

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 190/10

16 Sa 1081/08
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Mai 2011

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 18. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Huber und Kiel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 13. Oktober 2009 - 16 Sa 1081/08 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Beitragsforderungen für den Zeitraum Dezember 2002 bis Dezember 2006 nach dem Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 20. Dezember 1999 in der jeweils geltenden und für allgemeinverbindlich erklärten Fassung. 1

Der Beklagte führt einen Mischbetrieb. Er verfolgt in mehreren Abteilungen verschiedene Betriebszwecke. Er betreibt ein Sportgeschäft, in dem neben dem Vertrieb von Sportartikeln in den Wintermonaten ein Skiservice angeboten wird. Er bietet Dienstleistungen im Bereich der Beflockung an. Er vertreibt Bauelemente, Sonnenschutz und Rollläden und baut Fenster, Türen und Rollläden bei Kunden ein. Montagevorbereitende Tätigkeiten werden in der eigenen Werkstatt vorgenommen. Streitig ist, ob und in welchem Umfang er Fenster und Türen selbst herstellt. 2

Der Beklagte beschäftigte im Streitzeitraum ca. 30 Mitarbeiter, darunter den Meister für Rollladen- und Jalousiebau S und seit dem 18. Oktober 2004 den Tischlermeister G. 3

Der betriebliche Geltungsbereich des VTV ist nach seinem § 1 Abs. 2 ua. wie folgt geregelt: 4

„Betriebe des Baugewerbes. Das sind alle Betriebe, die unter einen der nachfolgenden Abschnitte I bis IV fallen.

Abschnitt I

Betriebe, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich Bauten aller Art erstellen.

Abschnitt II

Betriebe, die, soweit nicht bereits unter Abschnitt I erfasst, nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich bauliche Leistungen erbringen, die - mit oder ohne Lieferung von Stoffen und Bauteilen - der Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen.

...

Abschnitt V

Zu den in den Abschnitten I bis III genannten Betrieben gehören z. B. diejenigen, in denen Arbeiten der nachstehend aufgeführten Art ausgeführt werden:

...

13. Fertigbauarbeiten: Einbauen oder Zusammenfügen von Fertigbauteilen zur Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken; ferner das Herstellen von Fertigbauteilen, wenn diese zum überwiegenden Teil durch den Betrieb, einen anderen Betrieb desselben Unternehmens oder innerhalb von Unternehmenszusammenschlüssen - unbeschadet der gewählten Rechtsform - durch den Betrieb mindestens eines der beteiligten Gesellschafter zusammengefügt oder eingebaut werden;

...

37. Trocken- und Montagebauarbeiten (z. B. Wand- und Deckeneinbau bzw. -verkleidungen, Montage von Baufertigteilen), einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern;

...

Abschnitt VI

Betriebe, soweit in ihnen die unter den Abschnitten I bis V genannten Leistungen überwiegend erbracht werden, fallen grundsätzlich als Ganzes unter diesen Tarifvertrag. ...

Werden in Betrieben des Baugewerbes in selbständigen Abteilungen andere Arbeiten ausgeführt, so werden diese Abteilungen dann nicht von diesem Tarifvertrag erfasst, wenn sie von einem spezielleren Tarifvertrag erfasst werden.

Abschnitt VII

Nicht erfasst werden Betriebe

...

11. des Schreinerhandwerks sowie der holzbe- und -verarbeitenden Industrie, soweit nicht Fertigbau-, Dämm-(Isolier-), Trockenbau- und Montagebauarbeiten oder Zimmerarbeiten ausgeführt werden,

...“

Die Klägerin hat behauptet, der überwiegende Anteil der betrieblichen Arbeitszeit entfalle auf Montagebauarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 VTV. Tätigkeitsschwerpunkt sei der Ein- und Ausbau von Fenstern, Türen und Rollläden, wobei die Bauelemente überwiegend von Drittunternehmen bezogen würden. Die montierten Bauelemente seien industriell vorgefertigt und würden nicht schreinermäßig hergestellt. Allenfalls würden sie angepasst, nicht aber, jedenfalls nicht wesentlich, verändert. 5

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 245.330,32 Euro zu zahlen. 6

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, sein Betrieb sei nicht vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst worden. Es hätten arbeitszeitlich baufremde Tätigkeiten überwogen, und zwar die Arbeit im Sportgeschäft, der Handel einschließlich des 7

damit verbundenen Transports der Waren, die Herstellung von Fenstern, Türen und Rollläden aus nicht baufertigen Halbprodukten und Rohlingen sowie Sonderanfertigungen. Nur werkstattbezogene Anpassungsarbeiten drittbezogener Bauelemente sowie reine Montagebauzeiten von Fenstern, Türen und Rollläden auf der Baustelle könnten dem Montagebau zugeordnet werden. Als Betrieb des Schreiner- und Tischlerhandwerks unterfalle sein Betrieb auch der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 11 VTV.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann der Klage nicht stattgegeben werden. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Revision führt deshalb zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat hat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht und die Sache an eine andere Kammer zurückverwiesen.

