

Aktenzeichen: 10 AZR 169/04
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 24. November 2004
- 10 AZR 169/04 -

I. Arbeitsgericht
Wiesbaden

Urteil vom 30. September 1998
- 6 Ca 691/98 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Teilurteil vom 18. November 2003
- 15 Sa 2747/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Baugewerbe - Auskunftsklage

Gesetze:

ZPO §§ 254, 253; ArbGG § 61 Abs. 2; Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 12. November 1986 § 27 Abs. 1, §§ 31, 29, § 1 Abs. 2 Abschnitte V Nr. 16, VII Nr. 4 und VI

Leitsatz:

Wird eine Klage auf Erteilung von Auskünften verbunden mit einem Antrag gem. § 61 Abs. 2 ArbGG auf Entschädigung für den Fall der nicht fristgemäßen Erteilung der Auskunft, ist ein gleichzeitig für den Fall der fristgemäß erteilten Auskunft gestellter unbestimmter Antrag auf die Leistung, die sich aus der Auskunft ergibt, unzulässig.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 169/04
15 Sa 2747/98
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. November 2004

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. November 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Marquardt sowie den ehrenamtlichen Richter Lindemann und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision beider Parteien wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 18. November 2003 - 15 Sa 2747/98 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 30. September 1998 - 6 Ca 691/98 - abgeändert.

Die Klage wird hinsichtlich der Anträge zu 1) und 2) abgewiesen.

Die Anschlussberufung der Klägerin wird mit Ausnahme des Hilfsantrags auf Mindestbeitragszahlung zurückgewiesen.

3. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung über die Mindestbeitragsklage an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte für den Zeitraum von Januar bis November 1997 tarifvertraglich vorgesehene Auskünfte zu erteilen, im Falle nicht fristgerechter Auskunftserteilung eine in der Höhe streitige Entschädigung zu leisten, im Falle fristgerechter Auskunftserteilung die sich aus der Auskunft ergebenden Beiträge zu zahlen hat und hilfsweise Mindestbeiträge schuldet. Das Landesarbeitsgericht hat ein Teilurteil betreffend die Auskunft und Entschädigungszahlung erlassen.

Die Klägerin ist die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (im Folgenden: ZVK). Sie ist als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes nach näherer tariflicher Maßgabe die Einzugsstelle für die Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes.

Der Betrieb des Beklagten ist als Fugerbetrieb in der Handwerksrolle eingetragen. Der Beklagte ist Mitglied im Fachverband für Fugenabdichtungen e.V. und von Beruf Kaufmann.

Im Betrieb des Beklagten in E wurden im Kalenderjahr 1997 arbeitszeitlich überwiegend Ver fugungen vorgenommen. Im Jahr 1997 waren Arbeitnehmer des Beklagten auch in G (Thüringen) beschäftigt. Streitig ist, welche Arbeiten dort ausgeführt



wurden und ob dies im Rahmen eines selbständigen Betriebs oder einer selbständigen Betriebsabteilung geschah.

Die ZVK ist der Ansicht, der Betrieb unterfalle dem Geltungsbereich des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 12. November 1986 (VTV) und der Beklagte habe deshalb die vertraglich vorgesehenen Auskünfte zu erteilen. Für den Fall der Nichterteilung binnen sechs Wochen nach Zustellung des rechtskräftigen Urteils schulde der Beklagte eine Entschädigung, die mit 80 % der mutmaßlichen Beiträge zu berechnen sei. Sollte der Beklagte die Auskunft jedoch rechtzeitig erteilen, schulde er die sich nach der Auskunft zu errechnenden Beiträge. Sollte der Stufenantrag nicht zulässig sein, verlangt die ZVK hilfsweise Mindestbeiträge. Bei ihrer Berechnung ist sie davon ausgegangen, dass die geschuldeten Auskünfte und Beiträge auch die Arbeitnehmer in G umfassen. Sie behauptet, auch hier seien bauliche Fugertätigkeiten ausgeführt worden. Es handele sich um eine unselbständige Betriebsstätte ohne eigene Leitung. Dies ergebe sich auch daraus, dass keine Eintragung ins Handelsregister erfolgt sei und die Arbeitnehmer bei der AOK L, die für den Betrieb in E zuständig sei, angemeldet gewesen seien.

Die ZVK hat zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

1. ihr auf dem vorgeschriebenen Formular Auskunft darüber zu erteilen, wie viele gewerbliche Arbeitnehmer, die eine nach den Vorschriften des VI. Buches Sozialgesetzbuch - gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten, in den Monaten Januar bis November 1997 in dem Betrieb der Beklagtenseite beschäftigt wurden, welche Bruttolohnsumme und welche Sozialkassenbeiträge insgesamt für diese Arbeitnehmer in den jeweils genannten Monaten angefallen sind,
2. für den Fall, dass diese Verpflichtung zur Auskunftserteilung nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Urteilszustellung erfüllt wird, an sie folgende Entschädigung zu zahlen: 64.634,96 Euro (DM 126.415,00),
3. den Beklagten kostenpflichtig zur Zahlung der Sozialkassenbeiträge an sie zu verurteilen, die sich aus der Auskunft des Beklagten gemäß Ziff. 1 des Urteils ergeben oder errechnen lassen, sofern die Auskunft des Beklagten fristgemäß iSd. Ziff. 2 des Urteils erfolgt (wobei die Frist ggf. mit der Zustellung des Berufungsurteils erneut in Gang gesetzt wird),



insoweit hilfsweise für den Fall, dass der vorstehende Antrag unzulässig sei,

den Beklagten zu verurteilen, an sie DM 155.514,00 (79.513,04 Euro) zu zahlen.

