

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 16. September 2020
- 10 AZR 56/19 -
ECLI:DE:BAG:2020:160920.U.10AZR56.19.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 14. September 2017
- 1 Ca 63/17 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 16. November 2018
- 10 Sa 1579/17 -

Entscheidungsstichworte:

Baugewerbe - Nutzung und Verwaltung eigener Immobilien

Leitsätze:

1. Die Tarifvertragsparteien haben in § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge im Baugewerbe den unbestimmten Rechtsbegriff des Gewerbes iSd. staatlichen Gewerberechts als Tatbestandsmerkmal aufgenommen. Der Sozialkasse obliegt die abgestufte Darlegungslast und die Beweislast für die Tatsachen, die darauf schließen lassen, dass der in Anspruch genommene Betrieb eine gewerbliche Tätigkeit erbringt.

2. Die Nutzung und Verwaltung eigenen Immobilienvermögens ist gewerblich iSv. § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge im Baugewerbe, wenn die Betätigung nach ihrem Gesamtbild den allgemeinen Vorstellungen von einem planmäßigen Geschäftsbetrieb entspricht. Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Tätigkeit in einem das Private übersteigenden Maß der Wertschöpfung dient, weil sie aufgrund ihres Umfangs eine professionelle Führung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfordert. Eine Gewinnerzielungsabsicht wird nicht vorausgesetzt. Die einkommensteuerrechtliche Bewertung der Betätigung ist ebenfalls nicht erheblich. Es kommt auch nicht darauf an, ob Bauleistungen am Markt angeboten werden.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer teilweisen Parallelsache

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 56/19
10 Sa 1579/17
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. September 2020

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 16. September 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger sowie die ehrenamtlichen Richter Baschnagel und Budde für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 16. November 2018 - 10 Sa 1579/17 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Beiträge zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft für den Zeitraum von Januar bis November 2012. 1

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien in der Rechtsform eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit kraft staatlicher Verleihung. Er ist tarifvertraglich zum Einzug der Beiträge zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft verpflichtet. Der im Streitzeitraum geltende Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 18. Dezember 2009 idF vom 21. Dezember 2011 (VTV 2011) war am 3. Mai 2012 für allgemeinverbindlich erklärt worden (AVE VTV 2012). Der Senat hat festgestellt, dass diese Allgemeinverbindlicherklärung unwirksam ist (*BAG 25. Januar 2017 - 10 ABR 43/15 -; nachgehend BVerfG 10. Januar 2020 - 1 BvR 1104/17 -*). 2

Die nicht originär tarifgebundene Beklagte wird in der Rechtsform einer GmbH betrieben. Die Beklagte hat den Zweck, Immobilien zu betreuen, die im Allein- oder Miteigentum ihrer alleinigen Gesellschafterin stehen. Die Beklagte setzt Angestellte ein, um vor allem die Mietverträge durchzuführen. Als gewerbliche Arbeitnehmer beschäftigte sie während des gesamten Klagezeitraums Herrn S und vom 1. Januar bis zum 14. August 2012 Herrn W. 3

Im Februar und im Mai 2008 hatte das Hauptzollamt Frankfurt (Oder) Baustellen der Beklagten kontrolliert. Der Kläger war durch ein Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom 28. Oktober 2009 auf die Beklagte aufmerksam 4

geworden. Er nahm sie daraufhin in einem Vorprozess auf Beiträge zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft für den Zeitraum von Dezember 2005 bis November 2006 in Anspruch. Das Hessische Landesarbeitsgericht bestätigte das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil am 13. November 2015 (- 10 Sa 250/14 -). Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Auf den am 15. Dezember 2016 eingegangenen Antrag des Klägers hat das Arbeitsgericht am 17. Januar 2017 einen Mahnbescheid gegen die Beklagte erlassen und ihn ihr am 21. Januar 2017 zugestellt. Auf der Vorderseite des Mahnbescheids heißt es, der Antragsteller mache Beiträge für die Beschäftigung von „jeweils mindestens zwei gewerblichen Arbeitnehmern/Monat“ in der Gesamthöhe von 14.146,00 Euro für den Zeitraum von Januar bis November 2012 geltend. Der mit „Begründung des Antragstellers“ überschriebene Text auf der Rückseite des Mahnbescheids enthält ua. einen Hinweis auf den in diesem Zeitraum geltenden Verfahrenstarifvertrag. Ebenfalls angegeben ist die Höhe der für das Jahr 2012 in den einzelnen Regionen der Bundesrepublik jeweils maßgeblichen monatlichen „Mindestbeiträge“. Die Beklagte hat am 26. Januar 2017 Widerspruch gegen den Mahnbescheid erhoben. Der Kläger hat die Klage mit dem am Folgetag bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 13. Juni 2017 begründet.

Der Kläger hat unter Bezugnahme auf die Erkenntnisse des Hauptzollamts aus dem Jahr 2008 behauptet, die im Betrieb der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer hätten im Klagezeitraum jeweils zu mehr als 50 % ihrer persönlichen Arbeitszeit die folgenden Arbeiten erbracht:

- „Montage von im Handel serienmäßig vorgefertigten und bezogenen Wandbekleidungen und Deckensystemen nebst dem Anbringen der Unterkonstruktionen und des Isoliermaterials gemäß den Anforderungen des Wärme-, Kälte- und Schallschutzes;
- Montage von Leichtbauwänden durch Befestigung an Wand und Boden, Ausfüllen der Zwischenräume mit Isoliermaterial, Verkleidung beider Seiten mit Paneel- und Plattenelementen, Verfugung entstandener Stöße;

- Montage von im Handel bezogenen, serienmäßig vorgefertigten Fenstern und Türen einschließlich Stemm- und Isolierarbeiten;
- Verlegearbeiten von Kunst- und Natursteinen, keramischen Fliesen und Platten und dergleichen einschließlich der dazugehörenden Fugarbeiten;
- Maurerarbeiten, Versetzen natürlicher oder künstlicher Steine mit oder ohne Mörtel“.