9

I. Die Klägerin könnte gegen den Beklagten einen Anspruch aus § 18 Abs. 1, § 22 VTV in der jeweils geltenden Fassung haben, wenn der Betrieb des Beklagten im Streitzeitraum vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV nach § 1 Abs. 2 erfasst wurde.

10

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird ein Betrieb dann vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst, wenn arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt werden, die unter die Abschn. I bis V des § 1 Abs. 2 VTV fallen. Auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz oder Verdienst bzw. auf handels- oder gewerberechtliche Kriterien kommt es

11

nicht an (*BAG 17. November 2010 - 10 AZR 215/10 - Rn. 10; 25. November 2009 - 10 AZR 737/08 - Rn. 11, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 317 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 138*). Für den Anwendungsbereich des VTV reicht es aus, wenn in dem Betrieb überwiegend eine oder mehrere der in den Beispielen des § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV genannten Tätigkeiten ausgeübt werden. Der Betrieb wird dann stets von dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst, ohne dass die allgemeinen Merkmale der Abschn. I bis III zusätzlich geprüft werden müssen (*st. Rspr., zB BAG 1. April 2009 - 10 AZR 593/08 - Rn. 16*). Nur wenn in dem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend nicht die in den Abschn. IV und V genannten Beispielstätigkeiten ausgeführt werden, muss darüber hinaus geprüft werden, ob die ausgeübten Tätigkeiten die allgemeinen Merkmale der Abschn. I bis III erfüllen (*BAG 14. Juli 2010 - 10 AZR 164/09 - Rn. 13, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 322*). Werden baugewerbliche Tätigkeiten iSd. Abschn. I bis V erbracht, sind ihnen diejenigen Nebenarbeiten ebenfalls zuzuordnen, die zu einer sachgerechten Ausführung der baulichen Leistungen notwendig sind und deshalb mit ihnen in Zusammenhang stehen (*BAG 17. November 2010 - 10 AZR 845/09 - Rn. 20*).

2. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in einem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet werden, obliegt der ZVK (*BAG 25. April 2007 - 10 AZR 246/06 - Rn. 28, NZA-RR 2007, 528; 28. April 2004 - 10 AZR 370/03 - zu II 1 b der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 264*). Ihr Sachvortrag ist schlüssig, wenn sie Tatsachen vorträgt, die den Schluss zulassen, der Betrieb des Arbeitgebers werde vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst. Dazu gehört neben der Darlegung von Arbeiten, die sich § 1 Abs. 2 VTV zuordnen lassen, auch die Darlegung, dass diese Tätigkeiten insgesamt arbeitszeitlich überwiegen (*BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 25, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 324; 28. April 2004 - 10 AZR 370/03 - zu II 2 a der Gründe, aaO*). Nicht erforderlich ist, dass die ZVK jede Einzelheit der behaupteten Tätigkeiten vorträgt. Dies kann sie in der Regel nicht. Da sie in ihrer Funktion als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien regelmäßig keine näheren Einblicke in die dem Gegner

12

bekannten Arbeitsabläufe hat und ihr die Darlegung deshalb erschwert ist, kann sie, wenn Anhaltspunkte für einen Baubetrieb vorliegen, auch von ihr nur vermutete Tatsachen behaupten und unter Beweis stellen. Unzulässig ist dieses prozessuale Vorgehen erst dann, wenn die ZVK ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „ins Blaue hinein“ aufstellt. Dies kann in der Regel nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte angenommen werden oder wenn sie selbst nicht an die Richtigkeit ihrer Behauptungen glaubt (*BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 25, aaO; 28. April 2004 - 10 AZR 370/03 - zu II 2 b der Gründe, aaO*).