Der Beklagte hat zu seinem Klageabweisungsantrag die Ansicht vertreten, er führe einen Glaserbetrieb, der vom fachlichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen sei. Arbeitszeitlich überwiegend seien Glasversiegelungsarbeiten und Anschlussverfugungen zwischen Fenster und Mauerwerk vorgenommen worden. Diese seien als sog. „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ deshalb als Glaserarbeiten anzusehen, weil sie von Fachleuten des Glaserhandwerks, dem als Meister anzusehenden Zeugen M und dem Zeugen I, der ebenfalls gelernter Glaser sei, beaufsichtigt worden seien. Zudem seien die übrigen Arbeitnehmer sowohl von diesen Fachleuten des Glaserhandwerks angeleitet als auch regelmäßig in Seminaren am Institut für Fenstertechnik R geschult worden. Von den 13 Arbeitnehmern seien drei Gesellen und 10 angelernte Glaser. In G habe er vom 1. Juli 1990 bis zum 31. Juli 1999 einen eigenständigen Betrieb mit selbständiger Organisation geführt, in dem Handel von Dicht- und Dämmstoffen betrieben worden sei. Hierfür habe er ein Gewerbe in S (Thüringen) angemeldet und einen gesonderten Briefbogen verwendet. Betriebsleiter sei der Zeuge A gewesen, dem vier Mitarbeiter unterstellt gewesen seien. Jedenfalls handele es sich um eine selbständige Betriebsabteilung. Verfugungsarbeiten seien von dort aus nicht vorgenommen worden, eine Eintragung ins Handelsregister sei nicht erforderlich gewesen. Zuarbeiten für den Betrieb in E seien ebenfalls nicht geleistet worden. Die gelieferten Materialien seien nicht an eigene Baustellen geliefert und dort verarbeitet worden. Die Anmeldung der Arbeitnehmer bei der AOK in L sei insoweit unerheblich. Der Beklagte habe zunächst sehen wollen, ob sich der Betrieb rechne und daher Mitarbeiter aus E dort eingesetzt, die ohnehin bei der AOK L versichert gewesen seien. Die neu eingestellten Mitarbeiter seien dann der Einfachheit halber auch dort versichert worden. Es seien für den Betrieb in G zwei Fahrzeuge angeschafft worden, deren Halter der Beklagte unter der Anschrift in G gewesen sei.

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben über die Bedeutung des Diploms des Zeugen M und des Zeugen I durch Einholung einer schriftlichen Auskunft der Handwerkskammer Frankfurt sowie über die betriebliche Tätigkeit durch Vernehmung von Zeugen. Es hat sodann im Wege eines Teilurteils die Berufung gegen das den Anträgen zu 1 und 2 stattgebende arbeitsgerichtliche Urteil überwiegend zurückgewie-



sen, jedoch die Entschädigungssumme auf 13.027,53 Euro herabgesetzt. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt, mit der sie ihre Anträge weiterverfolgen, soweit sie jeweils unterlegen sind. Sie beantragen jeweils, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen beider Parteien sind begründet. Der Senat kann jedoch in der Sache noch nicht entscheiden.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, wegen des Übergangs auf die Stufenklage sei nur im Wege des Teilurteils über die erste Stufe, nämlich die Auskunftsklage mit dem zugehörigen Entschädigungsantrag zu entscheiden. Die Auskunftsklage sei begründet, da baugewerbliche Tätigkeiten im Kalenderjahr 1997 ausgeführt worden seien und der Betrieb nicht als Glaserbetrieb aus dem Geltungsbereich des VTV ausgenommen sei. Es könne dahinstehen, ob im Jahre 1997 die Ver fugungen bezogen auf Glas und Fenster arbeitszeitlich überwogen hätten und damit sog. „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ vorlägen. Jedenfalls seien nicht zumindest 20 % der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit durch gelernte Arbeitnehmer dieses Gewerkes ausgeführt worden. Zu diesen zählten zwar nicht nur Gesellen, sondern auch angelernte Arbeitnehmer. Deren Ausbildung müsse jedoch eine der Gesellenausbildung vergleichbare Breite erreicht haben und zudem müsse die Ausbildung durch einen Meister oder eine Person mit vergleichbarer Qualifikation erfolgt sein. Zweifel bestünden, ob der Arbeitnehmer I ein Geselle in diesem Sinne sei. Jedenfalls gebe es nach dem Vortrag des Beklagten lediglich zwei potentielle als Gesellen zu qualifizierende Personen mit zusammen 24 Beschäftigtenmonaten. Dies mache nicht mindestens 1/5 der im Jahre 1997 Beschäftigten gegenüber den deutlich mehr als 120 Beschäftigtenmonaten aus. Die Mitarbeiter in G hätten dabei außer Betracht zu bleiben, da schon im Hinblick auf § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG nicht von einem einheitlichen Betrieb ausgegangen werden könne. Die sonstigen Mitarbeiter seien nicht von der Breite ihrer Ausbildung her mit Glasergesellen vergleichbar. Eine Aufsicht durch einen Fachmann, zB einen Meister des Gewerbes oder jemanden mit vergleichbarer Qualifikation, habe nicht bestanden. Selbst wenn man den Zeugen M als Meister des Glaserhandwerks ansehen könne, sei diese Eigenschaft dem Beklagten im Jahre 1997 nicht bekannt gewesen.



