

**B 11 AL 41/99 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
11

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum  
05.06.1997  
2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

-

Datum  
28.04.1999  
3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 11 AL 41/99 R

Datum

15.02.2000

Kategorie

Urteil

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 28. April 1999 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Streitig ist, ob der Kläger ab Dezember 1989 zur Umlage für die Produktive Winterbauförderung heranzuziehen ist.

Der Kläger ist Inhaber der Firma "R. K. , Transporte und Erdbau", die im Gewerberegister mit der Tätigkeit "Güternahverkehr, Fuhrunternehmen" angemeldet ist. Nach einer vom Außendienst der Beklagten durchgeführten Prüfung stellte die Beklagte die Umlagepflicht des Klägers gemäß §§ 76, 186a Arbeitsförderungsgesetz (AFG), § 1 Abs 2 Nr 9 und 27 der Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) seit Dezember 1989 fest (Bescheid vom 24. Juni 1994, Widerspruchsbescheid vom 18. September 1995). Darüber hinaus forderte die Beklagte mit mehreren Leistungsbescheiden für die Zeit ab Dezember 1989 bis Dezember 1997 die Zahlung von Winterbau-Umlagen zuzüglich Mahngebühren und Säumniszuschläge (Bescheide vom 22. November 1994, 31. Mai 1995, 15. Januar 1998).

Im Klageverfahren hat der Kläger unter Vorlage einer Aufstellung seiner Umsätze geltend gemacht, sein Betrieb erbringe überwiegend Fuhrleistungen. Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 5. Juni 1997). Im Berufungsverfahren hat der Kläger wiederum vorgetragen, der Schwerpunkt seines Betriebes liege im Transportbereich; dies ergebe sich ua daraus, daß seine Mitarbeiter überwiegend mit Transportarbeiten befaßt seien. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landessozialgericht (LSG) haben die Beteiligten vereinbart, daß Gegenstand des Rechtsstreits nur die Entscheidung über die Feststellung der Umlagepflicht sei und die Beklagte für den Fall der rechtskräftigen Feststellung der Umlagepflicht über deren Höhe erneut rechtsbehelfsfähig entscheiden werde. Mit Urteil vom 28. April 1999 hat das LSG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ua ausgeführt: Der Betrieb des Klägers erbringe zumindest seit Dezember 1989 überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt, wie sich insbesondere aus der vom Außendienst der Beklagten durchgeführten Prüfung und der vom Kläger vorgelegten Aufstellung ergebe. Aus dem Anteil des Umsatzes für die "reinen" Fuhrleistungen am Gesamtumsatz (zwischen 4,8 und 6,7 % in der Zeit von 1990 bis 1993) und aus den Auftragsdaten für die jeweiligen Leistungen sei zu schließen, daß die Mitarbeiter des Klägers arbeitszeitlich ganz überwiegend mit der Ausführung von Erdarbeiten einschließlich der Abfuhr des dabei ausgehobenen Materials beschäftigt seien. Arbeiten dieser Art seien Bauleistungen iS des § 75 Abs 1 AFG. Dies gelte auch für den Abtransport des angefallenen Materials. Die Abfuhrleistungen stünden mit den zuvor erbrachten Aushub- und Abbrucharbeiten in so engem Zusammenhang, daß eine einheitliche Betrachtungsweise geboten sei. Dies stehe auch im Einklang mit der tarifrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG). Der Betrieb des Klägers gehöre auch zu den Betrieben, in denen die ganzjährige Beschäftigung durch Leistungen nach den §§ 77 ff AFG (grundsätzlich) zu fördern sei (§ 1 Abs 2 Nr 27 und Nr 35 BaubetrV). Der vorliegende Fall rechtfertige keine Ausnahme von der Umlagepflicht nach den vom Bundessozialgericht (BSG) hierzu entwickelten Kriterien. Einer Förderung stehe nicht entgegen, daß - nach Angaben des Klägers - die Aushubarbeiten einschließlich der Abfuhr des Aushubmaterials zu jeder Jahreszeit durchführbar seien, da es für die Bewilligung von Wintergeld nur darauf ankomme, ob die Arbeiter in den Wintermonaten witterungsbedingten Erschwernissen ausgesetzt seien. Dies sei der Fall.

