

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 18. September 2024  
- 10 AZR 162/23 -  
ECLI:DE:BAG:2024:180924.U.10AZR162.23.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 26. April 2022  
- 12 Ca 587/18 SK -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 2. Mai 2023  
- 12 Sa 765/22 SK -

---

Entscheidungsstichworte:

Sozialkassen des Baugewerbes - Rückzahlung von Beiträgen - Ausnahme für das Herd- und Ofensetzerhandwerk - Abgrenzung zu Feuerungs- und Ofenbauarbeiten - Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht - Vorrang der Leistungskondition - Entreichung

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 162/23  
12 Sa 765/22 SK  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
18. September 2024

## URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

1.

Beklagter zu 1., Berufungskläger, Berufungsbeklagter zu 1. und  
Revisionsbeklagter zu 1.,

2.

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte zu 2. und Revisionsbeklagte zu 2.,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Günther-Gräff und Nowak sowie den ehrenamtlichen Richter Gratzner und die ehrenamtliche Richterin Kuhny für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 2. Mai 2023 - 12 Sa 765/22 SK - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben und insgesamt zur Klarstellung neu gefasst.

Auf die Berufungen der Klägerin und des Beklagten zu 1. wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 26. April 2022 - 12 Ca 587/18 SK - unter Zurückweisung der Berufungen im Übrigen teilweise abgeändert.

Der Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin 19.555,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. Dezember 2019 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten erster Instanz werden zu 94 % der Klägerin und zu 6 % dem Beklagten zu 1. auferlegt. Von den Gerichtskosten zweiter und dritter Instanz haben die Klägerin 75 % und der Beklagte zu 1. 25 % zu tragen.

Der Beklagte zu 1. hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin in der ersten Instanz zu 12 % sowie in der zweiten und dritten Instanz zu 49 % zu tragen. Die Klägerin hat die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1. in der ersten Instanz zu 88 % sowie in der zweiten und dritten Instanz zu 51 % zu tragen. Im Übrigen tragen die Klägerin und der Beklagte zu 1. ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. hat die Klägerin zu tragen.

**Von Rechts wegen!**

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Rückzahlung der von der Klägerin im Kalenderjahr 2016 entrichteten Beiträge zum Sozialkassenverfahren im Baugewerbe. 1

Die Beklagten sind gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien im Baugewerbe. Bei dem Beklagten zu 1. handelt es sich um die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) in der Rechtsform eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit kraft staatlicher Verleihung. Er ist tarifvertraglich zum Einzug der Beiträge zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft verpflichtet. Die Beklagte zu 2. ist die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisierte Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK-Bau). Sie gewährt zusätzliche Leistungen zu den gesetzlichen Renten und hat zur Finanzierung dieser Leistungen einen eigenen Beitragsanspruch gegen den Arbeitgeber. Auf der Grundlage des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. Mai 2013 in den für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Fassungen vom 10. Dezember 2014 und vom 24. November 2015 zog der Beklagte zu 1. als Einzugsstelle seine eigenen Beiträge und die der Beklagten zu 2. von den beitragspflichtigen Arbeitgebern ein. § 1 VTV enthält in den genannten Fassungen ua. folgende Bestimmungen: 2

### **„§ 1**

#### **Geltungsbereich**

##### **(1) Räumlicher Geltungsbereich**

Das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

##### **(2) Betrieblicher Geltungsbereich**

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

...

#### **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:

...

14. Feuerungs- und Ofenbauarbeiten;
15. Fliesen-, Platten- und Mosaik-Ansetz- und Verlegearbeiten;

...

28. Schornsteinbauarbeiten;

...

#### **Abschnitt VII**

Nicht erfasst werden Betriebe

...

5. des Herd- und Ofensetzerhandwerks, soweit nicht Arbeiten der in den Abschnitten IV oder V aufgeführten Art ausgeführt werden,

...“

Bis zum Kalenderjahr 2010 erbrachten die Arbeitnehmer der keinem Arbeitgeberverband angehörenden Klägerin arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten im Bereich des Handels und des Verlegens von Fliesen. Ab dem Kalenderjahr 2011 kamen Arbeiten im Zusammenhang mit dem Bau von Öfen und Kaminen hinzu. In diesem Bereich beschäftigte die Klägerin ua. einen Meister des Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerks und seit Oktober 2016 einen Gesellen dieses Gewerks. Der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Klägerin verfügt ebenfalls über einen Meisterbrief für das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk. Darüber hinaus bildete die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum einen Auszubildenden zum Ofen- und Luftheizungsbauer aus. Bis Ende des Jahres 2016 nahm die Klägerin am Sozialkassenverfahren teil. Die Klägerin begehrt zuletzt die Rückzahlung der im Kalenderjahr 2016 geleisteten Beiträge

3

für die Monate Dezember 2015 bis November 2016 abzüglich erhaltener Erstattungen.

Die Klägerin hat behauptet, im Streitzeitraum seien arbeitszeitlich überwiegend nach individuellen Kundenwünschen geplante Kamine und Öfen gebaut und angeschlossen worden. Sie sei deshalb als Betrieb des Ofensetzerhandwerks vom betrieblichen Geltungsbereich der VTV ausgenommen. Eine Rechtsgrundlage für die Beitragszahlung habe nicht bestanden. Die Beklagten seien als Gesamtschuldner zur Rückzahlung der geleisteten Beiträge verpflichtet.

4

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt, die Beklagten zu 1. und 2. gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie 19.555,36 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

5

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben die Auffassung vertreten, der Betrieb der Klägerin sei im streitgegenständlichen Zeitraum vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst worden. Die gewerblichen Beschäftigten der Klägerin hätten arbeitszeitlich überwiegend bauliche Tätigkeiten in diesem Sinn erbracht. Die handwerklichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Einbau von Öfen und Kaminen stellten auch Feuerungsarbeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 VTV dar, so dass die in der Ausnahmenvorschrift für das Herd- und Ofensetzerhandwerk angelegte Rückausnahme greife. Der Ausnahmetatbestand für das Herd- und Ofensetzerhandwerk laufe auch nicht gänzlich leer, da für Betriebe, deren Arbeitnehmer überwiegend nicht mit Feuer betriebene Herde einbauten, ein Anwendungsbereich verbleibe. Sollte der Betrieb der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum nicht vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst gewesen sein, könne die Klägerin gleichwohl keine Rückzahlung der Beiträge verlangen, da sie in Kenntnis einer Nichtschuld geleistet habe. Die Beklagte zu 2. sei für einen Rückforderungsanspruch nicht passiv legitimiert. Im Übrigen seien beide Beklagten entreichert, da alle erhaltenen Gelder in das Solidarvermögen überführt und bestimmungsgemäß verwendet worden seien. Zumindest liege eine Entreichung des Beklagten zu 1. im Umfang der an die Beklagte zu 2. weitergeleiteten Beitragsanteile vor.