Damit habe der Beklagte ihn nicht bewusst und gezielt als Meister zur Überwachung der anderen Mitarbeiter einsetzen können. Der „unerkannte Meister“ könne nicht die Voraussetzungen für ein Gewerk iSd. Abschnitts VII des § 1 Abs. 2 VTV begründen. Die Aufsicht durch einen externen Meister des Auftragnehmerbetriebes sei unerheblich. Es seien auch nicht annähernd 20 % der betrieblichen Tätigkeiten auf typische Tätigkeiten des Glaserhandwerks entfallen.

Die Entschädigung sei jedoch nur auf 25 % der zu erwartenden Beiträge festzusetzen, da der mögliche Schaden nicht höher sei. Die ZVK habe die Möglichkeit, Mindestbeitragsklagen zu erheben und mache auch davon Gebrauch.

B. Dem folgt der Senat weder im Ergebnis noch in weiten Teilen der Begründung. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung der Sache noch entscheidungserhebliche Feststellungen zu treffen haben.

I. Der Auskunftsanspruch kann begründet sein aus § 27 Abs. 1 VTV vom 12. November 1986 in den Fassungen vom 18. Dezember 1996 und 21. Mai 1997. Der Entschädigungsanspruch kann aus § 61 Abs. 2 ArbGG folgen. Beide Anträge sind jedoch abzuweisen, so dass das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und auf die Berufung der Beklagten das insoweit stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern ist.

1. Die Auskunftsklage ist teils unzulässig und teils unbegründet geworden. Die aus einer solchen Auskunft resultierenden Beitragsansprüche verfallen gemäß § 31 VTV nach vier Jahren seit Fälligkeit. Für die aus 1997 resultierenden Ansprüche war dies gemäß § 201 BGB der 31. Dezember 2001. Die ZVK hat innerhalb dieser Frist Mindestbeitragsansprüche sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich geltend gemacht. Die außergerichtliche Geltendmachung hat das Landesarbeitsgericht im Protokoll seiner letzten mündlichen Verhandlung vom 18. November 2003 festgestellt.

Mit der jeweiligen Beitragsklageerhebung entfällt für die Auskunftsklage in diesem Umfang das Rechtsschutzinteresse, sie wird unzulässig. Soweit sich auf Grund der begehrten Auskünfte ein höherer Beitragsanspruch ergeben könnte, ist die Klage jedenfalls unbegründet geworden, denn solche Beitragsansprüche wären ebenfalls gemäß § 31 Satz 1 VTV verfallen, da sie nicht geltend gemacht worden sind. Ein Auskunftsanspruch ist aber nur dann begründet, wenn ein darauf beruhender Zahlungsanspruch dem Grunde nach bereits feststeht bzw. mindestens wahrscheinlich ist (*BAG 21. November 2000 - 9 AZR 665/99 - BAGE 96, 274, 279*). Wird eine Mindestbeitrags-



klage erhoben, kann der Verfall von Ansprüchen auf Grund tariflicher Ausschlussfristen ähnlich wie die Verwirkung ein erledigendes Ereignis darstellen, da er zum Wegfall des sachlich rechtlichen Anspruchs führt (*Baumbach/Hartmann ZPO 63. Aufl. § 91a Rn. 59*). Eine Erledigungserklärung hat die ZVK jedoch nicht abgegeben.

2. Die ZVK hat ihre Mindestbeitragsklage aber nur hilfsweise für den Fall erhoben, dass der unbezifferte Antrag auf die Leistung, die sich aus der begehrten Auskunft ergeben soll, nicht zulässig sein sollte. Die Zulässigkeit der Auskunftsklage hängt also davon ab, ob der zweite Teil der Stufenklage für den Fall der rechtzeitigen Erteilung der Auskünfte zulässigerweise die Beiträge - unbeziffert - geltend gemacht hat. Eine Stufenklage gemäß § 254 ZPO ist grundsätzlich dazu geeignet, eine tarifliche Ausschlussfrist zu wahren (*BAG 23. Februar 1977 - 3 AZR 764/75 - AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 58 = EzA TVG Ausschlussfristen § 4 Nr. 29*). Sie wahrt die Verfallfrist sowohl für den Auskunfts- als auch für den Beitragsanspruch (*BAG 25. September 1996 - 10 AZR 678/95 -*).