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt der Kläger eine Verletzung der §§ 186a und 76 AFG, § 1 Abs 2 BaubetrV: Sein Betrieb sei nicht einem der in der BaubetrV genannten Gewerbebezüge zuzuordnen. Er gehöre vielmehr einer Spezialbranche an, die Transportleistungen für Bauunternehmen durchführe. Gegenstand der Transportaufgaben sei lediglich der Materialtransport oder die Abfuhr von Aushub. Ein Transportunternehmen, das sich Aufträge aus der Bauwirtschaft oder von Bauherren verspreche, müsse die Bereitstellung

des Aushubmaterials selbst in die Hand nehmen und damit für die Auslastung von Transportkapazitäten sorgen. Für die Durchführung von Aushub- und Ladearbeiten bestehe ein Bedarf. Der Akt des Aushubs einer Baugrube und des Abtransportes des Materials habe mit eigentlichen Bauleistungen nichts zu tun. Sowohl der Material- als auch der Mitarbeiterinsatz überwiege im Transportbereich deutlich. Das LSG, dessen Urteil nicht durch ausreichende Feststellungen gestützt werde, habe deshalb differenzieren müssen. Da es sich um einen Mischbetrieb handle (Transportleistungen und Aushubarbeiten), sei maßgeblich, ob überwiegend Bauleistungen erbracht würden. Dies sei nicht der Fall. Das LSG habe sich zu Unrecht an den vorgelegten Aufstellungen orientiert. Es sei nicht auf den Anteil der Bauleistungen am Umsatz, sondern auf die Anzahl der mit baugewerblichen Arbeiten beschäftigten Arbeitnehmer bzw auf die überwiegend aufgewandte Arbeitszeit abzustellen. Seine Mitarbeiter seien sowohl der Zahl als auch ihrem Aufgabenbereich nach weit überwiegend mit dem Transportbereich zuzurechnenden Arbeiten beschäftigt.

Der klägerische Betrieb werde auch vom Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) überhaupt nicht erfaßt; er lasse sich nicht etwa unter die Begriffe "Erdbewegungsarbeiten", "Abbrucharbeiten" oder "Tiefbauarbeiten" subsumieren. Die Vergütungen der Mitarbeiter richteten sich nach dem Tarifvertrag für den Güternahverkehr. Zur Anwendung des BRTV habe es auch deshalb keinen Anlaß gegeben, weil der Betrieb durch die Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen vor einigen Jahren überprüft und die Mitgliedschaft bestätigt worden sei. Sein Betrieb bzw die Branche, zu der er zähle, werde nicht vom Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 74 ff AFG erfaßt. Die Besonderheit aller Leistungen der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft bestehe in der Aussonderung eines speziellen Risikos aus der Gesamtheit des Risikos der Arbeitslosigkeit; eine branchenspezifische saisonale Arbeitslosigkeit habe es aber im Transportgewerbe nie gegeben. Transport- und Aushubarbeiten könnten witterungsunabhängig durchgeführt werden. Entgegen den kurzen Feststellungen des LSG komme es bei seinen Arbeitern in den Wintermonaten nicht zu witterungsbedingten Erschwernissen.

