der Antragsgegnerin vom 3. November 2021 und 4. November 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Juni 2023 gemäß [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde gegen den Beschluss des SG Halle vom 18. August 2023 zurückweisen sowie den Antrag abzulehnen.

Sie meint, es bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Umlagebescheide. Die Antragstellerin sei gemäß [§§ 354 ff. SGB III i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 3, 14, 14a, 21, 31, 33 und 36, Abs. 3 Nr. 2 BaubetrV](#) umlagepflichtig. Der Ausnahmetatbestand des [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#) sei nicht erfüllt. Dies würde vielmehr voraussetzen, dass der Betrieb konkret nicht förderungsfähig sei und dass dieser Umstand bei einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe von Betrieben feststellbar sei. Der Betrieb der Antragstellerin sei nicht förderungsunfähig. Laut eigener Angabe würden Handwerkerleistungen und Kleinreparaturen ganz überwiegend im Innenbereich ausgeführt, sodass die Tätigkeiten keinen witterungsbedingten Erschwernissen ausgesetzt seien. Einerseits gebe die Antragstellerin dadurch zu, zumindest auch Tätigkeiten im Außenbereich der Immobilien auszuführen. Andererseits sei der Vortrag, es würden nur Handwerkerleistungen und Kleinreparaturen ausgeführt, nicht richtig. Insoweit verweist der Antragsgegner auf den Handelsregistereintrag vom 12. August 2014. Bei der sich daraus ergebenden Masse an baulichen Tätigkeiten, für welche allesamt vom Gesetzgeber ein Einbezug in das Winterbeschäftigungs-Umlageverfahren vorgesehen sei, sei es unmöglich, dass ausschließlich witterungsunabhängig gearbeitet werde. Zudem liege keine abgrenzbare und nennenswerte Gruppe vor. Der Branchenverband Germany Facility Management Association sei nicht geeignet, das Vorhandensein einer solchen Gruppe zu belegen. Mitglieder des Verbandes seien nicht nur Betriebe der Baubranche, sondern auch „Banken, Versicherungen, Gesundheit, Pflege, Kirchliche Einrichtungen, Handel, Messe, Kultur, Forschung, Hochschulen und Behörden“. Auch sie selbst – die Antragsgegnerin – sei Mitglied. Die Voraussetzung der Einheitlichkeit und Bestimmtheit sei nicht ansatzweise erfüllt. Die Antragstellerin selbst sei kein Mitglied des Verbandes.

Der Berichterstatter hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass eine Berichtigung des Kostentensors des erstinstanzlichen Beschlusses in Betracht komme.

Der Senat hat die Prozessakte des SG und die Verwaltungsakte des Antragsgegners beigezogen.

II.

1. Die Berichtigung des erstinstanzlichen Kostentensors beruht auf [§ 142 Abs. 1 i.V.m. § 138 Satz 1 SGG](#). Danach sind Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten im Beschluss jederzeit von Amts wegen zu berichtigen. Zuständig für die Berichtigung ist neben dem Vorsitzenden des Spruchkörpers, der die Entscheidung erlassen hat ([§ 138 Satz 2 SGG](#)), auch das mit der Sache befasste Rechtsmittelgericht, das durch den gesamten Spruchkörper entscheidet (vgl. Bundessozialgericht [BSG], Beschluss vom 6. März 2012 – [B 1 KR 43/11 B](#) – juris Rn. 4; BSG Urteil vom 15. Dezember 2016 – [B 5 RE 2/16 R](#) – juris Rn. 14).

Der Kostentenor des angegriffenen Beschlusses ist offensichtlich unrichtig, soweit dort nur eine Regelung zu den „außergerichtlichen“ Kosten getroffen wird. Unrichtigkeit meint in diesem Zusammenhang eine Abweichung des Erklärten vom Gewollten. Von [§ 138 Satz 1 SGG](#) erfasst werden nur Fehler des Willensausdrucks, nicht solche der Willensbildung (vgl. BSG, Beschluss vom 6. März 2012, [a.a.O.](#), Rn. 5). Aufgrund der weiteren Formulierung des Kostentensors („hat die ... Kosten zu tragen“ statt: „Kosten sind nicht zu erstatten“), der unmittelbar darauf folgenden Festsetzung des Streitwerts und der gleichzeitig mit dem Tenor verfassten Entscheidungsgründe, die ausdrücklich auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) verweisen, kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass das SG über die gesamten Verfahrenskosten (einschließlich der Gerichtskosten) und nicht nur über die außergerichtlichen Kosten entscheiden wollte und dass ihm insoweit lediglich ein Formulierungsversehen unterlaufen ist.

