

## **L 18 AL 72/20**

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
18.  
1. Instanz  
SG Cottbus (BRB)  
Aktenzeichen  
S 39 AL 657/15  
Datum  
19.06.2020  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 18 AL 72/20  
Datum  
21.06.2023  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

**Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Cottbus vom 19. Juni 2020 wird zurückgewiesen.**

**Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

**Der Streitwert wird für beide Instanzen auf jeweils 9.457,50 € festgesetzt.**

### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung der Winterbeschäftigungsumlage für Zeiträume in den Jahren 2011, 2012, 2014 und 2015.

Die Klägerin betrieb im Streitzeitraum laut Gewerbeanmeldung und Eintragung in das Handelsregister vom 22. Juli 2005 ein Unternehmen für „die Herstellung von Bauteilen aus Betonstein, Naturstein und Terrazzo, die Veredelung von Natur- und Kunststein sowie deren Vertrieb, die Beratung und die Projektbetreuung“.

Nach Prüfung beschlagnahmter Geschäftsunterlagen durch das Hauptzollamt Frankfurt (Oder) im Juli 2014 (vgl. Bericht vom 23. Juli 2014) aufgrund des Antreffens von zwei Arbeitnehmern der Klägerin bei einer Außenprüfung des Hauptzollamtes Kiel im September 2012 als „Fliesenleger“ bzw. „Fliesenlegerhelfer“ kam es zunächst zu Ermittlungsverfahren gegen den Geschäftsführer der Klägerin wegen des Verdachts auf Verstöße gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt. Beide Verfahren wurden im September 2016 eingestellt. Die von der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft gegen die Klägerin erhobene Klage auf Zahlung von Sozialkassenbeiträgen für die Zeit von Januar 2011 bis Dezember 2015 hat das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin nach Vernehmung von sieben der acht seinerzeit von der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmern abgewiesen (Urteil vom 19. Mai 2016 – 65 Ca 60259/15 –), weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststehe, dass der Betrieb der Klägerin keine baugewerblichen Leistungen erbracht, sondern Reinigungsarbeiten durchgeführt habe. Die Deutsche Rentenversicherung Bund hat in der Folge auf die zunächst erhobene Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen aufgrund nicht gezahlten Mindestlohnes verzichtet, da die Klägerin in den Jahren 2011 bis 2013 nicht dem Geltungsbereich des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe unterfallen sei (Bescheid vom

9. Dezember 2016).

Die Beklagte forderte von der Klägerin ua mit - den vorliegend angefochtenen - Leistungsbescheiden und Vollstreckungsmahnungen vom 19. November 2014 (zwei Bescheide), 12. Dezember 2014, 16. Dezember 2014, 31. März 2015, 22. Juli 2015 und 22. Oktober 2015 geschätzte Winterbeschäftigungsumlagen iHv mtl 250,- € und erhob Mahngebühren in unterschiedlicher Höhe für die Monate Januar 2011 bis August 2012, November 2014 bis Dezember 2014 und März 2015 bis Juni 2015 (Gesamtumlagebetrag = 6.500,- €) nebst Säumniszuschlägen iHv insgesamt 2.957,50 €. Die Widersprüche der Klägerin blieben, nachdem diese wiederholt einer von der Beklagten beabsichtigten Betriebsprüfung widersprochen hatte, erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 2. November 2015).