3. Die Stufenklage ist jedoch unzulässig, weil die ZVK den Entschädigungsanspruch nach § 61 Abs. 2 ArbGG für den Fall der nicht rechtzeitigen Erteilung der Auskunft weiterhin aufrechterhalten hat. Beide Anträge können nicht nebeneinander bestehen.

a) Das Bundesarbeitsgericht hat bisher noch nicht eindeutig darüber entschieden, ob eine Kumulierung beider Anträge möglich ist. Im Urteil vom 6. Mai 1987 (- 4 AZR 641/86 - AP ArbGG 1979 § 61 Nr. 7 = EzA ArbGG 1979 § 61 Nr. 15) sind die verschiedenen Klagemöglichkeiten der ZVK aufgeführt worden. Die ZVK könne den Auskunftsanspruch ohne Antrag nach § 61 Abs. 2 ArbGG geltend machen und diesen vollstrecken. Hierbei könne sie mit einer monatlichen Einklagung der Auskunft und der Vollstreckung nach § 888 ZPO durch Festsetzung eines Zwangsgeldes erheblichen Druck auf den beitragspflichtigen Arbeitgeber ausüben, sich tarifgerecht zu verhalten. Die ZVK könne auch im Wege der Stufenklage nach § 254 ZPO vorgehen, wobei ihr wiederum die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung des Auskunftsanspruchs nach § 888 ZPO eröffnet sei. Klage sie auf Auskunftserteilung und stelle den Antrag nach § 61 Abs. 2 ArbGG, so bleibe es ihr unbenommen, die Entschädigungssumme zu vollstrecken und den darüber hinausgehenden tatsächlichen Beitragsanspruch, der weiterhin bestehe, durch Leistungsklage geltend zu machen. Eine Verbindung der Anträge nach § 61 Abs. 2 ArbGG mit der Stufenklage wurde nicht erwogen.



b) Verbindet der Kläger eine Auskunft- und Entschädigungsklage nach § 61 Abs. 2 ArbGG mit einer Stufenklage, handelt es sich nicht um eine zulässige Stufenklage iSd. § 254 ZPO, sondern um einen mangels notwendiger die Vollstreckung ermöglichender Bestimmtheit unzulässigen Leistungsantrag gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (so auch Hess. LAG 16. November 1998 - 16 Sa 29/98 -; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting ArbGG 5. Aufl. § 61 Rn. 28 Stichwort: Auskunft, Abrechnung; Schwab/Weth/Berscheid ArbGG § 61 Rn. 19; Laber ArbRB 2004, 290). Eine in dieser Weise bedingte Klageerhebung ist unzulässig.

aa) Der Leistungsantrag der zweiten Stufe steht unter der Bedingung, dass der Auskunftsanspruch vom Beklagten binnen einer bestimmten Frist erfüllt wird. Nach Ablauf dieser Frist soll der Stufenantrag nicht mehr beschieden werden, da dann der Entschädigungsantrag greifen soll. Prozesshandlungen vertragen grundsätzlich keine Bedingung. Ist eine Bedingung unzulässig, wird es die Prozesshandlung ebenfalls. Bei Parteihandlungen, die ein Verfahren betreffen, ist allerdings zu unterscheiden zwischen außerprozessualen und innerprozessualen Bedingungen. Erstere machen eine entsprechende Klageerhebung immer unzulässig, während letztere im Rahmen einer objektiven Klagehäufung zulässig sind (BAG 8. Dezember 1988 - 2 AZR 294/88 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 60 mwN). Innerprozessuale Bedingungen sind nur solche, die von einer bestimmten Gestaltung der Prozesslage abhängen, wie zB bei einem Hilfsantrag, der nur dann greifen soll, wenn der Hauptantrag abgewiesen wird (Thomas-Putzo/Reichold ZPO 26. Aufl. § 260 Rn. 8). Außerprozessuale Bedingungen sind solche außergerichtlichen Ereignisse, die noch ungewiss bevorstehen. Ein solches außerprozessuales Ereignis ist die Erteilung der Auskunft innerhalb der von der Klägerin beantragten Frist, denn dies ist nicht von der Gestaltung der Prozesslage durch das Gericht, sondern von einer im Willen des Beklagten stehende Handlung abhängig. Die in §§ 255, 510b ZPO und § 61 Abs. 2 ArbGG geregelten Möglichkeiten, Schadenersatz zu verlangen, wenn ein Anspruch nicht binnen einer bestimmten Frist erfüllt wird, stellen Ausnahmen von diesem Grundsatz dar, die nicht auf die Stufenklage nach § 254 ZPO übertragen werden können.

bb) Prozessökonomische Erwägungen sprechen entgegen der Ansicht der ZVK nicht für eine Zulässigkeit der Kumulierung beider Anträge.

(1) Die Kumulierung führt nicht in allen Fällen zur prozessökonomischen Beilegung des Rechtsstreits. Wird eine Auskunft innerhalb der Frist zwar erteilt, besteht je-



doch Streit darüber, ob sie den Anforderungen der Auskunftspflicht genügt, entsteht Rechtsunsicherheit bei dem weiteren prozessualen Vorgehen. Da nach § 61 Abs. 2 Satz 2 ArbGG eine Vollstreckung zur ordnungsgemäßen Erbringung der Handlung ausscheidet, könnte die ZVK entweder eine von ihr als unvollständig erkannte Auskunft zur Grundlage der zweiten Leistungsstufe machen oder die Ansicht vertreten, nunmehr sei die Entschädigung fällig geworden, da die Auskunft nicht ordnungsgemäß erteilt worden sei. In einem solchen Fall wäre völlig unklar, in welchem Stadium sich der Prozess gerade befindet und der Gegner würde ggf. zu einer Vollstreckungsgegenklage gezwungen, obwohl seiner Ansicht nach nunmehr über die zweite Stufe entschieden werden müsste. Ferner ist über den sich aus der Auskunft ergebenden Leistungsbetrag hinaus eine Auskunftsklage weiter möglich, wenn die ZVK nachweist, dass eine erteilte Meldung falsch ist (*BAG 1. Februar 1989 - 4 AZR 408/88 -*). In einem solchen Fall ist der Auskunftsanspruch weiterhin Streitgegenstand.