Liegt entsprechender Tatsachenvortrag der ZVK vor, hat sich der Arbeitgeber hierzu nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären. Regelmäßig obliegt ihm die Last des substantiierten Bestreitens, weil die ZVK außerhalb des Geschehensablaufs steht und sie keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Arbeitgeber diese kennt und ihm die entsprechenden Angaben zuzumuten sind. Das substantiierte Bestreiten kann sich auf die Art und/oder den Umfang der verrichteten Arbeiten beziehen. Um feststellen zu können, welche Tätigkeiten in welchem Umfang ausgeübt wurden, muss der Arbeitgeber im Rahmen des substantiierten Bestreitens entsprechende Tatsachen darlegen (*vgl. BAG 17. November 2010 - 10 AZR 845/09 - Rn. 30*). Dazu gehört die Darlegung der zeitlichen Anteile der verschiedenen Tätigkeiten (*vgl. BAG 23. Juni 2010 - 10 AZR 463/09 - Rn. 14, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 321*).

13

Trägt der Arbeitgeber im Hinblick auf Art und Umfang der verrichteten Arbeiten Tatsachen vor, die gegen ein arbeitszeitliches Überwiegen von baugewerblichen Tätigkeiten sprechen, wird der Vortrag der ZVK dadurch nicht un schlüssig, unklar oder widersprüchlich. Es ist durch eine Beweisaufnahme festzustellen, ob die von der ZVK behaupteten baugewerblichen Tätigkeiten arbeitszeitlich überwiegend erbracht wurden (*vgl. BAG 28. April 2004 - 10 AZR 370/03 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 264*).

14

3. Die Klägerin hat schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt, dass im Betrieb des Beklagten überwiegend Montagebauarbeiten verrichtet wurden. Dieser Vortrag erfolgte nicht „ins Blaue hinein“, da er sich auf Feststellungen des Hauptzollamts A, auf Ausgangsrechnungen sowie darauf stützt, dass der Beklagte unstreitig (*auch*) von Dritten bezogene Fenster, Türen und Rollläden auf der Baustelle einbaut und damit Montagebauarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 VTV erbringt. Streitig ist lediglich deren arbeitszeitlicher Umfang und die tarifliche Bewertung der weiteren im Betrieb erbrachten Leistungen. 15

Der Schlüssigkeit der Klage steht § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 11 VTV nicht entgegen, weil für Betriebe des Schreinerhandwerks die dort geregelte Rückausnahme für den Fall greift, dass überwiegend Trockenbau- und Montagebauarbeiten durchgeführt werden. Das behauptet die Klägerin. 16

4. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Gegenvortrag des Beklagten erheblich. Soweit das Landesarbeitsgericht der Klage auf der Grundlage des Vortrags des Beklagten stattgegeben hat, hat es die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Bestimmung des betrieblichen Geltungsbereichs des § 1 Abs. 2 VTV und die Anforderungen an die Substanziierungslast des Arbeitgebers verkannt. 17

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, bei Berücksichtigung aller im Streitzeitraum ausgeführten Arbeiten sei der überwiegende Anteil der Gesamtbetriebsarbeitszeit der Arbeitnehmer des Beklagten auf den Einbau von Fenstern, Türen und Rollläden entfallen, wobei die eingebauten Elemente überwiegend von Drittunternehmen bezogen worden seien. Auch nach dem Vortrag des Beklagten seien überwiegend Montagebauarbeiten erbracht worden. Nur die im Sportgeschäft und den darauf bezogenen Dienstleistungen angefallenen Stunden seien nicht baugewerblich. Der Handel mit Bauelementen falle zwar nicht unter die Regelung des § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 VTV; da der Beklagte aber gehandelte Bauelemente von seinen Mitarbeitern 18

einbauen lasse und nicht dargelegt habe, dass sich die aufgeführten Arbeitsstunden nur auf den reinen Handel mit Bauelementen bezogen hätten, seien auch diese Arbeitsstunden als Zusammenhangstätigkeit den Montagebauarbeiten zuzurechnen. Der Beklagte habe ferner nicht dargelegt, dass das Anpassen und Zuschneiden von Fenstern, Türen und Rollläden aus von Drittfirmen gefertigten Teilen arbeitszeitlich gegenüber den Montagezeiten überwogen habe, sodass auch diese Arbeitszeiten den Montagebauarbeiten zuzurechnen seien. Schließlich habe er bei den in der Tischlerei und dem Rollladenbau angefallenen Arbeitsstunden nicht differenziert zwischen den auf die Herstellung von Türen, Fenstern und Rollläden entfallenden Stunden und den auf das Anpassen und Zusammensetzen von vorgefertigten Teilen zu Fenstern, Türen und Rollläden entfallenden Stunden. Diese Arbeitsstunden seien insgesamt den baugewerblichen Tätigkeiten zuzurechnen, sodass im Jahr 2003 von 41.835 Stunden 31.192 Stunden (74,56 %), im Jahr 2004 von 44.174 Stunden 38.506 Stunden (87,17 %), im Jahr 2005 von 51.393 Stunden 39.599 Stunden (77,05 %) und im Jahr 2006 von 48.607 Stunden 37.844 Stunden (77,86 %) baulich geprägt gewesen seien.