6

Das Arbeitsgericht hat der Klage gegen den Beklagten zu 1. - soweit für die Revision von Interesse - hinsichtlich eines Teilbetrags von 6.091,45 Euro nebst Zinsen stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Entscheidung teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel hinsichtlich der noch streitigen Klageforderung weiter.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist hinsichtlich des gegen den Beklagten zu 1. gerichteten Rückzahlungsanspruchs begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet. Soweit die Revision begründet ist, war das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern (§ 563 Abs. 3 ZPO), wobei die Urteilsformel im Hinblick auf die lediglich von der Klägerin und dem Beklagten zu 1. eingelegte Berufung klarzustellen war.

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin hat die im streitgegenständlichen Zeitraum geleisteten Beiträge sowie die erhaltenen Erstattungsleistungen im Einzelnen angegeben.

II. Die Klage ist teilweise begründet. Die Klägerin kann vom Beklagten zu 1. eine Rückzahlung iHv. 19.555,36 Euro der im Kalenderjahr 2016 für die Monate Dezember 2015 bis November 2016 entrichteten Sozialkassenbeiträge abzüglich erhaltener Erstattungen nebst Zinsen verlangen. Die Beklagte zu 2. ist für die geltend gemachten Rückzahlungsansprüche hingegen nicht passiv legitimiert.

1. Der Anspruch folgt aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.

a) Nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist zur Herausgabe verpflichtet, wer durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt. Der Be-

klagte zu 1. hat durch die Entrichtung der Gesamtsozialkassenbeiträge zzgl. der Zusatzversorgungsbeiträge für Angestellte und Auszubildende einen wirtschaftlichen Vermögensvorteil in Höhe der Beitragsforderung erlangt.

b) Dieser wirtschaftliche Vorteil ist dem Beklagten zu 1. auch durch Leistung der Klägerin zugeflossen. Unter einer Leistung im Sinn dieser Vorschrift ist die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen. Für die Beurteilung, wer Leistender und wer Empfänger einer Leistung ist, kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbestimmung an. Maßgeblich ist grundsätzlich der Zweck, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung mit ihr nach dem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben (*BAG 27. November 2019 - 10 AZR 399/18 - Rn. 19; BGH 31. Januar 2018 - VIII ZR 39/17 - Rn. 17*). 13

aa) Die Beiträge sind von den Arbeitgebern an den Beklagten zu 1. zu zahlen, da dieser von den Tarifvertragsparteien als Einzugsstelle im Sozialkassenverfahren bestimmt worden ist (*§ 3 Abs. 3 Satz 1, § 15 Abs. 1 bis 3, §§ 16, 18 Abs. 1 Satz 1 VTV*). Dabei ist der Beitrag für die gewerblichen Arbeitnehmer als Gesamtbetrag an die Einzugsstelle abzuführen (*§ 15 Abs. 1 bis 3 VTV*). Der Beklagte zu 1. war und ist nach § 3 Abs. 3 VTV ausdrücklich ermächtigt, auch Sozialkassenbeiträge einzuziehen, soweit sie nicht ihm selbst, sondern anderen Sozialkassen zustehen. Nach § 28 Abs. 1 VTV hat die Einzugsstelle die von ihr einzuziehenden Beiträge rechtzeitig und vollständig zu erheben. Die Einzugsstelle führt für den Arbeitgeber ein Beitragskonto (*vgl. § 15 Abs. 5 Satz 1, § 18 Abs. 2 Satz 1 VTV*). Die Arbeitgeber können und konnten im Klagezeitraum nach den tariflichen Regelungen des Beitragseinzugsverfahrens auf die Beitragsforderungen der systemangehörigen Sozialkassen befreiend nur an den Beklagten zu 1. leisten. Dieser hatte und hat die ausschließliche Empfangszuständigkeit für die Sozialkassenbeiträge. 14

bb) Der Annahme einer alleinigen Empfangszuständigkeit des Beklagten zu 1. im Außenverhältnis zu den Arbeitgebern als Beitragsschuldern steht nicht entgegen, dass dieser die fremdnützig eingezogenen, nach den tariflichen Regelungen anderer Sozialkassen zustehenden Beiträge nach § 667 BGB an die an 15



deren Sozialkassen herauszugeben hat. Ebenso ist unschädlich, dass die Beklagte zu 2. zur Finanzierung der zusätzlichen Leistungen zu den gesetzlichen Renten einen unmittelbaren eigenen Beitragsanspruch gegen den Arbeitgeber hat (*vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 VTV*). Letzterer folgt für die Zeit bis zum 31. Dezember 2015 aus § 13 Abs. 5 des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags über Rentenbeihilfen im Baugewerbe vom 31. Oktober 2002 in der jeweiligen Fassung (TVR) und für die Zeit ab dem 1. Januar 2016 aus § 20 Abs. 6 des ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau).

(1) Nach der Rechtsprechung des Senats spielt das Innenverhältnis zwischen dem Beklagten zu 1. als Einzugsstelle und den hinter ihm stehenden anderen Sozialkassen bei der Rückabwicklung des Leistungsverhältnisses zwischen dem Beklagten zu 1. und einem Arbeitgeber, der ohne rechtlichen Grund Beiträge an diesen abgeführt hat, keine entscheidende Rolle (*BAG 22. Januar 2020 - 10 AZR 323/18 - Rn. 18 mwN*). Zwar ist der Beklagte zu 1. nach § 18 Abs. 6 VTV im Rahmen der tarifvertraglichen Bestimmungen zur Zusatzversorgung an die Weisungen der Beklagten zu 2. gebunden. Gegenüber den Arbeitgebern tritt er jedoch wie ein Vollrechtsinhaber auf, wenn er die ihm tariflich eingeräumten Befugnisse wahrnimmt (*vgl. BAG 27. November 2019 - 10 AZR 399/18 - Rn. 20; 23. April 2008 - 10 AZR 108/07 - Rn. 19*). 16