2. Die Beschwerde ist gemäß [§ 172 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 SGG](#) statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben worden ([§ 173 SGG](#)).

3. Sie ist aber unbegründet. Das SG hat es zu Recht abgelehnt, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 3. und 4. November 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26. Juni 2023 anzuordnen.

a) Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist allerdings statthaft. Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache in Fällen, in denen Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen.

Das setzt voraus, dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft ist. Es muss also ein Verwaltungsakt i.S.v. [§ 31](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X) vorliegen. Jedenfalls in der Zusammenschau mit dem Widerspruchsbescheid vom 26. Juni 2023 lässt sich den beiden Schreiben der Antragsgegnerin vom 3. und 4. November 2021 bei der gebotenen Auslegung hinreichend deutlich entnehmen, dass eine verbindliche Festsetzung der Winterbeschäftigungs-Umlage für die dort genannten Zeiträume und in der angegebenen Höhe erfolgen sollte (vgl. auch Landessozialgericht [LSG] Baden-Württemberg, Urteil vom 5. Februar 2021 – [L 12 AL 1738/18](#) – juris Rn. 34 ff.). Auch die Antragstellerin hat die Schreiben so verstanden und jeweils Widerspruch „gegen

den Bescheid“ erhoben.

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Bescheide haben gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) keine aufschiebende Wirkung. Nach dieser Vorschrift entfällt die aufschiebende Wirkung u.a. bei Entscheidungen über Umlagepflichten sowie der Anforderung von Umlagen.

b) Die Voraussetzungen für eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung liegen jedoch nicht vor. Bei der Entscheidung nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) hat das Gericht das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheids gegen das private Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs abzuwägen. Dabei ist in den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) die Wertung des [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen, der die Aussetzung der Vollziehung durch die Verwaltung regelt (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28. November 2017 - [L 1 R 173/17 B ER](#) - juris Rn. 22; Hessisches LSG, Beschluss vom 17. März 2022 - [L 4 KA 3/22 B ER](#) - juris Rn. 27; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt, SGG, 14. Auflage 2023, § 86b Rn. 12b). Nach dieser Vorschrift soll die Aussetzung der Vollziehung erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

aa) Es bestehen keine ernstlichen Zweifel i.S.v. [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) an der Rechtmäßigkeit der mit der Anfechtungsklage angegriffenen Verwaltungsakte. Solche ernstlichen Zweifel im Sinne der Vorschrift bestehen, wenn der Erfolg des gegen den Verwaltungsakt gerichteten Rechtsbehelfs wahrscheinlicher ist als der Misserfolg (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25. März 2014 - [L 1 R 40/14 B ER](#) - juris Rn. 14; Sächsisches LSG, Beschluss vom 2. Mai 2022 - [L 4 R 487/21 B ER](#) - juris Rn. 26; Keller, a.a.O., § 86a Rn. 27a). Bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes möglichen summarischen Prüfung lässt sich dies im vorliegenden Fall nicht feststellen.

(1) Rechtsgrundlage für die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage ist [§ 354 SGB III](#), hier in der bis zum 30. September 2022 geltenden Fassung. Danach werden die Mittel für die ergänzenden Leistungen nach [§ 102 SGB III](#) einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistungen zusammenhängen, in durch Verordnung bestimmten Wirtschaftszweigen durch Umlage aufgebracht (Satz 1). Die Umlage wird 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 (Satz 2). Gemäß [§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Winterbeschäftigungs-Verordnung \(WinterbeschV; hier in der bis zum 7. Mai 2021 geltenden Fassung\)](#) erhalten u.a. gewerbliche Arbeitnehmer von Betrieben des Baugewerbes i.S.v. [§ 1 Abs. 2 BaubetrV](#) ergänzende Leistungen nach [§ 102 Abs. 2 bis 4 SGB III](#). Ein Betrieb des Baugewerbes ist ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt ([§ 101 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)). Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen ([§ 101 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#)). Erbringt ein Betrieb Bauleistungen auf dem Baumarkt, wird gemäß [§ 101 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) vermutet, dass er ein Betrieb des Baugewerbes i.S.v. Absatz 2 Satz 1 der Vorschrift ist. Umlagepflichtig sind demnach Betriebe, die gewerblich überwiegend Bauleistungen erbringen und die durch die Baubetriebe-Verordnung in die Winterbauförderung einbezogen sind (vgl. Sächsisches LSG, Urteil vom 29. Oktober 2020 - [L 3 AL 150/15](#) -, juris Rn. 40; Kühl in: Brand, SGB III, 9. Auflage 2021, § 354 Rn. 4).