b) Dem folgt der Senat nicht. Der Beklagte hat Art und Umfang der verrichteten Tätigkeiten dargelegt und nach Betriebszweig und dort tätigen Arbeitnehmern gegliederte Arbeitszeitaufstellungen vorgelegt. Danach unterfiel der Betrieb nicht dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV. 19

aa) Nach dem Vortrag des Beklagten sind zum Teil baugewerbliche Tätigkeiten in Form von Montagebauarbeiten verrichtet worden. Montagebau ist die auf der Montage vorgefertigter Teile (*Duden Deutsches Universalwörterbuch 5. Aufl.*) beruhende Bauweise. Das Tätigkeitsbeispiel „Trocken- und Montagebauarbeiten“ in § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 VTV ist erfüllt, wenn die vorgefertigten, industriell hergestellten Fertigteile vor ihrer Montage nicht oder nicht wesentlich verändert werden (*BAG 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - Rn. 17, BAGE 120, 1*), wie beim Einbau vorgefertigter Türen, Tore und Fenster (*BAG 29. September 2010 - 10 AZR 523/09 - Rn. 10, NZA-RR 2011, 89; 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - Rn. 18, aaO*). Als notwendige Zusammenhangstätigkeit 20

sind die auf den Transport der Fenster und Türen entfallenden Arbeitszeitanteile hinzuzurechnen. Auch montagevorbereitende Werkstattarbeiten (*Setzen von Türgriffen und Fenstergriffen etc.*) können berücksichtigt werden, sofern diese Arbeiten arbeitszeitlich nicht überwiegen, weil anderenfalls der Einbau auf der Baustelle nicht mehr Tätigkeitsschwerpunkt ist (*BAG 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - Rn. 16, aaO*).

Nach dem Vortrag des Beklagten entfallen unter Berücksichtigung von 21
Urlaubs- und Krankheitsstunden, die den jeweiligen Tätigkeiten zugerechnet werden müssen, Arbeitszeitanteile von ca. 42 % bis 43 % auf Montagebauarbeiten und damit in Zusammenhang stehende Tätigkeiten.

bb) Der Beklagte macht unter genauer Aufschlüsselung der Arbeitszeit- 22
anteile weiter geltend, in seiner Werkstatt seien zu einem wesentlichen Teil Arbeiten einer Tischlerei bzw. des Rollladenbaus verrichtet worden. Es würden Fenster, Türen und Rollläden aus nicht baufertigen Halbprodukten und Rohlingen hergestellt. Soweit das Landesarbeitsgericht diese Stunden den baugewerblichen Tätigkeiten zugerechnet hat, habe es zu hohe Anforderungen an die Substanziierungslast des Beklagten gestellt.

(1) Die Tätigkeit des Herstellens von Bauelementen aus Halbprodukten 23
und Rohlingen ist keine Montagebautätigkeit iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37. Dieses Tätigkeitsbeispiel ist nur erfüllt, wenn industriell vorgefertigte Fertigteile vor ihrer Montage nicht oder nicht wesentlich verändert werden (*BAG 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - Rn. 17, BAGE 120, 1*), nicht aber, wenn Bauelemente wie Fenster, Türen und Rollläden aus Halbprodukten und Rohlingen erst hergestellt werden.

(2) Die Herstellung von Fenstern und Türen aus Halbprodukten und Roh- 24
lingen kann auch nicht als Fertigbauarbeit iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 13 VTV den baugewerblichen Tätigkeiten zugerechnet werden. Zwar fällt das Herstellen von Fertigbauteilen unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV, wenn diese zum überwiegenden Teil durch den Betrieb zusammengefügt oder

