

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 722/10  
12 Sa 1679/09  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
18. Januar 2012

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Schmitz-Scholemann und Mestwerdt sowie den ehrenamtlichen Richter Beck und die ehrenamtliche Richterin Maurer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 7. September 2010 - 12 Sa 1679/09 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Auskunft über Sozialkassenbeitragsansprüche für den Zeitraum Juni 2006 bis April 2009 sowie über Entschädigungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte. 1

Die Klägerin ist die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Sie ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes und nach den allgemeinverbindlichen tariflichen Regelungen die Einzugsstelle für die Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes. 2

Die Beklagte, die kein Mitglied der tarifvertragsschließenden Verbände des Baugewerbes ist, unterhält einen Betrieb auf dem Flughafen H. Sie ist im Handelsregister des Amtsgerichts Bad Kreuznach mit folgenden Tätigkeiten eingetragen: Betrieb und Errichtung von Hotels und sämtliche damit im Zusammenhang stehende Tätigkeiten, Immobilienverwaltung und Immobilienhandel, Bauträgertätigkeit, Im- und Export von Waren, Betrieb einer Boutique, Handel mit Baustoffen sowie Erbringung von Dienstleistungen in den genannten Bereichen. 3

Mit ihrer Klage hat die Klägerin Auskunft über die Anzahl der bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer und die Höhe der Bruttolohnsummen für 4

den Zeitraum Juni 2006 bis April 2009 (*für die gewerblichen Arbeitnehmer*) und für Januar 2007 bis April 2009 (*für die Angestellten*) begehrt. Sie hat geltend gemacht: Der Betrieb werde vom Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge des Baugewerbes erfasst. Die Beklagte kaufe Grundstücke, bebaue sie und verkaufe sie anschließend. Im Klagezeitraum habe sie mit mehr als 50 % der jeweiligen Arbeitszeit, die mehr als 50 % der Gesamtarbeitszeit des Betriebs ausmache, Bauhilfsarbeiten ausgeführt. Die Arbeitnehmer der Beklagten hätten Baumaterialien transportiert, Mörtel angerührt, Steine verteilt, Bauschutt entsorgt und die Baustellen aufgeräumt und gereinigt. Diese Hilfs- und Nebentätigkeiten seien zur fachgerechten Ausführung baulicher Arbeiten auf eigenen Baustellen der Beklagten angefallen und seien durchweg als bauliche Leistungen zu qualifizieren. Sie seien notwendig, um Trockenbau- und Montagearbeiten sachgerecht vorzubereiten, durchzuführen und zu beenden. Im Übrigen habe sich bei einer Überprüfung einer Baustelle der Beklagten ergeben, dass sechs von acht Arbeitnehmern als Vorarbeiter, Verputzer, Bauarbeiter und Bauhelfer tätig gewesen seien und damit bauliche Tätigkeiten verrichtet hätten.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

5

1. ihr auf dem zur Verfügung gestellten Formular Auskunft darüber zu erteilen, wie viele gewerbliche Arbeitnehmer, die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - versicherungspflichtige Tätigkeiten ausübten, in den Monaten Juni 2006 bis April 2009 in dem Betrieb der Beklagten beschäftigt wurden, welche Bruttolohnsumme und welche Sozialkassenbeiträge insgesamt für diese Arbeitnehmer in den jeweils genannten Monaten angefallen sind;
2. ihr auf dem zur Verfügung gestellten Formular Auskunft darüber zu erteilen, wie viele Angestellte, die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten (*ausgenommen sind nur geringfügig Beschäftigte iSd. § 8 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch*), in den Monaten Januar 2007 bis April 2009 im Betrieb der Beklagten beschäftigt wurden und welche Zu-

satzversorgungsbeiträge für diese Arbeitnehmer in den jeweils genannten Monaten angefallen sind;