(2) Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bestehen bei der gebotenen summarischen Prüfung keine ernstlichen Zweifel daran, dass der Betrieb der Antragstellerin in den Jahren 2017 und 2018 ein Betrieb des Baugewerbes war und verschiedene der in [§ 1 Abs. 2 BaubetrV](#) aufgeführten Arbeiten des Bauhauptgewerbes verrichtet hat. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des SG im angegriffenen Beschluss verwiesen werden ([§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG](#)).

(3) Ebenso erscheint es bei der gebotenen summarischen Prüfung eher unwahrscheinlich, dass die Voraussetzungen des [§ 1 Abs. 5 BaubetrV](#) vorliegen.

Nach dieser Vorschrift sind Betriebe und Betriebsabteilungen von einer Förderung ausgeschlossen, wenn sie zu einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe gehören, bei denen eine Einbeziehung in der Schlechtwetterzeit nicht zu einer Belegung der wirtschaftlichen Tätigkeit oder zu einer Stabilisierung der Beschäftigungsverhältnisse der von saisonbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Arbeitnehmer führt. Die Voraussetzungen dieses Ausschlussstatbestandes sind, dass der Betrieb konkret nicht förderungsfähig ist und dass er insoweit zu einer nennenswerten abgrenzbaren Gruppe von gleichartigen Betrieben gehört (vgl. Sächsisches LSG, Urteil vom 19. August 2010 - [L 3 AL 133/06](#) - juris Rn. 30; Thüringer LSG, Urteil vom 16. Mai 2018 - [L 10 AL 546/16](#) - juris Rn. 50; vgl. auch BSG, Urteil vom 14. Oktober 2020 - [B 11 AL 6/19 R](#) - juris Rn. 29; zum früheren Recht BSG, Urteil vom 30. Januar 1996 - [10 RaR 10/94](#) - juris Rn. 18; BSG, Urteil vom 9. September 1999 - [B 11 AL 27/99 R](#) - juris Rn. 21). Insoweit liegt der Umlagepflicht eine typisierende Betrachtung zugrunde, die nicht auf die Förderungsfähigkeit einzelner Betriebe, sondern ganzer Betriebszweige abstellt (vgl. Scholz in: Hauck/Noftz, SGB III, § 354 Rn. 13 [Stand: Mai 2012]; zum früheren Recht vgl. BSG, Urteil vom 9. September 1999 - [B 11 AL 27/99 R](#) - juris Rn. 20; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Typisierungen vgl. Scholz, a.a.O., Rn. 26).

Auch wenn man unterstellt, dass der Betrieb der Antragstellerin in der hier maßgeblichen Zeit konkret nicht förderungsfähig war, lässt sich jedenfalls das Vorliegen der zweiten Voraussetzung nicht hinreichend sicher feststellen, nämlich dass dies in gleicher Weise für eine abgrenzbare und nennenswerte Gruppe von Betrieben gilt. Ob eine Gruppe besteht, die diesen Anforderungen entspricht, ist ggf. im Hauptsacheverfahren abschließend zu klären. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erscheint ihre Existenz jedenfalls nicht überwiegend wahrscheinlich.

Auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit grundsätzlich gemäß [§ 103 SGG](#) verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit des Verfahrens, die Ausfluss der verfassungsrechtlichen Garantie eines effektiven Rechtsschutzes ([Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz \[GG\]](#)) ist, gilt dies aber nicht in gleicher Weise wie im Hauptsacheverfahren. Insbesondere hat hier die Mitwirkungslast der Beteiligten ([§ 103 Satz 1 Halbsatz 2 SGG](#)) eine besonders große Bedeutung. Für den einstweiligen Rechtsschutz in Vornahmesachen schreibt [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Zivilprozessordnung \(ZPO\)](#) deshalb ausdrücklich vor, dass der Antragsteller u.a. seinen Anspruch glaubhaft zu machen hat. In Anfechtungssachen gilt dies entsprechend (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. April 2020 - [L 8 BA 266/19 B ER](#) - juris Rn. 15; Keller, a.a.O., § 86b Rn. 16b). Insbesondere erkennbar entscheidungserhebliche Tatsachen aus seiner Sphäre hat der Antragsteller ohne weitere Veranlassung durch das Gericht vorzutragen und glaubhaft zu machen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, a.a.O., Burkiczak in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2. Auflage 2022, § 86b Rn. 178).

Aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin und der weiteren im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel lässt sich das Vorliegen einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe i.S.v. § 1 Abs. 5 BaubetrV nicht feststellen.

Abgrenzbar und nennenswert ist eine Gruppe z.B. dann, wenn die Tarifvertragsparteien im Katalog des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe inzwischen eine neue Aufteilung vorgenommen haben, die einen – im obigen Sinne 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. Januar 1996 – [10 RaR 10/94](#) – juris Rn. 31 ff.).

Das Facility Management wird im Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe nicht gesondert erfasst. Auch lässt sich mit den Erkenntnismitteln des Eilverfahrens nicht feststellen, dass es sich dabei um eine im Wirtschaftsleben etablierte bestimmte, einheitliche, nicht mehr als bloß zufällige Ansammlung zu vernachlässigende, dauerhafte Gruppe handelt, deren Mitgliedsbetriebe sämtlich nicht oder allenfalls in zu vernachlässigendem Ausmaß witterungsabhängig sind.

Der Verweis der Antragstellerin auf den Verein „gefma Deutscher Verband für Facility Management e.V.“ reicht nicht aus. Insoweit kommt es nicht darauf an, dass die Antragstellerin selbst (im Gegensatz zum Antragsgegner) offenbar kein Mitglied dieses Vereins ist. Zum einen ist die Bildung eines Bundesverbandes gleichartiger Unternehmen ohnehin lediglich ein Indiz für die Feststellung einer auch zahlenmäßig ins Gewicht fallenden abgrenzbaren Gruppe von Betrieben (vgl. BSG, Urteil vom 14. Oktober 2020 – [B 11 AL 6/19 R](#) –, juris Rn. 30). Zum anderen dürfte es sich bei diesem Verein nicht um einen Bundesverband gleichartiger Unternehmen in diesem Sinne handeln. Der Verein selbst identifiziert nur 19% seiner Mitglieder als Anbieter im Bereich Facility Management. Auf seiner Internetseite (https://www.gefma.de/fileadmin/user_upload/MGStruktur2020_08_1.PNG; Aufruf am 6. November 2023) wird die Mitgliederstruktur – Stand: August 2020 – so beschrieben, dass 44% der Mitglieder Anbieter seien (19%: Anbieter Facility Services, 11% Consulting/IT, 6% Bildungseinrichtungen, 3% Asset / Property Management, 3% CAFM Anbieter, 2% Zulieferer), 56% Nutzer (18% Öffentliche Verwaltung, 10% Industrie/IT, 6% Banken/Versicherung, 6% Gesundheit/Pflege/Kirche, 6% Hochschule/Forschung usw.). Vor allem aber ist mit der Zuordnung als „Anbieter Facility Services“ wenig über die Einheitlichkeit der von dieser Beschreibung erfassten Unternehmen ausgesagt. Weder die Satzung noch der übrige Internetauftritt des Vereins geben Anlass zu der Annahme, dass es sich um eine einheitliche und klar abgrenzbare Gruppe handelt.

Die Antragstellerin selbst hat in ihrer Beschwerdeschrift auf die Definition des Begriffs Facility Management verwiesen, die von der datenmarkt.de GmbH verwendet wird. Danach wird „[u]nter dem Begriff Hausmeisterservice/Facility Management [...] die Bewirtschaftung und Verwaltung von Gebäuden, Anlagen und Einrichtungen verstanden“; Facility Management umfasse „unter anderem Mietmanagement und Buchhaltung, aber auch die Pflege und technische Betreuung einer Immobilie“; zu den Kerntätigkeiten zählten dabei „unter anderem die Objektpflege, die Überwachung und Bedienung der Haustechnik“. Dieses breite Tätigkeitsspektrum deutet darauf hin, dass es sich eher um einen relativ weiten Sammelbegriff handeln könnte, der eine relativ heterogene Menge von Anbietern umfasst, als um die Definition einer einheitlichen, klar abgrenzbaren Gruppe.