Das Sozialgericht (SG) Cottbus hat die daraufhin erhobenen sieben Anfechtungsklagen nach Verbindung der Sachen und Aufhebung der geforderten Mahngebühren durch die Beklagte abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 19. Juni 2020), weil die Klägerin, die schon nach eigenem Vorbringen Bauleistungen erbracht habe, die gesetzliche Vermutung des § 101 Abs. 3 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III; bis 31. März 2012 gleichlautend: [§ 175 Abs. 3 SGB III](#) <im Folgenden: alte Fassung - aF>) nicht habe widerlegen können. Einen Nachweis des Gegenteils habe die Klägerin durch ihre beharrliche Weigerung, eine Betriebsprüfung durchführen zu lassen, nicht erbracht.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Die hohen Materialkosten, auf die die Beklagte Bezug nehme, erklärten sich daraus, dass sie - die Klägerin - das beschaffte Material den Subunternehmern zur Verfügung stelle, die dieses dann praktisch unter ihrer Aufsicht verlegten bzw einbauten. Die Arbeiten würden koordiniert, Aufmaße erstellt, mit den Nachunternehmern abgerechnet und die Gesamtrechnung an den Auftraggeber erstellt. Die eigenen Arbeitnehmer seien ganz überwiegend zu Reinigungsarbeiten auf den Baustellen. Die Hochwertigkeit der Materialien erfordere auch, dass die eigenen Arbeitnehmer ständig bereits eingebaute Materialien schützten und fachgerecht abdeckten bzw abklebten, um diese vor Beschädigungen zu schützen. Dies erkläre auch, weshalb Arbeitnehmer in den von der Beklagten genannten Einzelfällen auf den Baustellen teilweise ganztags verweilten. Die eigenen Arbeitnehmer hätten neben den ihnen obliegenden Reinigungsarbeiten allenfalls in ganz untergeordnetem Maße Fugen bzw Risse in Treppenabsätzen bzw Böden verschlossen. Auch das ArbG habe nach Vernehmung der Arbeitnehmer bestätigt, dass die Klägerin keine Bauleistungen erbracht habe bzw erbringe. Selbst die Beklagte habe seinerzeit mit Bescheid vom 16. März 2000 (Bl 188 GA) festgestellt, dass der Betrieb der Klägerin nicht als Betrieb des Baugewerbes anzusehen sei. Die betriebliche Struktur habe sich seither nicht geändert.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Cottbus vom 19. Juni 2020 und die Bescheide der Beklagten vom 19. November 2014, 12. Dezember 2014, 16. Dezember 2014, 31. März 2015, 22. Juli 2015 und 22. Oktober 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. November 2015 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Die Gerichtsakten, die WBU-Akten der Beklagten und die Akte des ArbG Berlin - 65 Ca 60259/15 - haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Die Klägerin ist zur Zahlung der von der Beklagten festgesetzten Winterbauumlagebeträge nebst der erhobenen Säumniszuschläge verpflichtet.

Rechtsgrundlage für die Veranlagung zur Winterbeschäftigungsumlage ist im streitigen Zeitraum 2011 bis 2015 [§ 354 SGB III](#). Danach werden die Mittel für die ergänzenden Leistungen nach [§ 175a SGB III](#) aF bzw [§ 102 SGB III](#) einschließlich der Verwaltungskosten und der sonstigen Kosten, die mit der Gewährung dieser Leistung zusammenhängen, in den durch Verordnung nach [§ 182 Abs. 3 SGB III](#) aF bzw [§ 109 Abs. 3 SGB III](#) bestimmten Wirtschaftszweigen durch Umlage aufgebracht. Die Vorschrift des [§ 175a SGB III](#) aF über ergänzende Leistungen wurde zur Entwicklung der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung eingeführt und durch das Gesetz zur Verbesserung der

Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20. Dezember 2011 inhaltlich unverändert in [§ 102 SGB III](#) übernommen. Nach [§ 175 Abs. 2 SGB III](#) aF bzw [§ 101 Abs. 2 SGB III](#) ist ein Betrieb des Baugewerbes ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt (Satz 1). Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (Satz 2). Ein Betrieb, der überwiegend Bauvorrichtungen, Baumaschinen, Baugeräte oder sonstige Baubetriebsmittel ohne Personal Betrieben des Baugewerbes gewerblich zur Verfügung stellt oder überwiegend Baustoffe oder Bauteile für den Markt herstellt, sowie ein Betrieb, der Betonentladegeräte gewerblich zur Verfügung stellt, ist kein Betrieb des Baugewerbes (Satz 3). Gemäß [§ 175 Abs. 3 aF](#) bzw [§ 101 Abs. 3 SGB III](#) gilt: Erbringt ein Betrieb Bauleistungen auf dem Baumarkt, wird vermutet, dass er ein Betrieb des Baugewerbes iSv [§ 101 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) ist (Satz 1). Satz 1 gilt nicht, wenn gegenüber der Bundesagentur nachgewiesen wird, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen (Satz 2).