Diesen Sachverhalt habe der in dem Vorprozess als Zeuge vernommene Herr S im Rahmen der am 14. Februar 2012 durchgeführten Beweisaufnahme bestätigt. 7

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 11.895,50 Euro zu zahlen. 8

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und gemeint, sie übe keine gewerbliche Tätigkeit aus. Sie verwalte und nutze lediglich das Immobilienvermögen ihrer Alleingesellschafterin. Der Kläger habe „ins Blaue hinein“ behauptet, der betriebliche Geltungsbereich des VTV 2011 sei eröffnet, indem er sich auf Vorgänge aus dem Jahr 2008 und auf den Vorprozess berufen habe, der den noch weiter zurückliegenden Beitragszeitraum von Dezember 2005 bis November 2006 betroffen habe. Die Beklagte hat behauptet, ihre Angestellten St und G hätten vorrangig im ostdeutschen Raum liegende Immobilien „im Sinn der Bewirtschaftung und des Facility-Managements“ betreut. Herr S habe von Januar bis August 2012 im Rahmen einer Aushilfstätigkeit und ab dem 1. September 2012 in Vollzeit gearbeitet. Er und sein Kollege W seien Hausmeister gewesen. Dabei - so die Auffassung der Beklagten - handele es sich nicht um eine baugewerbliche Tätigkeit. Die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung sei mit Rückwirkung („ex tunc“) festgestellt worden. Deshalb dürfe das SokaSiG mit der Wertung des § 142 Abs. 1 BGB nicht als Rechtsgrundlage für die Forderungen gegen nicht an die Verfahrenstarifverträge gebundene Arbeitgeber herangezogen werden, wenn sie - wie die Beklagte - auf die Unwirksamkeit vertraut hätten. Das SokaSiG gehe weit über das eigentliche gesetzgeberische Anliegen hinaus, 9

lediglich Rückforderungsklagen nach § 812 BGB auszuschließen. Die Beitragsforderungen seien ohnehin verjährt. Nach dem Rechtsgedanken des § 142 Abs. 1 BGB müsse die gesetzliche Verjährungsfrist gelten. Sie sei ebenso wie die tarifvertragliche Verjährungsfrist abgelaufen. Die Zustellung des Mahnbescheids wirke nicht nach § 167 ZPO zurück. Die Forderung sei im Mahnbescheid nicht individualisiert gewesen. Die Klage sei erst Monate später begründet worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in der im Mahnbescheid ausgewiesenen Gesamthöhe stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Verurteilung der Beklagten iHv. 11.895,50 Euro bestätigt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht für sie unbeschränkt zugelassenen Revision will die Beklagte erreichen, dass die Klage in vollem Umfang abgewiesen wird.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist zulässig, jedoch unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten, soweit für das Revisionsverfahren erheblich, zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist iHv. 11.895,50 Euro zulässig und begründet.

11

A. Die Revision ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht begründet worden. Die Beklagte hat die Revision mit Schriftsatz vom 19. März 2019, der versehentlich zu der bei dem Revisionsgericht unter dem Aktenzeichen - 10 AZR 57/19 - geführten Parallelsache eingereicht worden ist, iSv. § 551 Abs. 2 Satz 1 ZPO begründet.

12

I. Zu den Senatsakten ist am 20. März 2019 eine mit dem Aktenzeichen „10 AZR 56/19“ versehene Revisionsbegründung vom selben Tag eingereicht worden. Ausweislich des Betreffs setzt sie sich mit einem in dem Verfah-

13

ren - 10 Sa 931/18 SK - ergangenen Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts auseinander. Dieses Berufungsurteil ficht die Beklagte in der vor dem Senat unter dem Aktenzeichen - 10 AZR 57/19 - geführten Parallelsache an. In ihrer am 19. März 2019 zu dem Verfahren - 10 AZR 57/19 - eingereichten Revisionsbegründung, die im Betreff das Aktenzeichen „10 AZR 57/19“ trägt, wendet sich die Beklagte gegen das in diesem Revisionsverfahren angefochtene Berufungsurteil - 10 Sa 1579/17 -.

II. Vor diesem Hintergrund ist es offensichtlich, dass die Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Aktenzeichen der Revisionsverfahren - 10 AZR 56/19 - und - 10 AZR 57/19 - versehentlich vertauscht hat. Im Fall einer versehentlichen Falschbezeichnung („falsa demonstratio“) gilt nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte (vgl. BAG 27. September 2017 - 4 AZR 76/15 - Rn. 32; BGH 21. Oktober 2016 - V ZR 78/16 - Rn. 21; 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13 - Rn. 26, BGHZ 204, 83). Die am 19. März 2019 eingegangene Revisionsbegründung ist deshalb iSv. § 551 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu diesem Verfahren eingereicht worden. 14

B. Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten in dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Umfang zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist zulässig und begründet. 15

I. Der Kläger hat die zulässige Klage nicht geändert, indem er die Beitragsforderungen im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens auf § 7 Abs. 6 iVm. der Anlage 31 SokaSiG gestützt hat. Beitragsansprüche nach einem Verfahrenstarifvertrag, für dessen Geltungserstreckung sowohl eine Allgemeinverbindlicherklärung als auch § 7 SokaSiG in Betracht kommen, werden von demselben den Streitgegenstand umgrenzenden Lebenssachverhalt erfasst. Die Ansprüche stützen sich auf dasselbe Tatgeschehen. Sie sind weder in ihren materiell-rechtlichen Voraussetzungen noch in ihren Folgen oder strukturell grundlegend verschieden ausgestaltet (st. Rspr., zB BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 337/18 - Rn. 14 mwN). 16

- II. Die Klage ist in dem vom Landesarbeitsgericht zuerkannten Umfang begründet. Der Kläger kann von der Beklagten für den Zeitraum von Januar bis November 2012 Sozialkassenbeiträge iHv. 11.895,50 Euro verlangen. 17
1. Die Beitragsansprüche des Klägers für den Klagezeitraum ergeben sich aus § 7 Abs. 6 iVm. der Anlage 31 SokaSiG. Die Anlage 31 enthält den vollständigen Text des VTV 2011 (*vgl. den Anlageband zum BGBl. I Nr. 29 vom 24. Mai 2017 S. 323 bis 336*). Die in § 7 Abs. 6 SokaSiG angeordnete Geltungserstreckung des VTV 2011 auf nicht Tarifgebundene ist aus Sicht des Senats verfassungsgemäß. Die Beitragspflichten der Beklagten für ihre gewerblichen Arbeitnehmer folgen aus § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. II, Abschn. V Nr. 15, Nr. 16, Nr. 23, Nr. 37 und Nr. 38, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 VTV 2011. 18
- a) Der im streitigen Zeitraum in Karlsruhe gelegene Betrieb der Beklagten unterfällt dem räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags (§ 1 Abs. 1 VTV 2011). Die gewerblichen Arbeitnehmer, die die Beklagte im Klagezeitraum beschäftigte, werden vom persönlichen Geltungsbereich erfasst (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VTV 2011). 19
- b) Das Landesarbeitsgericht ist auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte im Klagezeitraum einen gewerblichen Betrieb iSv. § 1 Abs. 2 VTV 2011 unterhielt. Die von ihr insoweit erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Das Gesamtbild der betrieblichen Tätigkeit entsprach den allgemeinen Vorstellungen von einem planmäßigen (Bau-)Geschäftsbetrieb. Der mit der Immobiliennutzung und -verwaltung verbundene organisatorische und personelle Aufwand und die Teilnahme der Beklagten am Markt für Vermietungsleistungen erforderten eine professionelle Führung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen. Die Betätigung diente damit letztlich in einem das Private übersteigenden Maß der Wertschöpfung. Auf eine vorhandene Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an. 20