(2) Daran hält der Senat auch in Ansehung des eigenen Beitragsanspruchs der Beklagten zu 2. nach § 13 Abs. 5 TVR und § 20 Abs. 6 TZA Bau fest. Die Einziehung dieser Ansprüche haben die Tarifvertragsparteien im Sozialkassenverfahren ausschließlich dem Beklagten zu 1. zugewiesen (§ 2 iVm. § 3 Abs. 3 Satz 1 VTV). Gegenstand des vorliegenden Rückzahlungsanspruchs sind die dem Beklagten zu 1. durch Leistung der Klägerin für die jeweiligen Monate zugeflossenen Sozialkassenbeiträge als Gesamtbeträge (§ 15 VTV) und die Zusatzversorgungsbeiträge für Angestellte und Auszubildende (§ 16 VTV idF vom 24. November 2015). Innerhalb dieser Leistungsbeziehung hat der ursprüngliche Bereicherungsvorgang stattgefunden. 17

- c) Die Leistung der Sozialkassenbeiträge für die Monate Dezember 2015 bis November 2016 ist ohne Rechtsgrund erfolgt. Die Klägerin war im streitgegenständlichen Zeitraum nicht zur Beitragszahlung nach den §§ 15 ff. VTV in den Fassungen vom 10. Dezember 2014 und vom 24. November 2015 iVm. § 7 Abs. 1, 2 SokaSiG und den Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE) vom 6. Juli 2015 und vom 4. Mai 2016 verpflichtet. 18
- aa) Eine fehlende Geltung der VTV für den Betrieb der Klägerin folgt nicht bereits aus der in der Bekanntmachung über die AVE eines Tarifvertrags für das Baugewerbe vom 6. Juli 2015 (*BAnz. AT 14. Juli 2015 B1*) unter Ziff. 1 Abs. 4 Nr. 6 enthaltenen und in die Anlage 37 zu § 10 Abs. 1 SokaSiG übernommenen Einschränkung für anderweitig tarifgebundene Betriebe des Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerks (*vgl. Ziff. 1 der Einschränkungen der AVE vom 6. Juli 2015 und vom 4. Mai 2016, BAnz. AT 14. Juli 2015 B3 und BAnz. AT 9. Mai 2016 B4*). Diese Einschränkung gilt nur für Betriebe, die unmittelbar oder mittelbar Mitglied des für dieses Gewerbe tarifzuständigen Zentralverbands Sanitär-Heizung-Klima sind. Die Klägerin gehört hingegen keinem Arbeitgeberverband an. 19
- bb) Der Betrieb der Klägerin ist jedoch nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV vom betrieblichen Geltungsbereich der VTV ausgenommen. Zwar haben die Arbeitnehmer der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum baugewerbliche Tätigkeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV erbracht. Allerdings handelt es sich dabei arbeitszeitlich überwiegend um Tätigkeiten, die auch von Betrieben des Herd- und Ofensetzerhandwerks ausgeführt und nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV grundsätzlich nicht vom VTV erfasst werden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Rückausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 2 VTV nicht erfüllt. 20
- (1) Bei den Tätigkeiten des Kaminbaus und des Einbaus von Öfen einschließlich der damit verbundenen Tätigkeiten wie der Verkleidung des Ofens bzw. der Sanierung eines Schornsteins und der Verlegung von Platten oder Fliesen vor dem Ofen, welche nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im maßgeblichen Zeitraum unter Berücksichtigung weiterer Zusammenhangstätigkeiten wie 21

Beratung und Kundenakquise arbeitszeitlich überwiegend erbracht wurden, handelt es sich um bauliche Leistungen iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV.

(a) Die Klägerin hat diese Leistungen „nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung“ im Tarifsinn erbracht. Dieses Tarifmerkmal erfüllen Betriebe, wenn sie arbeitszeitlich überwiegend Arbeiten ausführen, die irgendwie - wenn auch nur auf einem kleinen und speziellen Gebiet - der Errichtung und Vollendung von Bauwerken oder auch deren Instandsetzung oder -haltung zu dienen bestimmt sind, sodass diese in vollem Umfang ihre bestimmungsgemäßen Zwecke erfüllen können (*BAG 27. April 2022 - 10 AZR 263/19 - Rn. 23 mwN*). Die von der Klägerin arbeitszeitlich überwiegend erbrachten Arbeiten dienten entweder der Vollendung eines Bauwerks oder der Instandsetzung von Teilen eines Bauwerks. Nach Einbau und Installation des Ofens bzw. dessen Reparatur kann das jeweilige Wohngebäude in vollem Umfang der - weiteren - bestimmungsgemäßen Nutzung dienen. 22

(b) Die Klägerin erbrachte auch „nach ihrer betrieblichen Einrichtung bauliche Leistungen“. Dieses Tarifmerkmal des § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV erfüllen Betriebe, wenn sie Leistungen mit Werkstoffen, Arbeitsmitteln und -methoden des Baugewerbes einschließlich der in § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV genannten Gewerke ausführen (*st. Rspr., zB BAG 27. April 2022 - 10 AZR 263/19 - Rn. 24; 28. April 2021 - 10 AZR 34/19 - Rn. 14 mwN*). Dies steht bei den nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts von den gewerblichen Arbeitnehmern der Klägerin erbrachten bauhandwerklichen Tätigkeiten nicht in Frage. 23

(2) Die im Betrieb der Klägerin arbeitszeitlich überwiegend ausgeübten Tätigkeiten waren aber auch solche des Ofensetzerhandwerks. Betriebe des Herd- und Ofensetzerhandwerks sind nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV grundsätzlich vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen. 24

(a) Ein Betrieb im Sinn der Ausnahmetatbestände setzt voraus, dass in ihm arbeitszeitlich zu mehr als der Hälfte der Gesamtarbeitszeit Tätigkeiten ausgeübt werden, die einem der Tatbestände des Ausnahmekatalogs zuzuordnen sind. Dabei müssen nicht arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeübt werden, 25

die das gesamte Spektrum dieses Gewerbes abbilden, um - hier nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV - aus dem betrieblichen Geltungsbereich ausgenommen zu sein. Ausreichend ist grundsätzlich, dass einzelne diesem Gewerbe zuzuordnende Tätigkeiten arbeitszeitlich überwiegend verrichtet werden (*BAG 27. April 2022 - 10 AZR 263/19 - Rn. 26; 28. April 2021 - 10 AZR 34/19 - Rn. 17 mwN*).