(2) Unklar ist die Situation auch dann, wenn zur Abwendung der Zwangsvollstreckung des Entschädigungsanspruchs eine vorläufige Auskunft erteilt wird. Ein Urteil, mit dem eine Entschädigung nach § 61 Abs. 2 ArbGG ausgesprochen wird, ist vorläufig vollstreckbar. Um die Vollstreckung abzuwenden, kann der Schuldner normalerweise die Auskunft vorläufig erteilen. Erst wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil rechtskräftig wird, wandelt sich die vorläufige Vollstreckbarkeit in eine endgültige Vollstreckbarkeit um. Erst dann steht endgültig fest, dass der Beklagte innerhalb der vom Gericht festgesetzten Frist die Auskunft zu erteilen hat und damit die ZVK nunmehr den Entschädigungsbetrag endgültig verlangen kann. Dem Beklagten muss insoweit jedenfalls noch bis zum Eintritt der Rechtskraft die Möglichkeit eingeräumt werden zu entscheiden, ob er endgültig die Auskunft erteilen oder die Zahlung einer Entschädigung in Kauf nehmen will. Der Schuldner kann innerhalb der von der Vorinstanz festgesetzten Frist von sechs Wochen nach Zustellung des Urteils, worunter das jeweils letzte Urteil zu verstehen ist, die Auskunft noch endgültig erteilen und damit einer vorläufig vollstreckten Entschädigung die Grundlage entziehen. Die vorläufige Vollstreckung wird dadurch nachträglich unzulässig. Dies kann der Schuldner noch im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) geltend machen (*BAG 4. Oktober 1989 - 4 AZR 396/89 - BAGE 63, 91; 28. Oktober 1992 - 10 AZR 541/91 - AP ArbGG 1979 § 61 Nr. 8 = EzA ArbGG 1979 § 61 Nr. 17*). Würde der Beklagte vor Rechtskraft - zB im Falle einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht - erklären, er erteile die Auskunft nur vorläufig, wäre die ZVK gehindert, diese Auskunft zur Grundlage der zweiten Stufe zu machen, obwohl sie sie möglicherweise akzeptiert.



(3) Der der Prozessökonomie dienende Zweck der Stufenklage, der darin besteht, in einem einzigen Verfahren ein streitiges Rechtsverhältnis klären zu können, ist nur dann zu erreichen, wenn der Gläubiger einen legitimen Druck auf den Auskunftsschuldner ausüben kann, eine richtige und vollständige Auskunft zu erteilen, also der Auskunftsanspruch durchsetzbar ist. Dem läuft zuwider, dass bei einem Entschädigungsantrag nach § 61 Abs. 2 ArbGG eine Zwangsvollstreckung des Auskunftsanspruchs ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Eine Vollstreckung des Auskunftsanspruchs vor Ablauf der vom Gericht festzusetzenden Frist scheidet aus, sobald über den Entschädigungsantrag positiv entschieden worden ist (*Grunsky ArbGG 7. Aufl. § 61 Rn. 15; Zöller-Herget ZPO 25. Aufl. § 510b Rn. 10; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting ArbGG 5. Aufl. § 61 Rn. 39*). Der Gläubiger hat dann kein Wahlrecht zwischen Entschädigung und Vollstreckung, bis die Frist abgelaufen ist. Andernfalls verbliebe dem Schuldner seinerseits kein Wahlrecht, innerhalb der festgesetzten Frist zu entscheiden, ob er die Auskunft erteilen oder die Entschädigungszahlung in Kauf nehmen will.

4. Obwohl damit die beiden Anträge, über die das Landesarbeitsgericht in seinem Teilurteil befunden hat und die zunächst Gegenstand der Revision geworden sind, abzuweisen sind, kann der Senat über den Antrag betreffend die zweite Stufe und auch über den Hilfsantrag befinden.

a) Wird ein Teilurteil angefochten, beschränkt sich die Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht allerdings grundsätzlich auf den von dem Teilurteil erfassten Teil des Rechtsstreits, da die anderen Teile noch bei der unteren Instanz anhängig sind (*vgl. MünchKommZPO-Musielak 2. Aufl. § 301 Rn. 17*).