- aa) § 1 Abs. 2 Satz 1 der Verfahrenstarifverträge erstreckt, beschränkt zu- 21
gleich aber auch den betrieblichen Geltungsbereich auf Betriebe des Baugewer-
bes. Die Tarifnorm verlangt, dass „gewerblich“ entweder Bauten aller Art erstellt
(*Abschn. I*) oder andere bauliche Leistungen erbracht werden (*Abschn. II und*
Abschn. III). Dadurch haben die Tarifvertragsparteien deutlich zum Ausdruck ge-
bracht, dass sich der betriebliche Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge
nicht auf alle Betriebe erstreckt, in denen - bezogen auf die Gesamtarbeitszeit
der Arbeitnehmer überwiegend - Bauarbeiten verrichtet werden. Unter die Ver-
fahrenstarifverträge sollen vielmehr nur solche Betriebe fallen, die begrifflich dem
Baugewerbe zuzurechnen sind (*vgl. BAG 14. Dezember 2005 - 10 AZR 180/05 -*
Rn. 17 ff.).
- bb) Die Gewerblichkeit des Betriebs ist danach ein allgemeines Tatbestands- 22
merkmal des § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge, das unabhängig von den
Detailregelungen in den Abschnitten I bis V des § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarif-
verträge erfüllt sein muss (*BAG 21. Januar 2009 - 10 AZR 67/08 - Rn. 15 mwN*).
Dementsprechend obliegt der Sozialkasse die abgestufte Darlegungslast und die
Beweislast für die Tatsachen, die darauf schließen lassen, dass der in Anspruch
genommene Baubetrieb eine gewerbliche Tätigkeit erbringt.
- cc) Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes haben in § 1 Abs. 2 der Ver- 23
fahrenstarifverträge den Gewerbebegriff des staatlichen Gewerberechts in Bezug
genommen (*BAG 21. Januar 2009 - 10 AZR 67/08 - Rn. 16 mwN*). Die Gewerbe-
ordnung enthält allerdings keine Legaldefinition des Gewerbebegriffs. Sie setzt
ihn vielmehr als unbestimmten Rechtsbegriff voraus (*BVerwG 27. Februar 2013*
- 8 C 8.12 - Rn. 12; Landmann/Rohmer/Eisenmenger GewO Stand Februar 2020
§ 1 Rn. 5).
- (1) Nach herkömmlichem Verständnis ist Gewerbe iSd. Gewerbeordnung 24
jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf gewisse
Dauer angelegte selbständige Tätigkeit. Ausgenommen sind die Urproduktion,
freie Berufe und die bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens (*BAG*
19. Mai 2009 - 9 AZR 241/08 - Rn. 36, BAGE 131, 18; 14. Dezember 2005
- 10 AZR 180/05 - Rn. 18 f.; 11. März 1998 - 10 AZR 220/97 - zu II 1 a der

Gründe; BGH 5. Dezember 1966 - NotSt (Brg) 2/66 - zu III A 4 der Gründe, BGHSt 21, 232; BVerwG 27. Februar 2013 - 8 C 8.12 - Rn. 12; 11. März 2008 - 6 B 2.08 - Rn. 5). Als - nicht gewerbliche - „Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens“ werden solche Betätigungen angesehen, die nicht oder nur geringfügig die Schutzzwecke der Gewerbeordnung berühren, weil der Zweck der Kapitalanlage im Vordergrund steht (BAG 11. März 1998 - 10 AZR 220/97 - aaO). Sie sind regelmäßig dem privaten Bereich zuzuordnen, auch wenn es sich um die Verwaltung und Nutzung von Immobilienvermögen handelt (BGH 28. Mai 2020 - III ZR 58/19 - Rn. 19 mwN).

(2) Der früher für die Beitragsstreitigkeiten zuständige Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat angenommen, die „rechtliche Eigenschaft“ eines Gewerbes oder eines Gewerbebetriebs hänge begriffsnotwendig von der Gewinnerzielungsabsicht ab (*BAG 20. April 1988 - 4 AZR 646/87 - BAGE 58, 116; ebenso BAG 17. Februar 1987 - 3 AZR 197/85 - zu B II 2 der Gründe*). Daher sei auch keine bloße Vermögensnutzung und -verwaltung, sondern eine baugewerbliche Tätigkeit gegeben, wenn ein im Eigentum des Betriebsinhabers stehendes Wohnhaus für 18 Mietparteien über einen Zeitraum von zwei Jahren durch einen eigens dafür angemeldeten Gewerbebetrieb saniert werde, um die Wohnungen anschließend gewinnbringend zu vermieten (*BAG 26. April 1989 - 4 AZR 17/89 -*).

(3) Auch der nun für Beitragsstreitigkeiten zuständige Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat für die Abgrenzung der Verwaltung und Nutzung eigenen Immobilienvermögens als Kapitalanlage von einer (bau-)gewerblichen Tätigkeit vorrangig auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht abgestellt. Der Wiederaufbau einer abgebrannten Lagerhalle mit dem Ziel der anschließenden Vermietung durch den Eigentümer sei eine gewerbliche Tätigkeit, weil sie letztlich die nachhaltige Gewinnerzielung bezweckt habe (*BAG 7. April 1993 - 10 AZR 506/91 - zu II 3 der Gründe*). Auch die über mehrere Jahre andauernde Sanierung, Instandsetzung und Instandhaltung von Gebäuden unter Einsatz von durchschnittlich 41 gewerblichen Arbeitnehmern mit dem Ziel der Vermietung an

Dritte hat der Senat wegen der darin zum Ausdruck kommenden Gewinnerzielungsabsicht als (bau-)gewerbliche Tätigkeit angesehen (*BAG 3. Dezember 2003 - 10 AZR 107/03 - zu II 2 b bb der Gründe*). Bauarbeiten zum Aufbau einer Alterssicherung an eigenen Immobilienobjekten mit 48 Wohneinheiten, die durch eigens hierfür eingestellte Arbeitnehmer verwaltet wurden, hat der Senat wegen der Gewinnerzielungsabsicht ebenfalls als (bau-)gewerblich eingestuft (*BAG 28. Juli 2004 - 10 AZR 580/03 - zu II 1 b bb der Gründe, BAGE 111, 302*). Die Gewinnerzielungsabsicht - und damit eine gewerbliche Tätigkeit - hat der Senat zuletzt in einem Fall bejaht, in dem der Eigentümer eines Fabrikgeländes darauf innerhalb von drei Jahren mithilfe von weniger als zehn gewerblichen Arbeitnehmern 18 Wohnungen errichten oder sanieren ließ, um sie anschließend zu veräußern oder durch eine Hausverwaltungsgesellschaft an Dritte zu vermieten (*BAG 14. Dezember 2005 - 10 AZR 180/05 - Rn. 21 ff.*).