Der Kläger beantragt,

die Urteile des LSG und des SG sowie den Bescheid der Beklagten vom 24. Juni 1994 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 18. September 1995 aufzuheben,

hilfsweise, das Urteil des LSG aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Entgegen der Auffassung des Klägers handle es sich bei den von seinem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend durchgeführten Arbeiten insgesamt um Bauleistungen iS von § 75 Abs 1 AFG und um Tiefbauarbeiten bzw Abbrucharbeiten gemäß § 1 Abs 2 Nrn 27, 35 BaubetrV. Dies gelte nicht nur für die Erdaushub- bzw Abbrucharbeiten selbst, sondern auch für den damit zwangsläufig verbundenen Transport des ausgehobenen Erdschutts bzw Abbruchmaterials und die damit im Zusammenhang stehenden Verrichtungen. Der Betrieb des Klägers sei objektiv förderungsfähig, da seine Arbeiter nach den Feststellungen des LSG auf einem witterungsabhängigen Arbeitsplatz beschäftigt seien. Der Umstand, daß der Kläger seine Arbeitnehmer nach dem Tarifvertrag für den Güternahverkehr entlohne, stelle die Förderungsfähigkeit nicht in Frage.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

II

Die zulässige Revision ist iS der Aufhebung und Zurückverweisung begründet.

Da das LSG unter Berücksichtigung der Vereinbarung der Beteiligten im Berufungsverfahren allein über die Umlagepflicht dem Grunde nach für die Zeit ab Dezember 1989 entschieden hat, ist auch im Revisionsverfahren nur insoweit die Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 24. Juni 1994 idF des Widerspruchsbescheids vom 18. September 1995 zu beurteilen. Ob die Beklagte in diesen Bescheiden zu Recht festgestellt hat, daß die Klägerin umlagepflichtig ist, läßt sich nach den bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend entscheiden.

Maßgebend für die Beurteilung der Umlagepflicht sind für die Zeit ab Dezember 1989 die Vorschriften des § 186a AFG idF des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15. Dezember 1981 ([BGBl I 1390](#)), § 75 Abs 1 AFG idF des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AFG vom 19. Mai 1972 ([BGBl I 791](#)), § 76 Abs 2 AFG idF des 5. AFG-Änderungsgesetzes vom 23. Juli 1979 ([BGBl I 1189](#)) sowie die BaubetrV vom 28. Oktober 1980 ([BGBl I 2033](#)). Da die Umlagepflicht zeitlich unbegrenzt mit Wirkung für die Zukunft festgestellt worden ist, sind aber auch alle bis zur Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz eingetretenen Rechtsänderungen einzubeziehen ([BSGE 61, 203, 205 f = SozR 4100 § 186a Nr 21](#)), also die durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993 ([BGBl I 2353](#)), das Zweite Gesetz zur Änderung des AFG im Bereich des Baugewerbes vom 15. Dezember 1995 ([BGBl I 1809](#)), das Gesetz zur ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe vom 22. Oktober 1997 ([BGBl I 2486](#)) und das Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#)) eingetretenen Rechtsänderungen (vgl insbesondere [§§ 211, 354](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III)) sowie hinsichtlich der BaubetrV die Änderungen durch die Verordnungen vom 24. Oktober 1984 ([BGBl I 1318](#)) und vom 13. Dezember 1996 ([BGBl I 1954](#)). Auf diese Änderungen ist allerdings nicht im einzelnen einzugehen, da sie die für den vorliegenden Fall entscheidungserheblichen Tatbestandsmerkmale im wesentlichen unverändert gelassen haben.

Die Umlagepflicht trifft die Arbeitgeber des Baugewerbes, in deren Betrieben die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (§ 186a Abs 1 AFG, [§ 354 SGB III](#)). Arbeitgeber des Baugewerbes sind nach § 75 Abs 1 Nr 1 AFG idF des Gesetzes vom 19. Mai 1972 (aaO) natürliche und juristische Personen, Personenvereinigungen oder Personengesellschaften, die als Inhaber von Betrieben des Baugewerbes auf dem Baumarkt Bauleistungen gewerblich anbieten. Betriebe des Baugewerbes sind gemäß § 75 Abs 1 Nr 2 AFG in der vorgenannten Fassung bzw § 75 Abs 1 Nr 1 AFG idF des Gesetzes vom 15. Dezember 1995 (aaO) bzw [§ 211 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) solche Betriebe, die überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt anbieten bzw erbringen. Zu den Bauleistungen gehören alle Bauarbeiten, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (§ 75 Abs 1 Nr 3 AFG idF des Gesetzes vom 19. Mai 1972, § 75 Abs 1 Nr 2 AFG idF des Gesetzes vom 15. Dezember 1995, [§ 211 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)). Nach der Rechtsprechung des BSG muß es