Das Landesarbeitsgericht ist stillschweigend von der Zulässigkeit des Stufenantrags ausgegangen und hat deshalb ein Teilurteil erlassen. In seiner Begründung hat es angenommen, dass die prozessualen Probleme in Zusammenhang mit der Stufenklage sich erst dann stellten, wenn über die Auskunfts- und Entschädigungsklage rechtskräftig entschieden sei.

b) Dies ist jedoch nicht richtig. Die beiden Anträge können nur dann zulässig und begründet sein, wenn die Stufenklage die tarifliche Verfallfrist gewahrt hat. Da dies jedoch nicht der Fall ist, hätte das Landesarbeitsgericht die Stufenklage abweisen und über den Hilfsantrag entscheiden müssen. Es hätte damit kein Teilurteil erlassen dürfen.



c) Der Rechtsstreit ist dennoch nicht bereits aus diesem Grund an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO nF). Der unzulässig geteilte Streitgegenstand kann in der Rechtsmittelinstanz zusammengeführt werden. Dies ist für das Verhältnis von erstinstanzlichem und Berufungsgericht anerkannt (vgl. *BGH 10. Oktober 1991 - III ZR 93/90 - NJW 1992, 511*; *Zöller-Vollkommer ZPO 25. Aufl. § 301 Rn. 12*; *Stein/Jonas/Leipold ZPO 21. Aufl. § 301 Rn. 13*; vgl. *BAG 12. August 1993 - 6 AZR 553/92 - BAGE 74, 85*).

aa) Nichts anderes gilt auch für das Revisionsgericht, wenn die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und nach den getroffenen Feststellungen die Sache zur Endentscheidung reif ist. Es entspricht den Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, dass unter bestimmten Voraussetzungen das Revisionsgericht den Zugriff auf den bei den Instanzgerichten anhängigen Teil des Streitgegenstands hat. Der aus § 9 Abs. 1 ArbGG folgende Beschleunigungsgrundsatz gilt für alle Rechtszüge (vgl. *BAG 4. Dezember 1975 - 2 AZR 462/74 - AP ZPO § 518 Nr. 33*; *20. Januar 2004 - 9 AZR 393/03 - AP BetrVG 1972 § 87 Vorschlagswesen Nr. 3 = EzA BetrVG 2001 § 87 Nr. 1*, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

Der Bundesgerichtshof hat zwar die Ansicht vertreten, es sei dem Revisionsgericht verwehrt, den nicht beschiedenen Teil des Streitgegenstands zwecks eigener Entscheidung in der Sache an sich zu ziehen (*BGH 13. Oktober 2000 - V ZR 356/99 - NJW 2001, 78*). Er hat dies damit begründet, dass das Revisionsgericht an die von den Parteien gestellten Anträge gebunden sei (§ 559 Abs. 1 ZPO aF, § 557 Abs. 1 ZPO nF). Dies ist jedoch nicht für alle Fallgestaltungen zwingend. So bejaht der Bundesgerichtshof zB die Kompetenz, im Falle eines unzulässigen Teilurteils den nicht beschiedenen Teil des Rechtsstreits an sich zu ziehen, im Verhältnis der Instanzgerichte untereinander, obwohl auch das Berufungsgericht gem. § 528 Satz 1 ZPO nF an die Berufungsanträge gebunden ist. Der im Arbeitsrecht vorherrschende Beschleunigungsatz rechtfertigt jedenfalls, dass das Revisionsgericht den nicht beschiedenen Teil eines Teilurteils an sich zieht.

bb) Dies entspricht auch der gesetzlichen Regelung in § 68 ArbGG. Diese sieht vor, dass eine Zurückverweisung wegen eines Verfahrensfehlers nicht möglich ist. Auch in solchen Fällen geht für die materielle Prüfung eine Instanz verloren.



Wäre der Senat gehindert, über den zweiten Teil der Stufe zu entscheiden, müsste der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zu diesem Zweck zurückverwiesen werden. Dann erst könnte das Landesarbeitsgericht die Stufenklage abweisen und wäre sodann gehalten, über den Hilfsantrag zu entscheiden. Für diesen sind jedoch die selben rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte entscheidend wie für den Auskunftsanspruch. Es würde zu einer unerträglichen Verfahrensverzögerung führen, müsste das Landesarbeitsgericht zunächst ohne weitere rechtliche Hinweise über die zweite Stufe und den Hilfsantrag entscheiden, sodann die Revision wegen der selben materiellen Fragen zulassen, wegen derer es im vorliegenden Verfahren die Revision zugelassen hat, und das Bundesarbeitsgericht sodann erst die Sache wegen der nicht festgestellten aber entscheidungserheblichen Punkte zurückverweisen. Der wegen Zuerkennung des Hauptantrags nicht beschiedene Hilfsantrag des Klägers wird allein durch die Rechtsmitteleinlegung des Beklagten Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens (BGH 20. September 2004 - II ZR 264/02 - DStR 2005, 40; BAG 8. August 2002 - 8 AZR 647/00 - AP BAT-O §§ 22, 23 Nr. 23).

II. Der Beitragsanspruch kann begründet sein gem. § 29 VTV.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Betrieb des Beklagten als Fugerbetrieb gem. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 16 VTV unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV fällt. In diesem Zusammenhang ist es noch unerheblich, ob die Arbeitnehmer des Betriebs oder Betriebsteils in G mitzählen, weil jedenfalls arbeitszeitlich überwiegend bauliche, nämlich Fugertätigkeiten ausgeübt worden sind, auch wenn die Arbeitnehmer in G, die nach Behauptung des Beklagten andere Tätigkeiten ausgeführt haben, in die Rechnung einbezogen werden.