eingebaut werden. Fenster, Türen und Rollläden sind aber keine Fertigbauteile iSd. Vorschrift. Fertigbauteile sind Bauteile aus einem oder mehreren Bau- oder Werkstoffen, die serienmäßig oder zumindest in größerer Stückzahl in entsprechenden Betrieben oder Werken für den Einbau auf der Baustelle gefertigt werden und als komplette Einheit verschiedene Bauleistungen enthalten können, wie zB Wandbauteile mit eingebauten Installationen oder fertiger Oberfläche (*BAG 2. Juli 2008 - 10 AZR 305/07 - Rn. 24, NZA-RR 2009, 426*). Fertigbauarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 13 VTV setzen voraus, dass mit der Verwendung kompletter Baueinheiten die herkömmliche, konventionelle Arbeitsweise am Bau ersetzt wird. Mit dem Einbau von Fenstern und Türen wird keine konventionelle Bauweise ersetzt; diese vorgefertigten Bauelemente werden seit langem fertig eingebaut. Der Einbau von Fenstern, Türen und Toren wird deshalb vom Tarifbegriff „Fertigbauarbeiten“ nicht erfasst (*vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 10 AZR 576/05 - Rn. 18, BAGE 120, 1; 29. September 2010 - 10 AZR 523/09 - Rn. 10, NZA-RR 2011, 89*).

(3) Die Herstellung von Fenstern und Türen ist keine sonstige gewerbliche bauliche Leistung iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV. Die Herstellung solcher Bauelemente dient nicht unmittelbar der Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken. 25

(4) Es bedurfte keiner weiteren Substanziierung des Vortrags. Der Beklagte hat beide Tätigkeiten nach Art und Umfang ausreichend differenziert dargelegt und damit den Vortrag der Klägerin entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts substantiiert bestritten. 26

cc) Das Landesarbeitsgericht hat ebenso die Anforderungen an die Substanziierungslast des Beklagten überspannt, soweit es die nach dem Vortrag des Beklagten auf den Handel mit Bauelementen entfallenen Stunden dem Montagebau zugerechnet hat. Der Beklagte hat auch diesen Vortrag der Klägerin ausreichend bestritten, § 138 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO. 27

- II. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Klage abweisen. Der Beklagte vertritt zwar in der Revision unter Bezugnahme auf ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin (- VG 4 A 83/07 -) die Auffassung, die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG für eine Allgemeinverbindlicherklärung des VTV in seinen maßgeblichen Fassungen hätten nicht vorgelegen. Der Beklagte stützt sich insoweit aber auf neuen Sachvortrag, der in der Revision unbeachtlich ist; entsprechende Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Im Übrigen verstößt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Allgemeinverbindlicherklärung von Verfahrenstarifverträgen für das Baugewerbe nicht gegen höherrangiges Recht (*BAG 25. September 1996 - 10 AZR 217/96 - zu 3 a der Gründe*). 28
- III. Demnach ist durch Beweisaufnahme zu ermitteln, ob entsprechend dem Vortrag der Klägerin arbeitszeitlich baugewerbliche Tätigkeiten überwogen haben. Dabei müssen die Krankheits- und Fehlstunden den jeweiligen Tätigkeiten zugerechnet werden. Es obliegt dem Beurteilungsermessen des Landesarbeitsgerichts, ob es von der um Krankheits- und Fehlstunden reduzierten Gesamtjahresstundenzahl ausgeht, weil diese Stunden im entsprechenden Verhältnis auf Arbeitnehmer mit baugewerblichen und nicht baugewerblichen Tätigkeiten entfallen, oder ob eine Einzelbetrachtung vorzunehmen ist. Zu beachten ist weiter, dass für Teile des Betriebs (*Sportgeschäft, Handel*) die Voraussetzungen für die Annahme einer selbständigen Abteilung nach § 1 Abs. 2 Abschn. VI Unterabs. 2 VTV vorliegen können (*vgl. BAG 25. November 2009 - 10 AZR 737/08 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 317 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 138*). Schließlich bedarf der Sachverhalt weiterer Aufklärung, soweit die Klägerin Beitragsansprüche für Dezember 2002 geltend macht. Werden nicht für das gesamte Kalenderjahr Auskünfte oder Beiträge begehrt und war der Betrieb im gesamten Kalenderjahr tätig, ist grundsätzlich das Kalenderjahr der Beurteilung zugrunde zu legen (*BAG 28. Juli 2004 - 10 AZR 582/03 - zu II 1 b der Gründe*). Die Parteien müssen ihren Vortrag für das Jahr 2002 entsprechend ergänzen. 29

Ergibt die Beweisaufnahme, dass entsprechend der Behauptung der Klägerin arbeitszeitlich überwiegend Montagebautätigkeiten verrichtet wurden, steht gleichzeitig fest, dass der Beklagte nicht als Schreinerbetrieb iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 11 VTV vom Geltungsbereich ausgenommen ist. In diesem Fall greift die Rückausnahme bei arbeitszeitlich überwiegender Verrichtung von Montagebautätigkeiten.

30

Mikosch

W. Reinfelder

Mestwerdt

Walter Huber

Kiel