(b) Die Arbeitnehmer der Klägerin verrichteten im streitgegenständlichen Zeitraum zu mehr als der Hälfte ihrer Gesamtarbeitszeit Tätigkeiten, die auch dem Herd- und Ofensetzerhandwerk zuzuordnen sind. 26

(aa) Bei der Bezeichnung „Ofensetzer“ handelt es sich um eine frühere Berufsbezeichnung bzw. um ein Synonym für den heutigen Ausbildungsberuf des Ofen- und Luftheizungsbauers bzw. der Ofen- und Luftheizungsbauerin, der in der Anlage A zu § 1 Abs. 2 der Handwerksordnung (HwO) unter Nr. 2 genannt ist und von der Bundesagentur für Arbeit wie folgt beschrieben wird: Ofen- und Luftheizungsbauer/innen planen, erstellen, montieren und installieren Kachelöfen, Backöfen, Kamine, Warmluftzentralheizungen, Elektrospeicherheizungen und andere Heizanlagen nach den Wünschen ihrer Kunden. Für Grundöfen stellen sie einen tragfähigen Unterbau aus Mauersteinen her. Anschließend errichten sie Feuerräume aus feuerbeständiger Schamotte und bauen Heizeinsätze, Beschläge und Verbindungsrohre ein. Sie schneiden Ofenkacheln, Klinker und Platten für Wandverkleidungen und Bodenbeläge auf die passende Größe zu, setzen bzw. verlegen und verfugen diese. Sie befestigen Abgasrohre, Luftleitungen und die dazugehörigen Bauteile, dichten sie ab und umwickeln diese mit temperaturbeständigen Dämmstoffen. Sie übernehmen auch Kundendienste, führen Inspektionen durch und halten Anlagen und Systeme instand (*web.arbeitsagentur.de/berufenet/beruf/35285, zuletzt abgerufen am 17. September 2024*). Nach der auf Grundlage von § 25 Abs. 1, § 26 HwO erlassenen Verordnung über die Berufsausbildung zum Ofen- und Luftheizungsbauer/zur Ofen- und Luftheizungsbauerin vom 6. April 2006 (OfenbAusbV) umfasst der Ausbildungsrahmenplan für die Berufsausbildung im einschlägigen Beruf ua. das manuelle und maschinelle Bearbeiten von Metallen und Kunststoffen sowie keramischen Bauteilen (§ 4 Nr. 8, 9), das Versetzen von Kacheln und anderen keramischen und minera- 27

lischen Werkstoffen und Bauteilen (§ 4 Nr. 10), das Herstellen elektrischer Anschlüsse von Komponenten von Ofen- und Luftheizungsbausystemen (§ 4 Nr. 11), das Montieren von Mess-, Steuerungs-, Regelungs- und Sicherheitseinrichtungen von Ofen- und Luftheizungsbausystemen (§ 4 Nr. 13), das Aufbauen und Instandhalten von handwerklich und industriell gefertigten Öfen und Herden (§ 4 Nr. 15) und die Kundenberatung (§ 4 Nr. 18). Nach § 9 Abs. 2 Satz 3 OfenbAusbV kommt als Arbeitsaufgabe für die praktische Gesellenprüfung insbesondere die Herstellung des Segments eines Grundofens oder Warmluftofens an einer Gebäudewand aus brennbaren Baustoffen mit Verkleidung aus geschliffen versetzter Kachelware und einem Heizeinsatz in Betracht.

(bb) Dieses Berufsbild entspricht auch dem in den Einschränkungen der AVE 28 eines Tarifvertrags über das Baugewerbe vom 6. Juli 2015 im Anhang 3 zu Ziff. 1 Abs. 4 Nr. 6 genannten fachlichen Geltungsbereich des Rahmentarifvertrags des Zentralverbands Sanitär-Heizung-Klima für das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk (vgl. Rn. 19). Danach fallen unter das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk insbesondere Betriebe, die Kamine für offenes Feuer, Kachelgrundöfen sowie Kachelherde und transportable keramische Dauerbrandöfen und -herde bauen und planen. Diese Einschränkung der AVE ist zwar für die Klägerin nicht einschlägig, da sie nicht dem tarifschließenden Arbeitgeberverband angehört. Die Beschreibung des fachlichen Geltungsbereichs in den Ausnahmevorschriften der AVE gibt aber Aufschluss darüber, wie die Tätigkeit eines Betriebs des Ofensetzerhandwerks in Fachkreisen verstanden wird.

(cc) Nach dieser Maßgabe sind die von den Arbeitnehmern der Klägerin im 29 streitgegenständlichen Zeitraum erbrachten Tätigkeiten, die den Ofen- und Kaminbau betreffen bzw. damit im Zusammenhang stehen, dem Ofensetzerhandwerk iSd. heutigen Berufsbilds für das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk zuzuordnen. Dies folgt insbesondere aus den ausführlichen Tätigkeitsbeschreibungen der vernommenen Zeugen im Rahmen der Beweisaufnahme. Nach Angaben des als Ofenbaumeister tätigen Zeugen G und des als Ofenbauer beschäftigten Zeugen T gehörten zu den Vorarbeiten beim Ofen- und Kaminbau das Erstellen von Öffnungen, das Legen von Frischluftleitungen und Kanälen. Der Kaminbau umfasste danach alle handwerklichen Tätigkeiten wie das Aufstellen

der Anlage, das Verputzen der Kamine, das Setzen von Kacheln oder Natursteinen. Als Nacharbeiten erfolgten das Legen von Fliesen um den Kamin sowie ggf. das Bauen von Schornsteinen, etwaige Reparaturarbeiten oder die Inbetriebnahme der Anlage. Nach Angaben des als Kachelofen- und Luftheizungsbauer ab Oktober 2016 tätigen Zeugen H wurden in der Regel optisch besonders aufwändige Kamine gebaut. Auch der als Maurer beschäftigte Zeuge Z hat angegeben, ua. alte Kaminanlagen abgerissen, Schornsteine saniert und bei der Verschalung oder beim Aufstellen neuer Öfen geholfen zu haben. Hinzu kamen nach Aussage des als Servicemitarbeiter tätigen Zeugen Zu Reparaturarbeiten an Öfen beim Kunden.

(dd) Nach der Würdigung der Zeugenaussagen durch das Arbeitsgericht und den auf dieser Basis getroffenen und von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben die gewerblichen Arbeitnehmer der Klägerin und der mit der Kundenberatung betraute Mitarbeiter K im streitgegenständlichen Zeitraum arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten des Ofenbaus bzw. damit im Zusammenhang stehende Tätigkeiten ausgeführt. Zwar hat das Arbeitsgericht im Jahr 2016 rechtsfehlerhaft die Tätigkeit des Zeugen M mit drei sog. „Mannmonaten“ berücksichtigt, obwohl der Zeuge nach dessen Aussage bereits im Jahr 2013 ausgeschieden ist. Selbst ohne Berücksichtigung dieses Zeugen überwiegen jedoch auch im Kalenderjahr 2016 die Tätigkeiten, die dem Ofensetzerhandwerk zuzuordnen sind. Richtigerweise sind für dieses Kalenderjahr 104,1 sog. „Mannmonate“ zugrunde zu legen, von denen 60,9 Mannmonate auf den Bereich des Ofenbaus entfallen. 30