3. für den Fall, dass die Verpflichtung zur Auskunftserteilung nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Urteilszustellung erfüllt wird, an sie eine Entschädigung in Höhe von insgesamt 140.185,00 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags hat sie vorgetragen: Nach der Gesellschaftsgründung habe sie ihre betriebliche Tätigkeit ab dem Jahr 2006 auf die Verwaltung eigener Immobilien und den Handel mit Baustoffen fokussiert. Sie führe keinen Baubetrieb, sondern unterhalte nur ein Lager und beschäftige Büromitarbeiter. Im Zusammenhang mit dem Baumaterialienhandel erbringe sie Transportdienstleistungen. Ihre Mitarbeiter würden die angelieferten Materialien aus Flugzeugen oder Lastkraftwagen entladen, in ihr Lager verbringen, sortieren, aufbewahren und dann zu den Baustellen und den Käufern transportieren. Einzelne Mitarbeiter hätten zwar auch unbrauchbare Materialien auf Baustellen eingesammelt, aufgeräumt und gereinigt. Sie hätten damit aber keine baulichen Leistungen erbracht, weil es an einer eigenen baulichen Haupttätigkeit fehle.

6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben und die Revision zugelassen. In der Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin den Rechtsstreit für den Zeitraum von Juni 2006 bis Dezember 2007 für erledigt erklärt. Die Beklagte hat dem Erledigungsantrag widersprochen und erstrebt Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

7

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist begründet. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht stattgeben. Ein Betrieb unterfällt nicht bereits deshalb dem Geltungsbereich des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV), weil Baunebenarbeiten ausgeführt werden (*unter I*). In Betracht kommt jedoch, dass die von der Be-

8

klagen ausgeführten Baunebenarbeiten deshalb als bauliche Leistungen im Sinne des VTV gelten, weil ihr die entsprechenden baulichen (Haupt-)Leistungen zugerechnet werden müssen (*unter II*). Ob dies der Fall ist, kann der Senat aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht entscheiden. Die Revision führt daher zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

- I. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung, die Beklagte unterfalle bereits deshalb dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV, weil sie „auf eigenen Baustellen“ mit der überwiegenden Arbeitszeit ihrer gewerblichen Arbeitnehmer Arbeiten wie Materialtransport, Anrühren von Mörtel, Verteilen von Steinen, Entsorgung von Bauschutt und Reinigen der Baustelle ausgeführt habe, rechtfertigt die getroffene Entscheidung nicht. 9
1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird ein Betrieb 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. 10
- a) Für die Geltung des VTV reicht es aus, wenn in dem Betrieb überwiegend eine oder mehrere der in den Beispielen des § 1 Abs. 2 Abschn. IV und V genannten baulichen Haupttätigkeiten 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. 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 (*st. Rspr., vgl. bspw. BAG 18. Mai 2011 - 10 AZR 190/10 - Rn. 11, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 332; 14. Juli 2010 - 10 AZR 164/09 - Rn. 13, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 322*). 11
- b) Nebenarbeiten können dann baugewerblichen (Haupt-)Tätigkeiten zugeordnet werden, wenn sie zu einer sachgerechten Ausführung baulicher 12

Leistungen notwendig sind und deshalb mit ihnen im Zusammenhang stehen (sog. *Zusammenhangstätigkeiten*; vgl. BAG 17. November 2010 - 10 AZR 215/10 - Rn. 10; 17. November 2010 - 10 AZR 845/09 - Rn. 20; 27. Oktober 2010 - 10 AZR 362/09 - Rn. 13, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 328; 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 31, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 324; 28. April 2004 - 10 AZR 370/03 - zu II 1 b der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 264).

aa) So erfassen die Tarifbeispiele des § 1 Abs. 2 Abschn. IV und V VTV nicht nur den eigentlichen Kern der jeweiligen baugewerblichen Tätigkeit, sondern darüber hinaus auch alle Arbeiten, die branchenüblich und zur sachgerechten Ausführung der baulichen Tätigkeiten notwendig sind (BAG 20. März 2002 - 10 AZR 507/01 - zu II 2 b dd der Gründe). Vor-, Neben-, Nach- und Hilfsarbeiten dienen den eigentlichen baulichen Haupttätigkeiten und können ihnen deshalb grundsätzlich zugeordnet werden (BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 31, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 324; vgl. 12. Dezember 2007 - 10 AZR 995/06 - Rn. 24). Auch der Transport von Baumaterialien zu Baustellen kann als eine für eine sachgerechte Ausführung baulicher Leistungen notwendige Nebenarbeit qualifiziert werden (BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 31, aaO; 11. Juni 1997 - 10 AZR 525/96 - zu II 2 b Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 200 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 85). Dies gilt ebenso für Fahrdienstleistungen, das Einrichten oder das Reinigen sowie das Aufräumen von Baustellen (vgl. BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 31, aaO). 13