Aus demselben Grund ist der Verweis der Antragstellerin auf mögliche Aus- und Fortbildungen in den Bereichen Facility Service und Facility Management nicht zielführend. So hebt etwa die von der Antragstellerin ebenfalls als Quelle angeführte Statista GmbH auf ihrer Internetseite hervor, dass der Bereich der Facility Services viele verschiedene Aufgabenbereiche umfasse, weshalb die Beschäftigten dieser Anbieter verschiedene Studien- und Berufsabschlüsse aufwiesen (<https://de.statista.com/themen/1631/facility-services/#topicOverview>; aufgerufen am 6. November 2023).

Auch sonst sind keine Umstände zu erkennen, die es bei summarischer Prüfung rechtfertigen, vom Vorliegen einer abgrenzbaren und nennenswerten Gruppe i.S.v. § 1 Abs. 5 BaubetrV auszugehen. Dies gilt auch für den Verweis der Antragstellerin auf die Vereinbarung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes und der Wohnungswirtschaft mit der S.-Bau betreffend die Prüfung einer Beitragspflicht von Unternehmen der Wohnungswirtschaft zur S.-Bau. Es ist weder ersichtlich, inwieweit sich hier konkret eine abgrenzbare und nennenswerte Gruppe ergeben soll noch dass die Antragstellerin zu dieser Gruppe gehörte; die Vereinbarung betrifft „Wohnungsgenossenschaften, Wohnungsunternehmen der öffentlichen Hand und kirchliche Wohnungsunternehmen“.

(4) Einwände gegen die Höhe der Umlage hat die Antragstellerin nicht geltend gemacht und sind bei summarischer Prüfung nicht zu erkennen.

bb) Ebenso ist nicht ersichtlich, dass die Vollziehung der angegriffenen Bescheide für die Antragstellerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Eine unbillige Härte liegt vor, wenn dem Betroffenen durch die Vollziehung Nachteile entstehen, die über die eigentliche Zahlung hinausgehen und nicht oder nur schwer wiedergutmacht werden können. Insoweit hat der Antragsteller regelmäßig vollständige, nachvollziehbare und schlüssige Tatsachen über seine aktuelle wirtschaftliche Situation vorzutragen; bei drohender Insolvenz sind i.d.R. Darlegungen notwendig, dass es sich um einen vorübergehenden finanziellen Engpass bei grds. ausreichender wirtschaftlicher Situation handelt (vgl. Keller, a.a.O., § 86a Rn. 27b). Dazu ist nichts vorgetragen oder anderweitig ersichtlich.

cc) Auch sonst sind im Rahmen der Interessenabwägung keine Umstände erkennbar, die dazu führen würden, dass hier – abweichend vom gesetzlichen Regelfall des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) – das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Vollzugsinteresse der Öffentlichkeit überwiegen würde.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#).

5. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 63 Abs. 2 Satz 1](#), [§§ 52, 47](#) Gerichtskostengesetz (GKG). In Verfahren nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) ist regelmäßig ein Viertel des Hauptsachestreitwerts anzusetzen (vgl. Streitwertkatalog für die Sozialgerichtsbarkeit, 5. Auflage 2017, Ziff. 10.2). Das vorliegende Verfahren bietet keinen Anlass, davon abzuweichen. Die Mahngebühren sind dabei gemäß [§ 43 Abs. 1 GKG](#) nicht zu berücksichtigen (vgl. BSG, Beschluss vom 12. Juli 2023 – [B 11 AL 9/23 B](#) – juris Rn. 11; Sächsisches LSG, Beschluss vom 14. Oktober 2019 – [L 3 AL 173/16 B](#) – juris Rn. 27).

6. Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde angreifbar ([§ 177 SGG](#), [§ 68 Abs. 1 Satz 5](#) i.V.m. [§ 66 Abs. 3 Satz 3 GKG](#)).

Rechtskraft

Aus

Saved

2023-12-29