(ee) Dabei begegnet es keinen Bedenken, dass das Arbeitsgericht die (überwiegend beratende) Tätigkeit des in der Ofenausstellung beschäftigten Zeugen K zu 75 % dem Ofensetzerhandwerk zugeordnet hat. Dessen Tätigkeit diene der Kundenakquise, um Aufträge für den Einbau der von der Klägerin handwerklich erstellten oder vorgefertigten Öfen zu gewinnen. Diese Akquisetätigkeit ist als Zusammenhangstätigkeit der von den Arbeitnehmern des Betriebs ausgeübten baulichen Tätigkeit (in diesem Fall dem Ausnahmegewerk des Ofensetzerhandwerks) zuzuordnen. Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es auch 31

nicht darauf an, ob die Beratungstätigkeit tatsächlich zu einem anschließenden Auftrag geführt hat (*vgl. BAG 18. Oktober 2023 - 10 AZR 71/23 - Rn. 26 mwN*).

(3) Die von den Arbeitnehmern der Klägerin arbeitszeitlich überwiegend erbrachten Tätigkeiten, welche sowohl bauliche Leistungen als auch Leistungen des Ofensetzerhandwerks darstellen, haben dem Betrieb im streitgegenständlichen Zeitraum das Gepräge des Ofensetzerhandwerks iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV gegeben. 32

(a) Führen Arbeitnehmer Tätigkeiten aus, die sowohl baulicher Natur sind als auch einem der ausgenommenen Gewerke des § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV zuzuordnen sind, kommt es darauf an, welches Gepräge diese „Sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ dem Betrieb geben. Entscheidend ist in erster Linie der Charakter der überwiegend ausgeführten Tätigkeiten. Die Abgrenzung richtet sich insbesondere danach, ob die „Sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ von Fachleuten des ausgenommenen Gewerks angeleitet oder verrichtet werden. Werden sie von Fachleuten eines Baugewerbes oder von ungelernten Arbeitskräften angeleitet bzw. durchgeführt, ist regelmäßig eine Ausnahme vom Geltungsbereich der VTV abzulehnen. Nicht entscheidend ist dagegen, ob die arbeitszeitlich überwiegend ausgeübte Tätigkeit - hier die Erstellung und der Einbau von Öfen bzw. der Bau von Kaminen - lediglich einen kleinen Ausschnitt aus dem gesamten Spektrum der zum Ausnahmegewerk gehörenden Tätigkeiten darstellt (*vgl. zum Elektroinstallationsgewerbe BAG 27. April 2022 - 10 AZR 263/19 - Rn. 34 ff.; zum Lüftungsbauergewerbe BAG 28. April 2021 - 10 AZR 34/19 - Rn. 19 ff.*) 33

(b) Nach diesen Grundsätzen liegt ein Betrieb des Herd- und Ofensetzerhandwerks iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV vor. Die im Betrieb der Klägerin verrichteten „Sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ wurden während des gesamten streitgegenständlichen Zeitraums von einem Meister des Ofen- und Luftheizungsbaugewerks, dem Zeugen G, betreut, der die Gesamtverantwortung getragen hat. Die Klägerin hat darüber hinaus einen Auszubildenden, den Zeugen B, fachspezifisch zum Ofen- und Luftheizungsbaugewerks ausgebildet und ab dem 1. Oktober 2016 einen weiteren Ofen- und Luftheizungsbaugewerks - den Gesellen H - beschäftigt. Auch der als Ofenbauer beschäftigte Zeuge T - von Beruf 34

Maurer - hat fachspezifische Arbeiten des Ofensetzerhandwerks verrichtet. Darüber hinaus verfügt auch der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Klägerin, Herr W, über einen Meisterbrief für das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk. Ferner hat der Betrieb der Klägerin nach der vorstehend genannten Ausbildungsverordnung annähernd das gesamte Spektrum des Ofensetzerhandwerks abgedeckt.

(4) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Rückausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 2 VTV nicht gegeben. Die vom Betrieb der Klägerin arbeitszeitlich überwiegend erbrachten handwerklichen Tätigkeiten des Ofen- und Kaminbaus einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten stellen nicht zugleich Feuerungs- und Ofenbauarbeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 VTV oder Schornsteinbauarbeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 28 VTV dar. Sie sind auch nicht den anderen in § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV genannten baulichen Tätigkeiten zuzuordnen. Dies kann der Senat - da alle notwendigen Feststellungen getroffen sind - selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). 35

(a) Nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 2 VTV werden Betriebe des Herd- und Ofensetzerhandwerks von den VTV - doch wieder - erfasst, wenn Arbeiten der in § 1 Abs. 2 Abschn. IV oder V VTV aufgeführten Art ausgeführt werden. In Betracht kommen hier insbesondere Arbeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 und Nr. 28 VTV. Hiernach unterfallen dem betrieblichen Geltungsbereich der VTV Betriebe, die Feuerungs- und Ofenbauarbeiten (Nr. 14) sowie Schornsteinbauarbeiten (Nr. 28) ausführen. 36

(b) Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 und Nr. 28 VTV sind jedoch nicht erfüllt, weil die Klägerin im Streitzeitraum keine Feuerungs- und Ofenbauarbeiten oder Schornsteinbauarbeiten iSd. Tarifvorschriften ausgeführt hat. Bei den von der Klägerin erbrachten Tätigkeiten des Ofensetzerhandwerks handelt es sich nicht zugleich um Tätigkeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 bzw. Nr. 28 VTV. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts können die Begrifflichkeiten „Herd- und Ofensetzerhandwerk“ nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV und „Feuerungs- und Ofenbauarbeiten“ nach § 1 37



Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 VTV weder sprachlich noch inhaltlich gleichgesetzt werden. Das ergibt die Auslegung der VTV (*vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen die st. Rspr., zB BAG 22. Februar 2023 - 10 AZR 332/20 - Rn. 42*).

(aa) Bereits dem Wortlaut nach sind die Begriffe nicht deckungsgleich. So 38  
erfasst die Tätigkeit des Herd- und Ofensetzerhandwerks nur eine handwerkliche Tätigkeit, während die Tarifvertragsparteien bei den Feuerungs- und Ofenbauarbeiten begrifflich nicht zwischen handwerklicher und industrieller Prägung der Tätigkeit unterschieden haben.