sich jeweils um Arbeiten am erdverbundenen Bau handeln (BSG [SozR 4670 § 2 Nr 2](#); BSG SozR 4100 § 75 Nr 7 und 8; BSG SozR 3-4100 § 186a Nr 6; [BSGE 83, 297](#), 298 f = [SozR 3-4100 § 75 Nr 2](#)).

Zutreffend ist das LSG davon ausgegangen, daß der Kläger mit den Abbruch- und den Aushubarbeiten Bauarbeiten anbietet. Die unmittelbar auf den Abbruch von Bauwerken und das Ausheben von Baugruben gerichteten Arbeiten (insbesondere durch Einsatz von Baggern und Schaufeln) bezwecken die Beseitigung, Änderung und Herstellung von Bauwerken und sind daher Bauarbeiten. Dies kann auch hinsichtlich der Aushubarbeiten - entgegen dem Vortrag der Revision - nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, da der Begriff der "Bauleistung" umfassend ist und zu den Bauleistungen deshalb alle Arbeiten zählen, die zur bestimmungsmäßigen Nutzung eines Bauwerks erforderlich sind (BSG [SozR 4100 § 75 Nr 8](#); Urteil des Senats vom 24. Juni 1999 - B [11/10 AL 7/98 R](#) - mwN). Da im Betrieb des Klägers neben diesen Arbeiten auch Fuhrleistungen erbracht werden, die, auch soweit es sich um die Anfuhr von Baustoffen an Baustellen oder die Abfuhr von Abbruch- und Aushubmaterialien geht, generell nicht zu den Bauarbeiten zählen (vgl [BSGE 83, 297](#), 299 = [SozR 3-4100 § 75 Nr 2](#)), ist der Kläger umlagepflichtiger Arbeitgeber des Baugewerbes nur, wenn die Bauarbeiten in seinem Betrieb überwiegen. Das ist der Fall, wenn die Mitarbeiter des Betriebs mehr mit Bauarbeiten als mit anderen Arbeiten befaßt waren bzw sind; denn bei Mischbetrieben wie dem des Klägers (vgl [BSGE 61, 203](#), 206 = [SozR 4100 § 186a Nr 21](#)) richtet sich die Zuordnung zu einem bestimmten Tätigkeitsbereich nicht nach Umsatz, Verdienst oder Gewinn, sondern nach der zeitlichen Inanspruchnahme der Mitarbeiter ([BSGE 83, 297](#), 299 = [SozR 3-4100 § 75 Nr 2](#); vgl [BAGE 56, 227](#), 230 = AP Nr 88 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; [BAGE 64, 81](#), 85 = AP Nr 125 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau), wie das LSG nicht verkannt hat. Bei der Prüfung, ob die Mitarbeiter des Klägers überwiegend mit Bauarbeiten befaßt waren bzw sind, hat das LSG trotz des Einwands des Klägers, daß mehr Mitarbeiter für den Abtransport des Abbruchs- und Aushubmaterials als für den Abbruch und den Aushub selbst erforderlich seien, auch den Abtransport als Bauleistung angesehen und dies damit begründet, daß der enge Zusammenhang zwischen Aushub, Abbruch und Transport eine einheitliche Betrachtungsweise erfordere. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Wie das Anliefern von Baumaterialien nicht den Bauarbeiten zugeordnet werden kann, gehört auch der Abtransport von Abbruch- und Aushubmaterial nicht generell zu den Bauarbeiten; denn die Abfuhr kann auch von "reinen" Transportunternehmen betrieben werden, die den Abbruch bzw den Bodenaushub anderen Betrieben überlassen. Wegen des sachlichen Zusammenhangs kann zwar der Transport von Abbruch- und Aushubmaterial als Hilfs- und Nebenarbeit Bauarbeiten wie Abbruch und Aushub zugerechnet werden (vgl [BAGE 55, 78](#), 83 f = AP Nr 81 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau; Karthaus/Müller, BRTV, 5. Aufl 1998, Anm zu § 1 Abs 2 Abschnitt V Nr 36). Hilfs- oder Nebenarbeiten liegen indes nicht vor, wenn der Transport im Vergleich zu den Abbruch- und Aushubarbeiten von seinem zeitlichen Aufwand her nicht von untergeordneter Bedeutung ist, wie der Kläger in seinem Falle geltend macht. Wenn nämlich von zwei verschiedenen Tätigkeitsbereichen - wie hier einerseits baugewerbliche Arbeiten und andererseits nicht unter den Bauleistungsbegriff fallende Transportarbeiten - der eine quantitativ gegenüber dem anderen zurücktritt, ist es nicht sachgerecht, letzteren im Vergleich zu ersteren als Hilfs- oder Nebenbereich zu qualifizieren. Die Abbruch- bzw Aushubarbeiten und die den anschließenden Transport des dabei gewonnenen Materials betreffenden Tätigkeiten sind daher insgesamt als Bauleistungen nur zu bewerten, wenn die mit Abbruch, Aushub und Abfuhr befaßten Mitarbeiter zeitlich überwiegend mit Abbruch und Aushub befaßt waren bzw sind.