2. Der Betrieb kann jedoch als Betrieb des Glaserhandwerks gem. § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 4 VTV vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen sein.

a) Führt ein Betrieb arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten aus, die einem in § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV genannten Gewerk zuzurechnen sind, so wird der Betrieb als Ganzes vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV nicht erfasst. Die Partei, die sich auf einen Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV beruft, hat die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Ausnahmetatbestand vorliegt.



Werden Arbeiten ausgeführt, die sowohl als bauliche Leistungen iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. I bis V VTV als auch als solche eines der in § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV genannten Gewerke anzusehen sind, so kommt es für eine Ausnahme aus dem betrieblichen Geltungsbereich darauf an, ob neben diesen Arbeiten in nicht unerheblichem Umfang (mindestens 20 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit) Arbeiten ausgeführt werden, die ausschließlich dem vom betrieblichen Geltungsbereich ausgenommenen Gewerken zuzuordnen sind, die also für dieses Gewerk typisch sind, oder ob diese Arbeiten in nicht unerheblichem Umfang von gelernten Arbeitnehmern dieses Gewerks ausgeführt werden oder eine entsprechende Aufsicht durch einen Fachmann dieses Gewerks besteht. Zu den sog. „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ gehören Glasversiegelungsarbeiten sowohl zwischen Scheibe und Fenster- oder Türrahmen als auch die Fugungsarbeiten zwischen Fenster und Mauerwerk (BAG 23. August 1995 - 10 AZR 105/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 193 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 79).

b) Insoweit ist die Revision der ZVK begründet. Es steht derzeit nicht fest, ob überhaupt mehr als 50 % „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ ausgeführt wurden. Dies hängt nämlich davon ab, ob die Tätigkeit der Arbeitnehmer in G der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit zuzurechnen ist. Diese Arbeitnehmer haben nach Behauptung des Beklagten keine „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ ausgeführt, sondern Handel mit Dichtungsmaterialien betrieben. Die Frage ist auch entscheidungserheblich, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in E insgesamt 137,4 Mannmonate geleistet wurden, in G nach dem Vortrag beider Parteien 56 Mannmonate, also zusammen 193,4. Werden die von den Zeugen für Glasversiegelungs- und -verfugungsarbeiten und damit „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ wiedergegebenen Prozentanteile ihrer Tätigkeit zusammengezählt, so ergibt sich, dass Arbeiten zwischen Fenster und Mauerwerk und Fenster und Rahmen ca. 75,6 Mannmonate umfassen. Das ergibt zwar deutlich mehr als die Hälfte der betrieblichen Arbeitszeit in E, nicht jedoch mehr als die Hälfte der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit, wenn die Arbeiten in G und E als in einem einheitlichen Betrieb geleistet angesehen werden müssen.

c) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Betrieb in G habe außer Betracht zu bleiben, da schon im Hinblick auf § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG (gemeint wohl § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG) nicht von einem einheitlichen Betrieb ausgegangen werden könne. Damit stellt das Landesarbeitsgericht auf die räumlich weite Entfernung der beiden Orte ab. Mit dieser Begründung lässt sich jedoch ein einheitlicher Be-



trieb nicht verneinen. Ob dieser vorliegt, richtet sich nicht nach dem Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes, sondern demjenigen in Abschn. VI VTV. Danach fallen Betriebe, soweit in ihnen die unter den Abschn. I bis IV genannten Leistungen überwiegend erbracht werden, grundsätzlich als Ganzes unter den VTV. Selbständige Betriebsabteilungen sind Betriebe iSd. Tarifvertrages. Werden in Betrieben des Baugewerbes in selbständigen Abteilungen andere Arbeiten ausgeführt, so werden diese Abteilungen dann nicht von diesem Tarifvertrag erfasst, wenn sie von einem speziellen Tarifvertrag erfasst werden. Damit ist gerade kein Bezug genommen auf den Betriebsbegriff des BetrVG und auch nicht ausschließlich auf die räumliche Lage. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine selbständige Betriebsabteilung eine Abteilung, die, bezogen auf einen konkreten Gesamtbetrieb, eine personelle Einheit darstellt, deutlich räumlich und organisatorisch abgrenzbar ist, über eigene technische Betriebsmittel verfügt sowie einen besonders ausgeprägten arbeitstechnischen eigenen Zweck verfolgt (*BAG 11. September 1991 - 4 AZR 40/91 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 145*). Aus dieser Entscheidung geht auch hervor, dass der tarifliche und der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff sich nicht decken müssen.