(4) Im handels- und gewerberechtlichen Schrifttum - aber auch in der Rechtsprechung - wird zunehmend infrage gestellt, ob eine Gewinnerzielungsabsicht über die Gewerbeeigenschaft eines Betriebs entscheidet. Weder die gewerberechtlichen noch die handelsrechtlichen Folgen der Gewerbeeigenschaft stünden in einem inneren Sinnzusammenhang mit den außen kaum erkennbaren Motivlagen des Betreibers. Auch die Tatsache, dass in Unternehmenszusammenschlüssen und Konzernen aus unterschiedlichen Gründen die gezielte Zuweisung von Gewinnen und Verlusten an einzelne Unternehmen zu beobachten sei, obwohl an deren gewerblicher Funktion im Zusammenhang des Konzerns kein Zweifel bestehen könne, spreche dagegen, auf die Gewinnerzielungsabsicht abzustellen. Ohne dieses Merkmal vollständig fallen zu lassen, schlägt die handelsrechtliche Literatur deshalb andere Kriterien vor, wie etwa die entgeltliche Tätigkeit am Markt (*zB EBJS/Kindler HGB 4. Aufl. § 1 Rn. 27; Heymann/Förster HGB 3. Aufl. § 1 Rn. 30; MüKoHGB/Schmidt 4. Aufl. § 1 Rn. 31; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth HGB 9. Aufl. § 1 Rn. 10; Oetker/Körber HGB 6. Aufl. § 1 Rn. 29*). Andere Autoren befürworten, die Führung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und die Tätigkeit am Markt im Wettbewerb mit Privatunternehmen ausreichen zu lassen (*Baumbach/Hopt/Hopt HGB 39. Aufl. § 1 Rn. 16; ähnlich Ries in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB 5. Aufl. § 1 Rn. 24, 48; vgl.*

27

auch Staub/Oetker 5. Aufl. HGB § 1 Rn. 17 [jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit]).

(5) Der Bundesgerichtshof betont in ständiger Rechtsprechung, dass der Gewerbebegriff für jedes Gesetz selbständig nach Inhalt und Zweck der jeweiligen Vorschrift und unabhängig von dem Verständnis des Begriffs in anderen Rechtsgebieten zu bestimmen ist. Er verzichtet mittlerweile für einzelne Fallgestaltungen ganz auf eine Gewinnerzielungsabsicht (BGH 28. Mai 2020 - III ZR 58/19 - Rn. 18, 23 [Verbrauchervertrag iSv. § 17 Abs. 2a BeurkG]; 27. September 2017 - VIII ZR 271/16 - Rn. 40 mwN [Unternehmerhandeln beim Verbrauchsgüterkauf]; 24. Juni 2003 - XI ZR 100/02 - zu II 2 c der Gründe, BGHZ 155, 240 [Verbrauchercreditgesetz]; in diese Richtung bereits BGH 2. Juli 1985 - X ZR 77/84 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 95, 155: „Voraussetzung ist nur das Betreiben eines wirtschaftlichen Unternehmens“). Für die Abgrenzung der privaten Nutzung und Verwaltung eigenen Immobilienvermögens als Verbraucher von einer unternehmerischen Betätigung stellt der Bundesgerichtshof nun allein auf den Umfang, die Komplexität und die Zahl der damit verbundenen Vorgänge ab. Vermittelt der mit der Vermögensverwaltung einhergehende organisatorische und zeitliche Aufwand das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs - wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation -, handele es sich um eine gewerbliche Betätigung (BGH 28. Mai 2020 - III ZR 58/19 - Rn. 19 ff.; 3. März 2020 - XI ZR 461/18 - Rn. 17).

(6) Auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist zumindest der im Tierschutz- und Tierseuchenschutzrecht verwendete Begriff der Gewerbsmäßigkeit offen für eine Auslegung, die auf eine Gewinnerzielungsabsicht verzichtet und es genügen lässt, dass Einnahmen erzielt werden, die grundsätzlich kostendeckend sind (BVerwG 7. Juli 2016 - 3 C 23.15 - Rn. 24 ff., BVerwGE 155, 381). Die „Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens“ nimmt das Bundesverwaltungsgericht nur dann vom Gewerbebegriff aus, wenn die Auswirkungen der Betätigung Dritte nicht oder doch nur in geringer, eine „Bagatellschwelle“ nicht überschreitender Weise berühren (BVerwG 26. Januar 1993 - 1 C 25.91 - zu 2 b der

Gründe [Vermietung von zehn Ferienwohnungen mit bis zu 55 Betten, die mit Telefon und Gebührenzähler sowie Fernsehgeräten ausgestattet waren]).

dd) Mit Blick auf den Zweck des § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge ist 30
danach eine gewerbliche Nutzung und Verwaltung eigenen Immobilienvermö-
gens anzunehmen, wenn das Gesamtbild der Betätigung den allgemeinen Vor-
stellungen von einem planmäßigen (Bau-)Geschäftsbetrieb entspricht. Das ist re-
gelmäßig der Fall, wenn die Vermögensnutzung und -verwaltung in einem das
Private übersteigenden Maß der Wertschöpfung dient, weil die damit verbunde-
nen organisatorischen, personellen und wirtschaftlichen Vorgänge eine professi-
onelle Führung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen verlangen. Eine Ge-
winnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.

(1) Den Verfahrenstarifverträgen liegt erkennbar die Einschätzung der Tarif- 31
vertragsparteien zugrunde, dass die Arbeitnehmer des Baugewerbes besonders
schutzbedürftig sind. Diese Schutzbedürftigkeit steht regelmäßig nicht in einem
Zusammenhang mit der Frage, aus welchen Motiven der Arbeitgeber handelt und
ob er die Absicht hat, Gewinne zu erzielen. Sie hat ihren Grund in den Besonder-
heiten der Arbeit, die ua. mit häufigen Wechseln des Arbeitsorts und vor allem
des Arbeitgebers verbunden ist.

(2) Die für die Normsetzung verantwortlichen Tarifvertragsparteien haben 32
nur die bei gewerblichen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer in den Schutz
der Verfahrenstarifverträge einbezogen. Damit haben sie den tariflichen Anwen-
dungsbereich erkennbar auf solche Arbeitgeber beschränkt, die sich „berufsmä-
ßig“ dem Baugewerbe gewidmet haben und einem der beiden Mitgliedsverbände
angehören können, die die Verfahrenstarifverträge auf Arbeitgeberseite abge-
schlossen haben (*vgl. BAG 20. April 1988 - 4 AZR 646/87 - BAGE 58, 116*).

(3) Unabhängig von einer bestehenden Gewinnerzielungsabsicht zählen 33
deshalb solche Betriebe nicht zum Baugewerbe, die bauliche Leistungen aus-
schließlich zu erzieherischen oder therapeutischen Zwecken erbringen lassen,
um die Arbeitsfähigkeit der dazu eingesetzten Personen wiederzugewinnen oder
zu steigern (*vgl. BAG 20. April 1988 - 4 AZR 646/87 - BAGE 58, 116*). Dasselbe

gilt für Personen und Unternehmen, die für ihren eigenen Bedarf bauen oder ein Gebäude sanieren lassen und auf diese Weise ihr Kapital anlegen (*vgl. BAG 11. März 1998 - 10 AZR 220/97 - zu II 1 b der Gründe*). Diese beiden Bereiche sind dadurch gekennzeichnet, dass die Bautätigkeit als solche nicht oder jedenfalls nicht in einem den privaten Bereich überschreitenden Maß der Wertschöpfung dient.