(bb) Die Tarifvertragsparteien haben den Begriff „Feuerungs- und Ofenbau- 39  
arbeiten“ nicht selbst definiert und damit mangels einer eigenen abweichenden Begriffsbestimmung erkennbar auf die Bedeutung des Begriffs nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und nach der Fachsprache im Bauwesen abgestellt (*vgl. BAG 30. März 2022 - 10 AZR 194/20 - Rn. 33; 24. Februar 2021 - 10 AZR 130/19 - Rn. 18 mwN*). Die Fachsprache im Bauwesen orientiert sich wiederum an den einschlägigen Berufsbildern der Bauwirtschaft, welche zur Abgrenzung heranzuziehen sind.

(cc) Auch nach Sinn und Zweck der Ausnahmenvorschriften ist zur Abgren- 40  
zung der in § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV genannten Gewerke von den in Abschn. IV und V genannten Tätigkeiten an die einschlägigen Berufsbilder der Bauwirtschaft anzuknüpfen. Die Ausnahmen nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV sollen eine Tarifkonkurrenz ausschließen. Dies setzt gedanklich voraus, dass in dem streitigen Betrieb ein anderer Tarifvertrag Anwendung finden könnte, weil Tätigkeiten der von ihm erfassten Branche überwiegen (*vgl. BAG 21. Oktober 2009 - 10 AZR 73/09 - Rn. 18*). Eine Einschränkung, wonach nur eine arbeitszeitlich überwiegende Werkstattherstellung von Öfen und Kaminen der Ausnahmenvorschrift unterfällt oder ein Anwendungsbereich nur für die Betriebe verbleibt, die nicht mit Feuer betriebene Herde einbauen, würde auch nicht dem als Muster im Anhang 3 zu Ziff. 1 Abs. 4 Nr. 6 der AVE-Einschränkungen wiedergegebenen fachlichen Geltungsbereich der einschlägigen Tarifverträge für das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk gerecht werden, wie er von den Fachkreisen verstanden wird (*vgl. Rn. 28*). Insbesondere der Bau eines Kamins für offenes Feuer

erfolgt nicht in der Werkstatt, sondern an einer Gebäudewand. Daneben führt der Mustergeltungsbereich für das Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerk im Anhang 3 zu Ziff. 1 Abs. 4 Nr. 6 der AVE-Einschränkungen unter Ziff. 2 die Planung und den Bau von Kachelgrundöfen, von Kachelherden und von transportablen keramischen Dauerbrandöfen und -herden auf. Der Einbau von nicht mit Feuer betriebenen Herden stellt danach keine typische Tätigkeit des Ofen- und Luftheizungsbauerhandwerks dar. Mit der Revision ist daher zur Abgrenzung der Tätigkeiten des Ofensetzerhandwerks von den Feuerungs- und Ofenbauarbeiten auf das einschlägige Berufsbild des Ofen- und Luftheizungsbauers einerseits (*vgl. zur OfenbAusbV Rn. 27*) und die einschlägigen Berufsbilder der Bauwirtschaft andererseits abzustellen.

(dd) Für die Bauwirtschaft ist die Ausbildungsverordnung über die Berufsausbildung in der Bauwirtschaft vom 2. Juni 1999 idF vom 20. Februar 2009 (*BauWiAusbV, BGBl. 1999 I S. 1102 und BGBl. 2009 I S. 399*) maßgeblich. Danach existiert kein einschlägiges Berufsbild im Ofenbau, welches mit dem Ofensetzerhandwerk deckungsgleich ist. Auch bei den in § 1 Abs. 1 Nr. 3 BauWiAusbV genannten einschlägigen Ausbaugewerken, welche sich im weiteren Katalog des § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV wiederfinden, ist der Bereich des Ofenbaus nicht genannt. Maßgeblich für Feuerungsarbeiten sind hingegen zum einen der Ausbildungsberuf Hochbaufacharbeiter/in im Schwerpunkt „Feuerungs- und Schornsteinbauarbeiten“ (§ 6 *BauWiAusbV*) und zum anderen der darauf aufbauende Ausbildungsberuf Feuerungs- und Schornsteinbauer/in (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c *BauWiAusbV*). Nach § 10 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 *BauWiAusbV* umfasst die Abschlussprüfung im Ausbildungsberuf Hochbaufacharbeiter/in im Schwerpunkt Feuerungs- und Schornsteinbauarbeiten im praktischen Teil das Herstellen eines Mauerwerkskörpers für Feuerungs- oder Abgasanlagen mit Bewegungsfugen und Schauloch, das Herstellen eines mehrschichtigen Mauerwerkskörpers für Feuerungsanlagen oder das Herstellen eines Schornsteinschaftausschnitts aus Mauerwerk. Die schriftlichen Prüfungsbereiche beziehen sich auf Mauermörtel sowie Feuerfest- und Isoliermörtel, Mauerwerk für Feuerungs- und Abgasanlagen sowie Abgasanlagen und Schornsteine (§ 10 Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 Buchst. c *BauWiAusbV*). Nach § 33 *BauWiAusbV* umfasst das da-

41

rauf aufbauende Berufsbild „Feuerungs- und Schornsteinbauer/in“ ua. das Herstellen von Schornsteinen und Abgasanlagen (Nr. 7), das Herstellen von feuerfesten Konstruktionen (Nr. 8), das Einbauen von Dämmstoffen für den Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutz (Nr. 9) sowie das Sanieren, Instandsetzen und Sichern von Baukörpern (Nr. 11). Der Ausbildungsrahmenplan (*Anlage 6 zu § 34 BauWiAusbV*) benennt unter Nr. 7 Buchst. c und Buchst. d das Herstellen von Abgasanlagen, insb. freistehenden Schornsteinen, aus Fertigteilen oder Stahlbeton. Zum Herstellen von feuerfesten Konstruktionen nach § 33 Nr. 8 BauWiAusbV gehört nach Nr. 8 Buchst. b des Ausbildungsrahmenplans das Herstellen von feuerfesten Formsteingewölben, Hängedecken und durch Stahlkonstruktion gehaltenen Wänden.