Nach [§ 1 Abs. 1](#) der Verordnung über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (Baubetriebe-Verordnung <BaubetrV>), ist die ganzjährige Beschäftigung im Baugewerbe durch das Saison-Kurzarbeitergeld in Betrieben und in Betriebsabteilungen zu fördern, die gewerblich überwiegend Bauleistungen ([§ 175a Abs. 2 SGB III](#) aF bzw [§ 101 Abs. 2 SGB III](#)) erbringen. Die BaubetrV wurde durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales aufgrund Ermächtigung in [§ 182 Abs. 2 SGB III](#) aF bzw [§ 109 Abs. 2 SGB III](#) (aktuelle Fassung) erlassen, wonach die Wirtschaftszweige, deren Betriebe dem Baugewerbe zuzuordnen sind, festzulegen sind. Nach [§ 1 Abs. 2](#) der BaubetrV sind Betriebe und Betriebsabteilungen im Sinne des Abs. 1 solche, in denen – soweit hier von Bedeutung – insbesondere folgende Arbeiten verrichtet werden (Bauhauptgewerbe): 14. Fliesen-, Platten- und Mosaik-Ansetz- und Verlegearbeiten, 14a. Fugarbeiten an Bauwerken, insbesondere Verblendmauerwerk und von Anschlüssen zwischen Einbauteilen und Mauerwerk sowie dauerelastische und dauerplastische Ver fugungen aller Art, 34. Terrazzoarbeiten. Von der Förderung ausgenommen sind dagegen nach [§ 2 Nr. 8](#) BaubetrV Betriebe des Natur- und Kunststein be- und verarbeitenden Gewerbes und des Steinmetzhandwerks, wobei diese Ausnahme nur das Be- und Verarbeiten erfasst, nicht aber das Verlegen (vgl. Bundessozialgericht <BSG>, Urteil vom 9. Dezember 1997 – 10 Rar 2/96 = [SozR 3-4100 § 186a Nr 7](#) – Rn 19).

Auch zur Überzeugung des Senats steht fest, dass die Klägerin in den Streitzeiträumen jedenfalls auch Bauleistungen gemäß [§ 1 Abs. 2 Nr. 14a](#) BaubetrV erbracht hat. Dies hat die Klägerin selbst vorgetragen, wenngleich sie durchweg betont hat, die insoweit benannten Ausbesserungs- bzw Ver fugungsarbeiten hätten gegenüber den im Wesentlichen durchgeführten Reinigungs- und Sicherungsarbeiten nur ein völlig untergeordnetes Gewicht gehabt. Die Klägerin hat auch mehrfach versichert, der Gegenstand ihres Betriebes habe sich im streitigen Zeitraum nicht verändert. Der Senat geht aber darüber hinausgehend auch davon aus, dass die Klägerin durch eigene Arbeitnehmer Arbeiten iSd Nrn. 14 und 34 des [§ 1 Abs. 2](#) BaubetrV ausgeführt hat, wenngleich deren zeitlicher Anteil in den hier in Rede stehenden Zeiträumen nicht genau feststellbar ist. Denn für die von der Beklagten in den Schriftsätzen vom 2. November 2016 (S 39 AL 657/159), 22. Januar 2019 (S 39 AL 659/15) ua konkret aufgelisteten Bauvorhaben (C-T-Klinikum C 2011, H-Zentrum D-R 2011, Landgericht E 2011, Gutshof S S August 2013, Wohnungsgesellschaft F November 2012), bei denen jeweils keine Rechnungen an etwaige Subunternehmer vorliegen, ist davon auszugehen, dass die dort in Rechnung gestellten baugewerblichen Leistungen (ua Ver fugungs- und Terrazzoarbeiten und Einbau von Winkelstufen) von eigenen Arbeitnehmern der Klägerin geleistet wurden. Fest steht zudem, dass die Arbeitnehmer M P und RS anlässlich einer Außenprüfung des Hauptzollamtes Kiel am 9. September 2012 bei der Ausübung von Fliesenlegearbeiten angetroffen wurden. Die Klägerin hat sich zu den von der Beklagten im Einzelnen bezeichneten Arbeiten zu keiner Zeit konkret eingelassen. Sie hat auch der von der Beklagten beabsichtigten Betriebsprüfung mehrfach widersprochen.

Damit wird gemäß [§ 175 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) aF bzw [§ 102 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) vermutet, dass die Klägerin, die Bauleistungen auf dem Baumarkt erbrachte, ein Betrieb des Baugewerbes ist. Diese Vermutung hat die Klägerin nicht gemäß [§ 175 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) aF bzw [§ 101 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) entkräften können, da sie nicht nachgewiesen hat, dass Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwogen. Bei der Widerlegung der Vermutung ist nicht auf den Einsatz der Mehrzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer für Bauleistungen, sondern auf die Mehrzahl der Arbeitsstunden für Bauleistungen abzustellen. Die Bauleistungen überwiegen nicht, wenn 50 % der Arbeitsstunden oder weniger für Bauleistungen erbracht werden. Bei schwankendem arbeitszeitlichen Einsatz der Arbeitnehmer für Bauleistungen ist auf den Jahreszeitraum abzustellen (vgl. Kühl in Brand SGB III, 7. Aufl., [§ 101 SGB III](#), Rz 20). Der Nachweis ist erbracht, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die Bauleistungen arbeitszeitlich nicht überwiegen (vgl. Scholz in: Hauck/Noftz SGB III, Stand: 6. Ergänzungslieferung 2022, [§ 101](#) Rn. 40). Entsprechende Feststellungen waren dem Senat nicht möglich.