(4) Eine gewerbliche Nutzung und Verwaltung von Immobilienvermögen ist demgegenüber in der Regel anzunehmen, wenn die Tätigkeit etwa angesichts ihres Umfangs und der Komplexität der damit verbundenen organisatorischen, personellen und wirtschaftlichen Vorgänge eine professionelle Führung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfordert. In diesem Fall dient die Betätigung in einem das Private übersteigenden Maß der Wertschöpfung und entspricht nach ihrem Gesamtbild den allgemeinen Vorstellungen von einem Gewerbe. Die in einem solchen Betrieb beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer sind, wenn arbeitszeitlich überwiegend bauliche Tätigkeiten ausgeführt werden, mit den typischen Beschäftigungsbedingungen der Baubranche konfrontiert. Der planmäßige Betrieb eines (Bau-)Gewerbes wirft auch die im Mittelpunkt des Interesses von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden stehende und typischerweise durch Tarifverträge geregelte Frage der kollektiven Verteilung der erzielten Erträge auf (*vgl. § 4a Abs. 1 TVG*). In diesem Zusammenhang spielt die - leicht festzustellende - Entgeltlichkeit der Leistung eine Rolle, die das infrage stehende Unternehmen am Markt anbietet. Auch eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht ist zu berücksichtigen. Ihr Vorhandensein oder Fehlen ist jedoch nicht das ausschlaggebende Kriterium für die Beurteilung, ob es sich um einen gewerblichen Betrieb iSd. Verfahrenstarifverträge handelt oder nicht. 34

ee) Nach diesen Maßstäben hat das Landesarbeitsgericht den Vortrag des Klägers, wonach die Beklagte im Klagezeitraum einen Gewerbebetrieb iSd. Verfahrenstarifverträge unterhalten habe, im Ergebnis zu Recht für schlüssig und die entsprechenden Darlegungen der Beklagten nicht für erheblich gehalten. 35

- (1) Nach den Ausführungen des Klägers entsprach das Gesamtbild der Tätigkeit der Beklagten den allgemeinen Vorstellungen von einem planmäßigen Gewerbebetrieb. 36
- (a) Die in der Rechtsform einer GmbH betriebene Beklagte vermietete im Klagezeitraum die im Allein- oder Miteigentum ihrer Alleingesellschafterin stehenden Immobilien an Dritte und verwaltete sie. Sie setzte für die Vermietung und die Bewirtschaftung der Immobilien - neben dem Geschäftsführer - zwei Angestellte und einen gewerblichen Arbeitnehmer ein, über fast acht Monate hinweg sogar zwei gewerbliche Arbeitnehmer. Dies spricht für einen erheblichen Umfang der mit der Immobiliennutzung und -verwaltung verbundenen Vorgänge und einen hohen organisatorischen und zeitlichen Aufwand. Bereits diese Umstände vermitteln das Bild eines berufsmäßigen Gewerbebetriebs, der professionell entgeltliche Vermietungs- und Verwaltungsleistungen am Markt erbringt und damit in einem das Private übersteigenden Maß der Wertschöpfung dient. 37
- (b) Die durch einen Geschäftsführer vertretene Beklagte unterhielt dazu ein Büro. Die Betätigung erforderte eine betriebswirtschaftliche Organisation nicht nur des Vermietungssektors und der dort anfallenden zahlreichen Vorgänge, sondern auch des Personals, insbesondere in Bezug auf die Einsatzplanung, die Personalführung und die Lohnbuchhaltung. Als in das Handelsregister eingetragene GmbH hatte die Beklagte darüber hinaus gesetzlich eine Vielzahl organisatorischer Maßgaben zu erfüllen, deren Zweck es ist, ihr die ordnungsgemäße und sachgerechte Erledigung ihrer Aufgaben zu ermöglichen. 38
- (2) Diesem Vorbringen des Klägers ist die Beklagte nicht erheblich entgegengetreten. 39
- (a) Ob die Beklagte nur „zum Schutz“ ihrer Alleingesellschafterin gegründet wurde, die „ihre Ruhe haben wollte“, und ob ihre Alleingesellschafterin die Beklagte in irgendeiner Form „zum Erwerb“ oder sogar gewinnbringend betreiben wollte, ist für die Gewerbeeigenschaft nicht relevant. Das Motiv für die Gründung eines Betriebs hat, solange es nicht nach außen sichtbar ist, regelmäßig keinen 40

Einfluss auf das Gesamtbild der ausgeübten Tätigkeit. Da die Beklagte unbestritten Einnahmen durch die Vermietungstätigkeit erzielte und den Vermietungssektor betriebswirtschaftlich organisierte, steht auch die möglicherweise fehlende Gewinnerzielungsabsicht der Gewerblichkeit ihrer Tätigkeit nicht entgegen. Es kommt ebenfalls nicht darauf an, ob die Beklagte „Marktteilnehmerin am Markt für Bauleistungen“ war, was sie bestritten hat.

- (b) Die einkommensteuerrechtliche Bewertung der Tätigkeiten der Beklagten hat keine Bedeutung für die Frage, ob sie im Klagezeitraum ein Gewerbe iSd. Verfahrenstarifverträge unterhielt. Die Beklagte übersieht, dass der Gewerbebegriff Gesetzeszweckakzessorisch und daher für jedes Gesetz selbständig nach Inhalt und Zweck der jeweiligen Vorschrift und unabhängig von dem Verständnis des Begriffs in anderen Rechtsgebieten zu bestimmen ist (*vgl. BGH 28. Mai 2020 - III ZR 58/19 - Rn. 23; BeckOK GewO/Pielow Stand 1. März 2020 § 1 Rn. 138*). Der Begriff des Gewerbes iSd. Gewerbeordnung ist mit dem Gewerbebegriff des Steuerrechts nicht identisch. Während es im Steuerrecht um fiskalische Ziele geht, ist die - für die Auslegung der Verfahrenstarifverträge maßgebliche - Gewerbeordnung dazu bestimmt, die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Wirtschaftsleben zu wahren (*vgl. BVerwG 27. Februar 2013 - 8 C 8.12 - Rn. 22*). 41
- c) Der Betrieb der Beklagten erbrachte im streitigen Zeitraum bauliche Leistungen iSv. § 1 Abs. 2 VTV 2011. 42
- aa) Der betriebliche Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge ist eröffnet, wenn in dem fraglichen Betrieb in den Kalenderjahren des Anspruchszeitraums arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt wurden, die unter § 1 Abs. 2 Abschn. I bis Abschn. V der Verfahrenstarifverträge fallen. Für den Anwendungsbereich der Verfahrenstarifverträge reicht es aus, wenn in dem Betrieb überwiegend eine oder mehrere der in den Beispielen ihres § 1 Abs. 2 Abschn. IV oder Abschn. V genannten Tätigkeiten ausgeübt werden. Der Betrieb wird dann stets von dem betrieblichen Geltungsbereich erfasst, ohne dass die allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III zusätzlich geprüft werden müssen (*st. Rspr., zB BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 337/18 - Rn. 28*). 43