(ee) Danach beziehen sich die Feuerungs- und Ofenbauarbeiten bzw. die Schornsteinbauarbeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 und Nr. 28 VTV in Abgrenzung zur Tätigkeit des Herd- und Ofensetzerhandwerks maßgeblich auf den Bau oder die Sanierung von industriellen Feuerungsanlagen (Öfen) und freistehenden Schornsteinen bzw. auf den Bau oder die Sanierung von Feuerungs-, Abgas- und Schornsteinanlagen in größeren Gebäuden im Hochbau. Das Ausbaugewerbe des Ofensetzerhandwerks, welches sich im Schwerpunkt auf die individuelle Planung und Erstellung sowie den Ein- und Aufbau von Öfen und Kaminen in Wohngebäuden bezieht, ist davon nicht umfasst. Eine Auslegung der Begriffe anhand der einschlägigen Ausbildungsverordnungen ermöglicht auch eine sachgerechte Abgrenzung der einzelnen Gewerbearten. 42

(ff) Würden die von § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 VTV erfassten Tätigkeiten hingegen die Tätigkeiten des Herd- und Ofensetzerhandwerks einschließen, liefe die Ausnahmevorschrift nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 VTV leer. Für die Ausnahmevorschrift wären dann allenfalls Fälle denkbar, die sich auf eine arbeitszeitlich überwiegende reine Werkstattfertigung von (transportablen) Öfen und Herden beziehen, bei denen der Einbau oder Anschluss vor Ort nur einen arbeitszeitlich untergeordneten Teilbereich ausmacht. Eine solche Lesart ist jedoch nicht mit dem Berufsbild des Ofensetzerhandwerks nach der einschlägigen Ausbildungsverordnung vereinbar (*vgl. Rn. 27*). Dies gilt auch für die von den Beklagten angedachte Lesart, wonach ein Anwendungsbereich für Betriebe ver- 43

bleibe, deren Arbeitnehmer überwiegend Herde einbauen, die ohne Feuer betrieben werden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts läuft bei einer inhaltlichen Unterscheidung zwischen der zum Bereich des Hochbaus gehörenden Tätigkeit nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 14 VTV und der zum Ausbaugewerbe gehörenden Tätigkeit nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 1 VTV auch nicht die Rückausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 2 VTV leer. Denkbar ist auch hier, dass in einem Kalenderjahr arbeitszeitlich überwiegend nur Arbeiten aus einem Teilbereich des Ofensetzerhandwerks ausgeführt werden, die einer der in Abschn. IV oder V genannten Tätigkeiten zuzuordnen sind.

(c) Vorliegend ist das jedoch hinsichtlich der allein in Betracht kommenden Fliesenverlegetätigkeit - wie die Beweisaufnahme gezeigt hat - nicht der Fall. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung sind auch die Tätigkeiten, die Teil der Ofen- oder Kaminbauarbeiten sind oder im engen Zusammenhang damit stehen, wie das Verlegen von Platten oder Fliesen vor dem Ofen zum Schutz vor Funkenflug oder zum Abfangen von Staub und Schmutz, das Aufmauern eines Sockels für den Kamin und das Verputzen des Ofens sowie das Anbringen von Lichtschienelementen den Ofenbautätigkeiten zuzurechnen und können somit keine Rückausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 5 Halbs. 2 iVm. § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV begründen, indem diese Tätigkeiten den Fliesenverlegearbeiten (Nr. 15), Maurerarbeiten (Nr. 23) oder den Trocken- und Montagebauarbeiten (Nr. 37) zugeordnet werden. Bauliche Leistungen beinhalten regelmäßig eine Vielzahl verschiedener Arbeitsschritte. Sie hängen von den jeweiligen Gegebenheiten ab und sind durch die Besonderheiten des Kundenauftrags sowie die Bandbreite des Tätigkeitsspektrums des beauftragten Betriebs geprägt. Deshalb scheidet die künstliche Aufspaltung zusammen ausgeführter Tätigkeiten aus, um zu bewerten, ob und welche baulichen Tätigkeiten iSd. VTV gegeben sind. Das würde dazu führen, dass Tätigkeiten und Berufsbilder, die dem VTV zugrunde liegen, „atomisiert“ würden. Mit dem Sinn und Zweck des VTV wäre ein solches Vorgehen nicht in Einklang zu bringen (*vgl. BAG 16. Juni 2021 - 10 AZR 217/19 - Rn. 29*). Dies gilt unabhängig davon, ob nach einer solchen Betrachtung im konkreten Einzelfall der betriebliche Geltungsbereich des VTV eröffnet oder

44

ein Betrieb von diesem ausgenommen ist (*BAG 27. April 2022 - 10 AZR 263/19 - Rn. 43*).

d) Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist nicht - wie die Beklagten meinen - gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Danach kann das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er nicht zur Leistung verpflichtet war. Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung. Nicht ausreichend ist die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt. Der Leistende muss wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (*BAG 13. Oktober 2010 - 5 AZR 648/09 - Rn. 14, BAGE 136, 54*). Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin bis Ende 2016 am Sozialkassenverfahren teilnahm, weil der Beklagte zu 1. ihr gegenüber erklärt hatte, hierzu berechtigt und verpflichtet zu sein. Bereits dies steht der Annahme einer positiven Kenntnis der Nichtschuld bei Vornahme der Leistung entgegen. 45

e) Der Beklagte zu 1. kann sich weder hinsichtlich der behaupteten „bestimmungsgemäßen Verwendung der Beitragssumme“ noch hinsichtlich der an die Beklagte zu 2. weitergeleitete Beitragssumme für die Zusatzversorgung der Arbeitnehmer auf einen Wegfall der Bereicherung iSv. § 818 Abs. 3 BGB berufen. 46

aa) Nach dieser Norm ist eine Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten oder zum Wertersatz ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Die Vorschrift dient dem Schutz des „gutgläubig“ Bereicherten, der das rechtsgrundlos Empfangene im Vertrauen auf das (Fort-)Bestehen des Rechtsgrundes verbraucht hat und daher nicht über den Betrag einer wirklichen (bestehen gebliebenen) Bereicherung hinaus zur Herausgabe oder zum Wertersatz verpflichtet werden soll (*BAG 23. April 2008 - 10 AZR 108/07 - Rn. 27 mwN*). Entreicherung liegt vor, wenn der erlangte Vorteil nicht mehr im Vermögen des Empfängers enthalten ist und auch sonst kein auf die Zuwendung zurückzuführender Vermögensvorteil mehr vorhanden ist. Entreicherung tritt ein, wenn der erlangte Gegenstand ersatzlos untergegangen ist oder verschenkt wurde. Entreichungspositionen sind weiter alle Aufwendungen, die der Bereicherungsschuldner 47

adäquat kausal im Hinblick auf den erlangten Gegenstand gemacht hat (*BGH 27. Oktober 2016 - IX ZR 160/14 - Rn. 13 ff. mwN*).

bb) Der für den Umstand der Entreicherung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1. hat bereits nicht dargelegt, was unter „bestimmungsgemäßer Verwendung“ der Beitragssumme zu verstehen sein soll und - abgesehen von der allgemein behaupteten Weiterleitung eines Beitragsanteils an die Beklagte zu 2. - welche sein Vermögen mindernde Transaktionen erfolgt sein sollen. Hinsichtlich einer ohne nähere Substanz behaupteten Zuführung einer Geldsumme zum „Deckungskapital“ oder zum „Solidarvermögen“ fehlt es bereits an einem dauerhaften Vermögensverlust (*vgl. BGH 17. November 2021 - IV ZR 113/20 - Rn. 35, BGHZ 232, 31*). Soweit die im VTV vorgesehenen Erstattungen an die Klägerin ausgekehrt wurden, sind diese nicht Gegenstand der Klageforderung, sondern wurden von der Klägerin bereits zugunsten des Beklagten zu 1. berücksichtigt.