Zwar trifft es zu, dass die gesetzliche Vermutungsregel die Beklagte nicht von einer konkreten Bewertung des Mischbetriebs entbindet. Sie hat deshalb weiterhin [§ 20](#) Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X) zu beachten und den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Dem Arbeitgeber, in dessen Sphäre die nachzuweisenden Umstände liegen, kommt aber wegen seines Erkenntnisvorsprunges eine besondere Mitwirkungsobliegenheit zu (Mutschler in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III [§ 101](#) Rn 57, beck-online; Scholz in: Hauck/Noftz, a.a.O., [§ 101 SGB III](#), Rn 40). Verstößt der Arbeitgeber, wie im Streitfall die Klägerin, gegen seine Mitwirkungsobliegenheit ([§ 21 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#)), reicht bereits jeder Hinweis auf einen Anteil von Bauleistungen aus, um die Vermutungswirkung eintreten zu lassen (vgl. Müller-Grüne in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., Stand: 3/2021, [§ 101 SGB III](#) Rn 43; vgl zum Ganzen auch Landessozialgericht <LSG> Hamburg, Urteil vom 18. Januar 2023 – [L 2 AL 42/21](#) – juris).

Der Senat sieht sich auch nicht veranlasst, die seinerzeitigen Mitarbeiter der Klägerin als Zeugen dazu zu vernehmen, welche Tätigkeiten im Einzelnen sie in den Streitjahren erbracht haben. Sieben Arbeitnehmer wurden bereits im arbeitsgerichtlichen Verfahren vernommen und hatten zwar im Wesentlichen übereinstimmend bekundet, überwiegend mit Reinigungsarbeiten befasst gewesen zu sein (obwohl zB die Arbeitnehmer U, P, Sund T für die „Natur- und Betonsteinbearbeitung“ eingestellt worden waren). Da es indes nicht auf die Zahl der mit Bauleistungen befassten Mitarbeiter ankommt, sondern auf das Verhältnis der geleisteten Arbeitsstunden zueinander, ist die bloße Zeugenbefragung ohne Kenntnis der einzelnen Baustellen, der zu erledigenden Aufgaben und der dort insgesamt eingesetzten Mitarbeiter

ein ungeeignetes Beweismittel (vgl LSG Hamburg aaO Rn 39).

Da somit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die Bauleistungen der Klägerin in den Streitjahren arbeitszeitlich nicht überwogen, hat die Klägerin den ihr obliegenden entsprechenden Nachweis nicht erbracht.

Die Klägerin war in den Streitmonaten gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 Winterbeschäftigungs-Verordnung (WinterbeschV) verpflichtet, die entsprechenden Umlagebeträge zu zahlen. Deren Höhe hat die Beklagte gemäß § 28f Abs. 3 Satz 2 Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – (SGB IV) iVm § 5 Abs. 5 WinterbeschV beanstandungsfrei geschätzt, da die Klägerin die Summe der gezahlten Arbeitsentgelte nicht mitgeteilt hatte. Die Schätzung begegnet der Höhe nach keinen Bedenken. Ausgehend von acht Arbeitnehmern und der in § 3 Abs. 2 Nr. 1 WinterbeschV geregelten Umlagehöhe von 2 Prozent der Bruttolohnsumme und in Ansehung der im arbeitsgerichtlichen Verfahren teilweise vorgelegten Entgeltabrechnungen ist eine geschätzte Umlagehöhe von insgesamt 250,- € mtl (was eine gemeldete Bruttolohnsumme von 12.500,- € bedeuten würde) jedenfalls nicht als überhöht anzusehen. Die Säumniszuschläge resultieren aus § 5 Abs. 1 und Abs. 4 WinterbeschV iVm [§ 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages – gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 WinterbeschV der 15. des Monats, der dem Monat folgt, für den das Arbeitsentgelt zu zahlen ist – entrichtet, für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von eins vom Hundert des rückständigen, auf 50,- € nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Fehler in der Berechnung sind insoweit nicht ersichtlich und auch von der Klägerin nicht aufgezeigt worden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbs 3 SGG](#) iVm [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwerts von 9.457,50 € für beide Rechtszüge folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 Halbs 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, § 52 Abs. 1](#) und [§ 47 Abs. 1 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG; vgl zur werterhöhenden Berücksichtigung der Säumniszuschläge BSG, Beschluss vom 10. Juni 2010 – [B 2 U 4/10 B](#) = SozR 4-1920 § 43 Nr 1). Die Streitwertentscheidung ist nicht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-09-07