bb) Die abgestufte Darlegungslast und die Beweislast dafür, dass in einem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet werden, obliegt dem Kläger. Sein Sachvortrag ist schlüssig, wenn er Tatsachen darlegt, die den Schluss zulassen, der Betrieb des Arbeitgebers werde vom betrieblichen Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge erfasst. Dazu gehört neben der Darlegung von Arbeiten, die sich § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge zuordnen lassen, auch der Vortrag, dass diese Tätigkeiten insgesamt arbeitszeitlich überwiegen (*st. Rspr., zB BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 337/18 - Rn. 29*). Ist entsprechender Tatsachenvortrag gehalten, hat sich der Arbeitgeber hierzu nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären. Regelmäßig obliegt ihm die Last des substantiierten Bestreitens, weil der Kläger außerhalb des Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Arbeitgeber sie 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 vortragen. Dazu gehört auch die Darlegung der zeitlichen Anteile der verschiedenen Tätigkeiten (*st. Rspr., zB BAG 22. Januar 2020 - 10 AZR 387/18 - Rn. 32*). 44

cc) Der Kläger hat schlüssig behauptet, dass die Arbeitnehmer der Beklagten im Klagezeitraum arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten verrichtet haben, die unter den Abschnitt V des § 1 Abs. 2 VTV 2011 fallen. Die Verlege- und Montagebauarbeiten unterfallen § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 15, Nr. 37 und Nr. 38 VTV 2011. Maurerarbeiten werden von § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 23 VTV 2011 erfasst, Verfügarbeiten von § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 16 VTV 2011. 45

(1) Der Kläger hat diese Tatsachen entgegen der Auffassung der Revision nicht „ins Blaue hinein“ behauptet. Die darlegungspflichtige Sozialkasse steht außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs. Sie hat sich hier auf vom Hauptzollamt anlässlich einer Baustellenüberprüfung gewonnene Erkenntnisse, ein Schreiben der Bundesagentur für Arbeit, ein zu einem früheren 46

Beitragszeitraum ergangenes rechtskräftiges Urteil und eine in dem dortigen Verfahren protokollierte Zeugenaussage berufen, um die Voraussetzungen des betrieblichen Geltungsbereichs des VTV 2011 darzulegen. Damit bezieht sich die Sozialkasse auf öffentliche Urkunden und Schreiben von Behörden, deren Inhalte auch die Beklagte kennt und zu denen sie Stellung nehmen kann (*vgl. BAG 27. November 2019 - 10 AZR 476/18 - Rn. 41, BAGE 168, 374*).

(2) Der Kläger musste trotz des Umstands, dass der Vorprozess den Beitragszeitraum 2005/2006 betraf, keine weiteren Tatsachen für die Eröffnung des betrieblichen Geltungsbereichs der Verfahrenstarifverträge vortragen. Allein der Umstand, dass die Sozialkasse im Klagezeitraum keine Betriebsprüfung vornahm, führt nicht zu einer weiter reichenden Darlegungslast auf der ersten Stufe nach § 138 Abs. 1 ZPO (*BAG 18. Dezember 2019 - 10 AZR 141/18 - Rn. 24*). 47

dd) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Vortrag der Beklagten für nicht erheblich gehalten, ihre gewerblichen Arbeitnehmer S und W seien lediglich als Hausmeister tätig geworden. Selbst wenn dies zuträfe, ist nicht ausgeschlossen, dass der betriebliche Geltungsbereich des VTV 2011 eröffnet ist. 48

(1) Zu den baulichen Leistungen iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II der Verfahrenstarifverträge gehören ua. Arbeiten, die der Instandsetzung oder Instandhaltung von Bauwerken zu dienen bestimmt sind (*BAG 18. Dezember 2019 - 10 AZR 424/18 - Rn. 37 mwN*). Der betriebliche Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge ist nicht nur eröffnet, wenn Arbeiten verrichtet werden, die eine abgeschlossene Berufsausbildung im Baugewerbe erfordern. Hausmeister führen üblicherweise kleinere Reparaturen und Instandhaltungsarbeiten an den von ihnen betreuten Gebäuden durch. Sie versehen deshalb regelmäßig jedenfalls auch bauliche Tätigkeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II der Verfahrenstarifverträge (*vgl. BAG 27. März 2019 - 10 AZR 512/17 - Rn. 24*). 49

(2) Die Beklagte geht davon aus, Hausmeister verrichteten „neben den allgemeinen pflegerischen Tätigkeiten ... aber auch anspruchsvollere und letztlich substanzerhaltende Tätigkeiten wie Fliesenarbeiten, Trockenbau und einfache 50

Arbeiten, die leicht anlernbar“ seien. Sie hat vorgetragen, ihre Hausmeister hätten „vergleichbare Aufgaben“ gehabt, die sich „tatsächlich in der Substanzerhaltung/Pflege erschöpft“ hätten. Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten an Bauwerken sind in den betrieblichen Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge einbezogen. Nach dem Vortrag der Beklagten ist daher nicht ausgeschlossen, dass der betriebliche Geltungsbereich des VTV 2011 eröffnet ist.

(3) Das Vorbringen der Beklagten, sie habe im streitigen Zeitraum Angestellte beschäftigt, ist ebenfalls unerheblich. Soweit die von Angestellten versehenen Tätigkeiten dazu dienen, baugewerbliche Leistungen zu erbringen, sind sie diesen Leistungen nach der ständigen Rechtsprechung des Senats hinzuzurechnen (vgl. BAG 22. Januar 2020 - 10 AZR 387/18 - Rn. 36; 25. November 2009 - 10 AZR 737/08 - Rn. 12, BAGE 132, 283). Da die Angestellten nach dem Vortrag der Beklagten die Immobilien betreuten und iSd. „Facility-Managements“ bewirtschafteten, ist es nicht ausgeschlossen, dass sie sich auch um den Einsatz der beiden Hausmeister kümmerten und insoweit Zusammenhangstätigkeiten zu den baugewerblichen Tätigkeiten erbrachten. Um die vom Kläger behauptete Eröffnung des betrieblichen Geltungsbereichs des VTV 2011 wirksam zu bestreiten, hätte die Beklagte angeben müssen, welche Tätigkeiten die Angestellten im Klagezeitraum im Einzelnen ausführten und welche Arbeitszeitanteile darauf jeweils entfielen. 51

(4) Soweit die Revision schließlich rügt, das Landesarbeitsgericht habe seine Aufklärungspflicht verletzt, übersieht sie, dass es nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast ihre Aufgabe gewesen wäre, den Sachverhalt durch ihre Einlassung aufzuklären. 52

(a) Eine sekundäre Darlegungslast trifft den bestreitenden Prozessgegner, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dem Bestreitenden ob- 53

liegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen anzustellen, wenn ihm das zumutbar ist (*BGH 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 - Rn. 37 mwN*).