Inwieweit die Mitarbeiter des Klägers arbeitszeitlich einerseits Abbruch- oder Aushubarbeiten und andererseits damit zusammenhängende Transportarbeiten verrichtet haben, läßt sich den Feststellungen des LSG, das von seiner Rechtsauffassung her alle diese Arbeiten einheitlich bewertet und deshalb folgerichtig eine Differenzierung hinsichtlich der Arbeitszeiten für entbehrlich gehalten hat, nicht entnehmen. Damit ist dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich; denn aus anderen Gründen ist das Urteil des LSG nicht zu beanstanden. Ist auch der Abtransport des Abbruch- und Aushubmaterials den Bauarbeiten zuzuordnen, erbringt der Kläger angesichts des geringen Anteils "reiner" Fuhrleistungen überwiegend Bauleistungen. Da Betriebe, in denen Erdbewegungs-, Abbruch- und Tiefbauarbeiten verrichtet werden, in § 1 Abs 2 Nr 9, 27 und 35 BaubetrV genannt werden (vgl dazu BSG [SozR 3-4100 § 186a Nr 4](#); Urteil des Senats vom 9. September 1999 - [B 11 AL 27/99 R](#) -), gehört der Betrieb des Klägers auch zu denen, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern war bzw ist. Förderleistungen wie Wintergeld sind auch nicht ausgeschlossen, wie das LSG zutreffend entschieden hat. Waren und sind die Mitarbeiter des Betriebs dagegen, wie der Kläger geltend macht, bereits in bezug auf die Arbeiten, die im Zusammenhang mit Abbruch, Aushub und Abtransport des dabei gewonnenen Materials anfallen, zeitlich überwiegend mit Transporttätigkeiten befaßt, überwiegen zusammen mit den im übrigen im Betrieb anfallenden "reinen" Fuhrleistungen andere als Bauleistungen, so daß die Voraussetzungen der Umlagepflicht nach § 75 AFG und [§ 211 SGB III](#) nicht vorliegen, ohne daß es noch auf die Anwendung der Bestimmungen der BaubetrV ankäme (vgl [BSGE 83, 297](#), 300 = [SozR 3-4100 § 75 Nr 2](#)).

Fehlen hiernach für eine abschließende Entscheidung über die Anfechtungsklage des Klägers Feststellungen, ist gemäß [§ 170 Abs 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung nach Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das LSG zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-20