bb) Voraussetzung für ein „Zusammenrechnen“ ist grundsätzlich ein Zusammenhang mit einer eigenen baulichen Haupttätigkeit (BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 32, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 324; vgl. 12. Dezember 2007 - 10 AZR 995/06 - Rn. 25; 20. März 2002 - 10 AZR 507/01 - zu II 2 der Gründe). Erbringt ein Betrieb ausschließlich „Nebenarbeiten“, ohne zugleich baugewerbliche Tätigkeiten und Arbeiten auszuführen, unterfällt er nicht dem VTV (BAG 16. Juni 2010 - 4 AZR 934/08 - Rn. 32, aaO; vgl. 12. Dezember 2007 - 10 AZR 995/06 - Rn. 25; 20. März 2002 - 10 AZR 507/01 - 14

zu II 2 b ee der Gründe). Für die Anwendung des § 1 Abs. 2 VTV kommt es allein auf die betriebliche Tätigkeit des Arbeitgebers und grundsätzlich nicht auf die Tätigkeit von Dritten an. So differenziert beispielsweise die Rechtsprechung danach, ob es sich beim Abtransport von Abraum oder Bauschutt um selbst produzierten Bauschutt des Betriebs handelt oder ob der Transport für Dritte durchgeführt wird (BAG 20. März 2002 - 10 AZR 458/01 - zu II 3 a der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 253). Bei Reinigungsleistungen hängt die Zuordnung zu den baulichen Leistungen davon ab, ob es sich um „eigenständige bzw. isolierte“ Reinigungsarbeiten oder nur um solche handelt, die im Zusammenhang mit einer sonstigen baulichen Leistung des Betriebs stehen (vgl. BAG 27. Oktober 2004 - 10 AZR 119/04 - zu II 5 der Gründe).

2. Gemessen an diesen Vorgaben durfte das Landesarbeitsgericht auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht annehmen, der Betrieb der Beklagten sei im Zeitraum Juni 2006 bis April 2009 als ein baugewerblicher Betrieb iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV zu qualifizieren. Die von der Beklagten ausgeführten und vom Landesarbeitsgericht als „Neben- oder Hilfsarbeiten“ bezeichneten Tätigkeiten wie Fahr- und Transportdienste, Materialtransporte, „Vertragen von Materialien auf Baustellen“ sowie Reinigungsarbeiten sind - für sich genommen - keine baulichen Leistungen iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV. Sie erfüllen auch keinen der Tatbestände des § 1 Abs. 2 Abschn. IV oder V VTV. 15

II. Ob die Klage gleichwohl begründet ist, steht noch nicht fest. 16

1. In Betracht kommt, dass die Beklagte außer den Baunebenarbeiten eigene Bauleistungen erbracht hat. Das Landesarbeitsgericht hat bisher keinen Zusammenhang der von den Arbeitnehmern der Beklagten ausgeführten Neben- oder Hilfsarbeiten mit eigenen baulichen Leistungen der Beklagten festgestellt. Ein solcher Zusammenhang kann sich jedoch aus dem - nicht weiter aufgeklärten - Umstand ergeben, dass die Nebenarbeiten auf den „eigenen Baustellen“ der Beklagten - wie die Klägerin behauptet - angefallen sein mögen. Das Landesarbeitsgericht muss insoweit aufklären, ob die Klägerin damit behaupten will, die Beklagte habe eigene bauliche Leistungen ausgeführt, 17

beispielsweise „verputzt“, wie der Vortrag zur Baukontrolle durch das Hauptzollamt Koblenz nahelegt.