(b) Der in Anspruch genommene Arbeitgeber kennt im Gegensatz zu der Sozialkasse alle für die Beitragspflicht wesentlichen Tatsachen. Sein einfaches Bestreiten genügt deshalb nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind. In diesem Fall kann von ihm das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsachen unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden. Die von der Revision hiergegen der Sache nach unter Hinweis auf die Bindung an Recht und Gesetz sowie das Gebot fairen Verfahrens erhobenen Einwände tragen nicht. Die Pflicht der Parteien, ihre Tatsachenerklärungen wahrheitsgemäß und vollständig abzugeben, dient gerade der redlichen und fairen Prozessführung (*BAG 27. November 2019 - 10 AZR 476/18 - Rn. 41, BAGE 168, 374*).

54

2. Der Kläger ist berechtigt, Beitragsansprüche für die gewerblichen Arbeitnehmer im Weg einer sog. Durchschnittsbeitragsklage zu verfolgen und dafür die vom Statistischen Bundesamt ermittelten durchschnittlichen Bruttomonatslöhne in der Bauwirtschaft heranzuziehen (*BAG 18. Dezember 2019 - 10 AZR 325/17 - Rn. 16 mwN*).

55

a) Das Landesarbeitsgericht hat die auf diese Weise für einen gewerblichen Arbeitnehmer berechneten Beiträge mit dem Faktor 18,5 multipliziert, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Herr S von Januar bis November 2012 und Herr W von Januar bis Mitte August 2012 bei der Beklagten beschäftigt waren. Gegen diese Berechnung erhebt die Revision keine Einwände.

56

b) Das Landesarbeitsgericht durfte auch den Vortrag der Beklagten für unerheblich erachten, wonach Herr S von Januar bis August 2012 lediglich als Hilfskraft beschäftigt worden sei. Die Beklagte hat die dem Kläger nicht bekannte tatsächliche Höhe der monatlichen Bruttolohnsummen für den Zeitraum von Januar bis August 2012 nicht mitgeteilt. Das Landesarbeitsgericht konnte deshalb

57

nicht prüfen, ob die anhand der tatsächlichen Bruttolohnsummen ermittelten Beitragsforderungen niedriger waren als die vom Kläger geltend gemachten.

3. Die Ansprüche sind weder verfallen, noch steht ihnen die erhobene Einrede der Verjährung entgegen. Verfall und Verjährung der Ansprüche richten sich nach § 24 Abs. 1 und Abs. 4 VTV 2011. Die Verfall- und die Verjährungsfrist betragen vier Jahre. § 199 BGB findet Anwendung. Diese Verlängerung der Verjährungsfrist gegenüber § 195 BGB ist nach § 202 BGB wirksam (*BAG 20. Mai 2020 - 10 AZR 576/18 - Rn. 30 mwN*). 58

a) Der Auffassung der Beklagten, die Beitragsansprüche gegen sie als sog. Außenseiterin seien „mit der Wertung des § 142 BGB“ nie entstanden und hätten daher auch nicht rückwirkend und mit der verlängerten Verjährungsfrist begründet werden können, steht die rückwirkende Geltungserstreckung des VTV 2011 - mit den die Verjährung betreffenden Normen - durch § 7 Abs. 6 SokaSiG entgegen. Anders als die Beklagte gemeint hat, schützt § 7 SokaSiG die Sozialkassen nicht nur vor Rückforderungsansprüchen, sondern stellt auch den zukünftigen Beitragseinzug sicher (*vgl. BAG 22. Januar 2020 - 10 AZR 387/18 - Rn. 50 mwN*). Der Annahme, § 7 SokaSiG werde von § 142 Abs. 1 BGB verdrängt, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sich der Anwendungsbereich des § 142 Abs. 1 BGB auf anfechtbare rechtsgeschäftliche Willenserklärungen beschränkt. 59

b) Der älteste Beitragsanspruch für Januar 2012 war nach § 21 Abs. 1 Satz 1 VTV 2011 mit dem 15. Februar 2012 fällig, sodass die Verfall- und die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres 2012 zu laufen begannen und am 31. Dezember 2016 endeten. Der Kläger hat die Ansprüche innerhalb der Verfallfrist anhängig gemacht, indem er den Mahnantrag am 15. Dezember 2016 beim Arbeitsgericht eingereicht hat (*vgl. BVerfG 16. Juli 2016 - 2 BvR 1614/14 - Rn. 18*). Nach § 24 Abs. 1 Satz 3 VTV 2011 genügt das, um die Verfallfrist einzuhalten. 60

- c) Die Verjährung der Beitragsansprüche wurde nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB iVm. § 167 ZPO durch den Eingang des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids am 15. Dezember 2016 gehemmt. 61
- aa) Die Zustellung des Mahnbescheids am 21. Januar 2017 erfolgte „demnächst“. 62
- (1) Eine Zustellung „demnächst“ nach Eingang des Antrags bedeutet eine Zustellung innerhalb einer nach den Umständen angemessenen, selbst längeren Frist, wenn die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter unter Berücksichtigung der Gesamtsituation alles Zumutbare für die unverzügliche Zustellung getan haben. Nicht mehr „demnächst“ erfolgt ist die Zustellung, wenn die Partei, der die Fristwahrung obliegt, oder ihr Prozessbevollmächtigter durch nachlässiges - auch leicht fahrlässiges - Verhalten zu einer nicht nur geringfügigen Zustellungsverzögerung beigetragen hat (*vgl. BAG 13. November 2014 - 6 AZR 869/13 - Rn. 46, BAGE 150, 22; BGH 10. Dezember 2019 - II ZR 281/18 - Rn. 8*). 63
- (2) Der Kläger hat durch die Einreichung des vollständig ausgefüllten Antrags auf Erlass des Mahnbescheids am 15. Dezember 2016 bei Gericht alles Zumutbare für die unverzügliche Zustellung des Mahnbescheids getan. Die verzögerte Zustellung des antragsgemäß erlassenen Mahnbescheids am 21. Januar 2017 beruhte nicht auf dem Verhalten des Klägers, sondern auf der Arbeitsweise des Gerichts. Sie kann dem Kläger daher nicht zugerechnet werden. 64
- bb) Die Ansprüche waren in dem Mahnbescheid in einer den Anforderungen des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise individualisiert (*zu dieser Voraussetzung BGH 17. September 2019 - X ZR 124/18 - Rn. 24 f.*). 65
- (1) Entgegen der Auffassung der Beklagten muss die Sozialkasse die gewerblichen Arbeitnehmer, für die sie Beiträge erstrebt, nicht namentlich benennen, um den Streitgegenstand zu bestimmen. Macht die Sozialkasse mit einem Mahnantrag Beiträge für gewerbliche Arbeitnehmer geltend, sind die Vorgaben des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO grundsätzlich erfüllt, wenn sie darlegt, von welchem 66

Arbeitgeber sie für welche Kalendermonate Beiträge in welcher Höhe begehrt
(*BAG 27. November 2019 - 10 AZR 476/18 - Rn. 20 ff., BAGE 168, 374*).