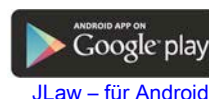
d) Das Landesarbeitsgericht ist den wechselseitigen Behauptungen zur Tätigkeit des Beklagten in G nicht nachgegangen. Sollte die Behauptung des Beklagten zutreffen, dass dort im Wesentlichen mit eigenen technischen Betriebsmitteln nur Handel betrieben wurde, eine eigene Leitung mit einer personellen Einheit vorhanden war, organisatorisch selbständig und nicht vom Betrieb in E geleitet, kann ein selbständiger Betrieb angenommen werden. Dies würde dazu führen, dass die Arbeitnehmer in G nicht zur gesamtbetrieblichen Arbeitszeit beigetragen haben. Sollten hingegen die Behauptungen der ZVK zutreffen, dass dort Fugertätigkeiten ausgeführt worden seien und der Betriebsteil nicht personell und organisatorisch abgegrenzt war, weil zB das Personal ausgetauscht worden ist, könnte die Arbeitszeit mitzuzählen sein und damit die „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ an der gesamtbetrieblichen Arbeitszeit nicht überwogen haben. Soweit das Landesarbeitsgericht Beweis erhoben hat über die Frage, wo der Zeuge Gu im Jahr 1997 gearbeitet hat, ist dies lediglich unter dem Aspekt geschehen, ob er dem Betrieb in E im Jahr 1997 angehörte oder nicht, nicht jedoch unter dem Aspekt des Personalaustauschs, den die ZVK behauptet hat. Soweit eine selbständige Betriebsabteilung vorliegen sollte, müsste deren Unterfallen unter einen spezielleren Tarifvertrag geprüft werden.



3. Die Revision des Beklagten ist ebenfalls begründet. Sollte sich herausstellen, dass die sog. „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ arbeitszeitlich überwogen, ist es möglich, dass diese als Glaser Tätigkeiten iSd. Ausnahmekatalogs anzusehen sind, weil die Arbeiten von einem Fachmann des Glaserhandwerks beaufsichtigt worden sind. Das Landesarbeitsgericht hat es dahinstehen lassen, ob der Zeuge M als Meister anzusehen ist und damit als Fachmann des Glaserhandwerks (vgl. BAG 16. Mai 2001 - 10 AZR 438/00 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Dachdecker Nr. 7 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 106). Das Landesarbeitsgericht hat unzutreffend angenommen, auf die Qualifikation des Zeugen M komme es nicht an, da dem Beklagten im Jahr 1997 von dieser Qualifikation nichts bekannt gewesen sei und er deshalb den Zeugen nicht bewusst und gezielt als Meister zur Überwachung der anderen Mitarbeiter habe einsetzen können. Die Aufsicht durch einen Fachmann des Glaserhandwerks charakterisiert die Arbeiten von nicht besonders qualifiziertem Personal als Glaserarbeiten, weil angenommen wird, dass die umfassende Fachausbildung sich auf die Art und Weise der ausgeführten Tätigkeiten der unterstellten Mitarbeiter auswirkt und somit die Arbeit nach den Kenntnissen und Methoden des speziellen Gewerks ausgeführt wird. Bei relativ einfachen routinemäßig auszuführenden Arbeiten dürfte der Unterschied zwar nicht sehr deutlich wahrzunehmen sein, da die Arbeiten vermutlich auch bei Aufsicht durch einen anderen Fachmann nicht anders ausgeführt würden. Jedoch ist das Merkmal für die nun einmal vorzunehmende Abgrenzung durchaus tauglich. Ist die Qualifikation aber objektiv vorhanden und wird der betreffende Arbeitnehmer bewusst als Aufsicht und zur Überwachung der anderen Mitarbeiter eingesetzt, kann es nicht darauf ankommen, ob dem Beklagten die formale Qualifikation bekannt war oder nicht. Es ist davon auszugehen, dass ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nur dann als Aufsicht und zur Überwachung einsetzt, wenn er die fachlichen Qualitäten dieses Arbeitnehmers kennt und nutzen will. Der Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers auch dann nicht den Ausschlag gibt, wenn er von einer Meisterqualifikation ausgeht, die in Wirklichkeit nicht vorliegt.

Das Landesarbeitsgericht wird also zu klären haben, ob und in welchem Maße Herr M die Aufsicht über die übrigen Arbeitnehmer unmittelbar am Arbeitsplatz tatsächlich geführt hat. Teilweise können dazu die bisherigen Ergebnisse der Beweisaufnahme herangezogen werden.

4. Nicht zu beanstanden hingegen ist die Beurteilung durch das Landesarbeitsgericht, dass der Beklagte nicht dargelegt habe, dass die Arbeitnehmer als gelernte



Arbeitnehmer des Glaserhandwerks anzusehen seien. Solche gelernten Arbeitnehmer müssen zwar nicht Gesellen sein, sondern können auch angelernt sein. Jedoch geht aus dem Vortrag des Beklagten nicht hervor, dass die Arbeitnehmer über die Fertigkeiten der Verfügun von Fenstern zum Rahmen und zur Wand hinaus ausgebildet worden sind. Dass den Arbeitnehmern die Grund- und Fachregeln des Glaserhandwerks mit berufsbezogenen Werkstoffen und Abdichtungstechniken, die über das Verfüguungsverfahren hinausgingen, vermittelt worden wären, ist nicht ausreichend vorge tragen. Die Verfüguungsarbeiten beziehen sich nur auf einen kleinen Teil des Glaserhandwerks (vgl. zu *Klebeverfahren bei Flachdachisolierungen* BAG 16. Mai 2001 - 10 AZR 438/00 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Dachdecker Nr. 7 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 106).

C. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Dr. Freitag

Fischermeier

Marquardt

Lindemann

Alex

**JLaw – Gesetze und Urteile**Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)