2. Möglicherweise sind die von der Beklagten erbrachten Baunebenarbeiten deshalb als baugewerbliche Tätigkeiten anzusehen, weil sie in einem engen Zusammenhang mit baugewerblichen Arbeiten stehen, die zwar nicht von Arbeitnehmern der Beklagten erbracht wurden, ihr jedoch zugerechnet werden müssen. 18

a) Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juni 2010 (- 4 AZR 934/08 - Rn. 35, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 324) sind Nebenarbeiten wie der Transport von Baumaterialien, die Entsorgung von Bauschutt, das Einrichten, Reinigen und Aufräumen von Baustellen dazu bestimmt, eine sachgerechte Durchführung und Beendigung von Bauarbeiten zu gewährleisten. Sie können deshalb auch dann als bauliche Leistungen im Sinne des VTV gelten, wenn dem Arbeitgeber, der die Nebenarbeiten ausführt, die baulichen Hauptleistungen zugerechnet werden müssen. Das ist zB dann der Fall, wenn er die Hauptleistungen einem Subunternehmen anvertraut und sie beaufsichtigt und mit den von ihm selbst erbrachten Nebenleistungen koordiniert. Werden Nebenleistungen und Bauleistungen tatsächlich in einem engen organisatorischen Zusammenhang einheitlich geleitet, so kann durch eine „nur auf dem Papier stehende“, für die Arbeitspraxis aber folgenlose Trennung der Nebenarbeiten von den Hauptarbeiten die Anwendung des VTV nicht vermieden werden. 19

b) Dabei ist nicht entscheidend, welcher der mehreren zusammenwirkenden Unternehmer als „Subunternehmer“ anzusehen sein mag, wer wen mit welchen Tätigkeiten beauftragt hat und welche Abrechnungswege dabei gewählt werden. Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob die Zusammenarbeit die Voraussetzungen erfüllt, die von der Rechtsprechung an das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen (*Gemeinschaftsbetrieb*) gestellt werden. Maßgeblich ist, ob die baulichen Hauptleistungen und die Nebenleistungen tatsächlich unter einer einheitlichen Leitung im Wesentlichen so organisiert werden, wie das in einem Baubetrieb der Fall ist, in dem sie nicht getrennt 20



ten Unternehmen zugewiesen sind. Diese Voraussetzung ist regelmäßig gegeben, wenn die Arbeitsanweisungen auf den Baustellen für die Bauleistungen und für die Nebenleistungen von ein und derselben Person oder von mehreren Personen koordiniert ausgeübt werden. Ist dies der Fall, spricht alles dafür, dass die sachgerechte Ausführung der baulichen Arbeit die Koordination der Bauleistungen und der Nebenleistungen erfordert.

c) Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, steht noch nicht fest. Der Beklagten müssen die baulichen Haupttätigkeiten der auf den Baustellen baugewerblich tätigen Unternehmen zugerechnet werden, wenn die Arbeitsanweisungen auf den Baustellen für die Bauleistungen und für die Nebenleistungen von ein und derselben Person oder von mehreren Personen koordiniert ausgeübt wurden. Davon scheint das Landesarbeitsgericht auszugehen, ohne dass es hierfür die notwendigen Feststellungen getroffen hat. Es führt lediglich aus, „Neben- oder Hilfsarbeiten“ seien als baugewerbliche Zusammenhangstätigkeiten anzusehen, weil sie für die Bautätigkeit notwendig und für ein Subunternehmen, das Bauwerke für die Beklagte erstellt, erbracht worden sind. Allein der Umstand, dass die Beklagte Auftraggeberin für mehrere Bauwerke gewesen ist und dem Auftragnehmer Baumaterialien geliefert sowie für ihn weitere Nebenarbeiten verrichtet hat, ist allerdings nicht ausreichend, um der Beklagten die Bauhauptleistungen zuzurechnen. Vielmehr kommt es auf die oben niedergelegten Maßgaben an.

21

III. Da es an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bisher fehlt, war das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückzuverweisen.

22

Mikosch

Mestwerdt

Schmitz-Scholemann

Beck

Maurer