(2) Diese Angaben lassen sich dem Mahnbescheid vom 17. Januar 2017 67
entnehmen. Sie ermöglichten es der Beklagten zu beurteilen, ob sie sich gegen
den Anspruch zur Wehr setzen wollte.

cc) Dem Beginn der Hemmung am 15. Dezember 2016 steht nicht entgegen, 68
dass sich der Kläger erst im Verlauf des Rechtsstreits auf das SokaSiG als Gel-
tungsgrund für den VTV 2011 berufen hat. Bei den Beitragsansprüchen handelt
es sich um denselben Streitgegenstand, unabhängig davon, ob die Verfahrensar-
tarifverträge aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung oder nach § 7
SokaSiG zur Anwendung kommen (*BAG 22. Januar 2020 - 10 AZR 387/18 -
Rn. 44*). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Tatbestandsvoraussetzungen
des § 213 BGB erfüllt sind (*BAG 18. Dezember 2019 - 10 AZR 424/18 - Rn. 66
mwN*).

4. Die Beklagte war ungeachtet ihrer fehlenden Verbandszugehörigkeit 69
nach § 7 Abs. 6 iVm. der Anlage 31 SokaSiG an den im Streitzeitraum geltenden
VTV 2011 gebunden. Das SokaSiG ist als Geltungsgrund für die Verfahrenstarif-
verträge nach Auffassung des Senats verfassungsgemäß (*BAG 17. Juni 2020
- 10 AZR 464/18 - Rn. 58 ff. mwN; vgl. inzwischen auch BVerfG 11. August 2020
- 1 BvR 2654/17 - Rn. 14 ff.; 11. August 2020 - 1 BvR 1115/18 - Rn. 2 f.*). Die An-
griffe der Revision führen zu keiner anderen Beurteilung.

a) Anders als die Beklagte annimmt, schließt § 7 SokaSiG nicht nur Rück- 70
forderungsansprüche aus. Die Norm sichert auch den Einzug rückständiger Bei-
träge.

aa) Darin erkennt der Senat insbesondere keinen Verstoß gegen Art. 9 71
Abs. 3 GG (*BAG 20. Mai 2020 - 10 AZR 576/18 - Rn. 57 ff. mwN; grundlegend
BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 45 ff., BAGE 164, 201*).

bb) Ein etwaiger Eingriff in die Tarifautonomie durch die gesetzliche Gel- 72
tungserstreckung ist jedenfalls im Interesse der Sicherung der Funktionsfähigkeit

des Systems der Tarifautonomie gerechtfertigt. Das SokaSiG dient einem legitimen Zweck, weil es den Fortbestand der Sozialkassenverfahren in der Bauwirtschaft sichern und Bedingungen für einen fairen Wettbewerb schaffen soll. Das Gesetz ist geeignet, weil es jedenfalls förderlich ist, diese Ziele zu erreichen. Der Gesetzgeber verfügt über einen Einschätzungsspielraum für die Beurteilung der tatsächlichen Grundlagen einer Regelung. Die Grenze liegt dort, wo sich deutlich erkennbar abzeichnet, dass eine Fehleinschätzung vorgelegen hat (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 159 mwN, BVerfGE 146, 71*). Dafür sind keine Anhaltspunkte gegeben (*BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - Rn. 30 mwN*). Das SokaSiG ist ferner erforderlich. Die vom Gesetzgeber angestellten Erwägungen sind von seinem Einschätzungsspielraum gedeckt. Indem § 7 SokaSiG nicht nur Rückforderungsansprüche ausschließt, sondern auch den zukünftigen Beitragseinzug sicherstellt, kann dieser Zweck erreicht werden. Eine auf Rückforderungsansprüche beschränkte Regelung wäre zwar milder gewesen, aber nicht gleich wirksam (*BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - aaO; vgl. mittlerweile auch BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 28 ff.*). Die mit § 7 SokaSiG verbundenen Belastungen für nicht tarifgebundene Arbeitgeber hält der Senat angesichts der mit der Norm verfolgten Ziele für zumutbar (*BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - aaO; vgl. inzwischen auch BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 32*).

b) § 7 SokaSiG verletzt nicht das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG geschützte Vertrauen tariffreier Arbeitgeber, von rückwirkenden Gesetzen nicht in unzulässiger Weise belastet zu werden (*BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - Rn. 32 mwN; vgl. mittlerweile auch BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 14 ff.*). Der von der Beklagten betonte Umstand, sie trete „doch schon seit Jahr und Tag dem Revisionsgegner und dessen Ansichten und dessen vermeintlichen Ansprüchen entgegen“, hindert die Anwendung des SokaSiG hier nicht. Es kommt allein darauf an, ob die tariffreien Arbeitgeber bei objektiver Betrachtung darauf vertrauen durften, dass die Geltungserstreckung der Verfahrenstarifverträge auf Dauer entfällt (*vgl. BAG 17. Juni 2020 - 10 AZR 464/18 - Rn. 60*). Das ist nicht der Fall.

73

aa) Bis zum 20. September 2016 bestand keine Grundlage für ein Vertrauen auf die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des VTV idF der Anlage 31 des SokaSiG, auf die § 7 Abs. 6 SokaSiG verweist. Die Arbeitgeber mussten vielmehr vom Gegenteil ausgehen und ihre wirtschaftlichen Dispositionen auf die vollständige Erfüllung der in den Verfahrenstarifverträgen geregelten Pflichten einrichten (*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 77 ff., BAGE 164, 201*). Es entsprach der weit überwiegenden Rechtsansicht, dass diese Fassung des VTV wirksam für allgemeinverbindlich erklärt worden war. Etwasige Zweifel der in Anspruch genommenen Arbeitgeber waren keine geeignete Grundlage für die Bildung von Vertrauen dahin, dass auf der Annahme der fehlenden Normwirkung der Verfahrenstarifverträge beruhenden Dispositionen nicht nachträglich die Grundlage entzogen werden würde (*BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - Rn. 33 mwN; vgl. inzwischen auch BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 22 ff.*).

74

bb) Für den von § 7 Abs. 6 SokaSiG erfassten Zeitraum konnte sich bei der Beklagten aufgrund der Entscheidungen des Senats vom 21. September 2016 (- 10 ABR 33/15 - BAGE 156, 213; - 10 ABR 48/15 - BAGE 156, 289) und 25. Januar 2017 (- 10 ABR 34/15 -; - 10 ABR 43/15 -) kein hinreichend gefestigtes und damit schutzwürdiges Vertrauen darauf bilden, nicht zu Sozialkassenbeiträgen herangezogen zu werden. Vielmehr musste sie nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge von § 7 Abs. 6 SokaSiG zurückbezogen wird, damit rechnen, dass die tariflichen Rechtsnormen durch Gesetz rückwirkend wieder auf nicht originär tarifgebundene Arbeitgeber erstreckt werden würden. Der Gesetzgeber brauchte auf in der Zwischenzeit dennoch getätigte gegenläufige Vermögensdispositionen keine Rücksicht zu nehmen (*vgl. BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - Rn. 34 mwN; vgl. mittlerweile auch BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 17, 23 f.*).

75

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

76

Gallner

Pessinger

Brune

R. Baschnagel

Budde