cc) Auch wenn man zugunsten des Beklagten zu 1. unterstellt, dass dieser die vom Arbeitsgericht errechneten Beitragsanteile iHv. 13.473,91 Euro für den streitgegenständlichen Zeitraum an die Beklagte zu 2. weitergeleitet hat, ist insoweit eine Entreicherung nicht gegeben. Eine Bereicherung ist nicht weggefallen, soweit der Bereicherte seine eigene Verfügung über den empfangenen Vermögensvorteil wieder rückgängig machen kann (*BGH 17. November 2021 - IV ZR 113/20 - Rn. 35 mwN, BGHZ 232, 31*). Für eine Weiterleitung hat - mangels Eröffnung des betrieblichen Geltungsbereichs des VTV - keine tarifliche Grundlage bestanden, so dass die Beklagte zu 2. gegenüber dem Beklagten zu 1. als tariflich bestimmter alleiniger Einzugsstelle (*vgl. Rn. 14*) ihrerseits zur Rückerstattung der erlangten Geldsumme aus dem vermeintlichen Auftragsverhältnis verpflichtet war. Aus welchen Gründen eine Rückrechnung der Beitragssumme im Innenverhältnis zwischen den Beklagten nicht möglich sein soll, hat der für den Wegfall der Bereicherung gegenüber der Klägerin darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1. nicht vorgetragen. Falls die Beklagte zu 2. aus den ohne tarifliche Grundlage an sie weitergeleiteten Beitragszahlungen der Klägerin Rückstellungen gebildet haben sollte, stünde dies einer Rückbuchung ebenfalls nicht entgegen. Durch die Bildung von Rückstellungen verbleibt der geldwerte Vorteil wei-

terhin im Vermögen des Bereicherungsschuldners (*vgl. Rn. 47*). Es ist auch weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die Beklagte zu 2. bereits Leistungen an im streitgegenständlichen Zeitraum bei der Klägerin beschäftigte (ehemalige) Arbeitnehmer/innen erbracht hat. Soweit das Arbeitsgericht eine Rückforderung der Beitragsanteile zur Zusatzversorgung unter Rückgriff auf die Grundsätze von Treu und Glauben abgelehnt hat, da den Arbeitnehmern die nach § 20 Abs. 5 TZA Bau abgeführten Leistungen in der Lohnabrechnung zu bescheinigen seien und dieser Umstand geeignet sei, bei diesen ein schützenswertes Vertrauen auf den künftigen Erhalt der aufstockenden Beträge zu wecken, vermischt es nicht nur die unterschiedlichen Leistungsbeziehungen. Es verkennt auch, dass dem Arbeitnehmer, der in einem Betrieb des Ofensetzerhandwerks beschäftigt war, die entsprechenden Leistungen für diesen Beschäftigungszeitraum gemäß § 12 TZA Bau nicht zustehen und die Beklagte zu 2. ihrerseits tariflich weder berechtigt noch verpflichtet ist, Leistungen an Arbeitnehmer zu erbringen, welche die tariflichen Voraussetzungen nicht erfüllen.

dd) Soweit der Senat in einer früheren Entscheidung allein die Weiterleitung von Beitragsanteilen an eine andere Sozialkasse und die behauptete Zuführung einer Beitragssumme zum Deckungskapital für den Entreicherungsseinwand ausreichen ließ (*vgl. BAG 23. April 2008 - 10 AZR 108/07 - Rn. 27 ff.*), hält der Senat aus den genannten Gründen daran nicht fest. 50

2. Die Höhe der gezahlten Beiträge und der geleisteten Erstattungen steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 51

3. Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 2. als Gesamtschuldnerin ist demgegenüber nicht gegeben. Die Klägerin kann wegen des Vorrangs der Leistungskondition im jeweiligen Leistungsverhältnis bei der Rückabwicklung der an den Beklagten zu 1. gezahlten Sozialkassenbeiträge auch hinsichtlich der darin enthaltenen Beiträge für die Zusatzversorgung ausschließlich den Beklagten zu 1. als Empfänger der rechtsgrundlosen Beitragsleistung in Anspruch nehmen (*vgl. BAG 22. Januar 2020 - 10 AZR 323/18 - Rn. 20; 27. November 2019 - 10 AZR 399/18 - Rn. 23 ff.*). Auf eine andere Anspruchsgrundlage 52

kann sich die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2. nicht stützen. Der von ihr geltend gemachte Anspruch aus § 822 BGB setzt die Entreicherung des primären Bereicherungsschuldners - hier des Beklagten zu 1. - voraus, die nicht gegeben ist.

III. Soweit das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts „auf die Berufungen der Beklagten“ abgeändert hat, war die Urteilsformel klarstellend zu korrigieren. Bei zutreffender Auslegung der Berufungsschrift des Beklagten zu 1. anhand des dem Schriftsatz beigefügten erstinstanzlichen Urteils hat nur der durch dieses Urteil allein beschwerte Beklagte zu 1. Berufung eingelegt. Ein eigenes - aufgrund fehlender Beschwer unzulässiges - Rechtsmittel der Beklagten zu 2. war von dieser offensichtlich nicht gewollt. Sie ist zwar in der Berufungsschrift als Berufungskläger zu 2. benannt, die Berufung wird jedoch in der Einleitungsformel namens und in Vollmacht „des Klägers und Berufungsklägers“ und nicht im Namen beider Beklagten eingelegt und im nachfolgenden Schriftsatz auch nur für den Beklagten zu 1. begründet. Die Beklagte zu 2. ist in zweiter Instanz nur als Berufungsbeklagte im Rahmen der Berufung der Klägerin aufgetreten. 53

IV. Die Kostenentscheidung folgt für die erste Instanz aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO, für die zweite Instanz aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO und für die dritte Instanz aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 565 Satz 1, § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Bei den zugesprochenen außergerichtlichen Kosten erster Instanz handelt es sich nur um solche, die gemäß § 12a Abs. 1 ArbGG erstattungsfähig sind (vgl. BAG 29. Juni 2022 - 6 AZR 411/21 - Rn. 50, BAGE 178, 201). 54

W. Reinfelder

Günther-Gräff

Nowak

Gratzer

Kuhny