

Aktenzeichen: 10 AZR 84/05
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 25. Januar 2006
- 10 AZR 84/05 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 21. Oktober 2003
- 98 Ca 61795/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 10. November 2004
- 15 Sa 2357/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Baugewerbe - Tiefbauarbeiten - Darlegung

Gesetze:

ZPO § 539 Abs. 2, § 563 Abs. 3; Tarifvertrag über das
Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 20. Dezember 1999 (VTV)
§ 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 36, § 21 Abs. 1 Satz 1

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 84/05
15 Sa 2357/03
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2006

Urteil

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Marquardt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler 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 der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 10. November 2004 - 15 Sa 2357/03 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte im Kalenderjahr 2003 einen von den allgemeinverbindlichen Sozialkassentarifverträgen des Baugewerbes erfassten Betrieb unterhalten und deshalb für die Monate Januar bis März 2003 Auskünfte zu erteilen und im Falle nicht fristgerechter Auskunftserteilung eine Entschädigung iHv. 660,00 Euro zu zahlen hat.

1

Die Klägerin ist die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes VVaG (ZVK). Sie ist als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach Maßgabe des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 20. Dezember 1999 (VTV) die Einzugsstelle für die Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes. Im VTV heißt es - soweit hier von Interesse - zum Geltungsbereich:

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 V

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

...



10. Erdbewegungsarbeiten (Wegebau-, Meliorations-, Landgewinnungs-, Deichbauarbeiten, Wildbach- und Lawinverbau, Sportanlagenbau sowie Errichtung von Schallschutzwällen und Seitenbefestigungen an Verkehrswegen);
- ...
25. Rohrleitungsbau-, Rohrleitungstiefbau-, Kabelleitungstiefbauarbeiten und Bodendurchpressungen;
- ...
36. Tiefbauarbeiten“.

Der Beklagte besitzt einen Lastkraftwagen und einen Bagger. Er firmiert unter der Bezeichnung „Bagger- und Erdarbeiten“ und führt auch nach der Gewerbeanmeldung diese Arbeiten durch. Das Arbeitsamt S stellte in seinem Bericht über eine Betriebsprüfung am 7. Juli 1998 fest, dass im Betrieb des Beklagten zu 100 % Kabelleitungstiefbauarbeiten erbracht werden. In einem Schreiben vom 5. August 2002 teilte der Beklagte der ZVK ua. mit, dass er auch Baggararbeiten ausführt. Im Kalenderjahr 2003 beschäftigte der Beklagte als einzigen Arbeitnehmer seinen Sohn R .

3

Die ZVK hat behauptet, der Sohn des Beklagten habe im Kalenderjahr 2003 zu mehr als 50 % seiner persönlichen Arbeitszeit Tiefbauarbeiten (Erdbewegungs-/Baggerarbeiten) durchgeführt, nämlich Lösen, Fördern, Einbauen und Planieren von Bodenmassen einschließlich der Entwässerung des Erdkörpers und des Untergrundes (Drainage), Ausschacht- und Aushubarbeiten von Baugruben, Schächten und Gräben einschließlich des Abtransports des angefallenen Erdreiches mittels eines Lastkraftwagens, Verlegen von Drainagerohren, Verfüllen und Verdichten der Schächte, Gruben und Gräben sowie anschließende Wiederherstellung der Erdoberfläche. Da der Beklagte im Kalenderjahr 2003 keine weiteren Arbeitnehmer beschäftigt habe, seien in diesem Jahr im Betrieb des Beklagten zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasste gewerblich bauliche Leistungen erbracht worden.

4

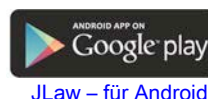
Das Arbeitsgericht hat den Beklagten auf Antrag der ZVK mit Versäumnisurteil vom 8. Juli 2003 verurteilt,

5

1. der ZVK auf dem vorgeschriebenen Formular Auskunft darüber zu erteilen, wieviel gewerbliche Arbeitnehmer, die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten, in den Monaten Januar bis März 2003 in dem Betrieb des Beklagten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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 die ZVK eine Entschädigung in Höhe von 660,00 Euro zu zahlen.

Mit Urteil vom 21. Oktober 2003 hat das Arbeitsgericht das Versäumnisurteil vom 8. Juli 2003 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf Antrag der ZVK Beweis erhoben über deren Behauptung, der einzige Arbeitnehmer des Beklagten im Kalenderjahr 2003 habe in diesem Jahr zu mehr als 50 % seiner Arbeitszeit Tiefbauarbeiten ausgeführt, durch dessen Einvernahme als Zeugen durch das ersuchte Arbeitsgericht S .

6

Nach der Beweisaufnahme hat die ZVK die Auffassung vertreten, der Zeuge habe bestätigt, dass er im Kalenderjahr 2003 zu 50 % seiner Arbeitszeit Baggararbeiten ausgeführt habe. Auf Grund der vom Zeugen bekundeten Verdichtungsarbeiten und der Technikerarbeiten zur Instandhaltung und Pflege des Baggers und des LKW, ergäbe sich, dass im Kalenderjahr 2003 im Betrieb des Beklagten arbeitszeitlich überwiegend bauliche Tätigkeiten ausgeführt worden seien, zumal nach der Aussage des Zeugen auch Erdaushub abgefahren und ausgetauscht worden sei.

7

In der Berufungsverhandlung am 10. November 2004 ist für den Beklagten niemand erschienen. Die ZVK hat den Antrag gestellt, durch Versäumnisurteil das Urteil des Arbeitsgerichts vom 21. Oktober 2003 abzuändern und das Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts vom 8. Juli 2003 aufrechtzuerhalten. Das Landesarbeitsgericht hat das von der ZVK beantragte Versäumnisurteil nicht erlassen, sondern die Berufung der ZVK zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die ZVK ihr Klageziel weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision der ZVK zurückzuweisen.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision der ZVK ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht die

9



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



Berufung der ZVK zurückgewiesen und das von dieser in der Berufungsverhandlung am 10. November 2004 beantragte Versäumnisurteil nicht erlassen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zusammengefasst angenommen, die ZVK habe in der Berufungsinstanz ihren - lapidaren - Vortrag wiederholt, wonach der einzige Arbeitnehmer des Beklagten im Kalenderjahr 2003 zu mehr als 50 % seiner Gesamtarbeitszeit Tiefbauarbeiten (Erdbewegungs-/Baggerarbeiten) durchgeführt habe, nämlich Lösen, Fördern, Einbauen und Planieren von Bodenmassen einschließlich der Entwässerung des Erdkörpers und des Untergrundes (Drainage), Ausschacht- und Aushubarbeiten von Baugruben, Schächten und Gräben einschließlich des Abtransports des angefallenen Erdreiches mittels eines Lastkraftwagens, Verlegen von Drainagerohren, Verfüllen und Verdichten der Schächte, Gruben und Gräben sowie anschließende Wiederherstellung der Erdoberfläche. Nach der Einvernahme des Zeugen habe die ZVK dessen tatsächliche Angaben übernommen. Deswegen sei die Zeugenaussage als Vorbringen der ZVK iSv. § 539 Abs. 2 ZPO zu werten. Der eigene Vortrag der ZVK und ihr Vorbringen im Zusammenhang mit den tatsächlichen Angaben des Zeugen rechtfertigten nicht eine Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts. Aus der Zeugenaussage könne nicht abgeleitet werden, dass im Jahr 2003 arbeitszeitlich überwiegend Tiefbauarbeiten ausgeführt worden seien. Der Zeuge habe zwar bei seiner Einvernahme am 22. Juni 2004 geschätzt, dass ca. 50 % der ausgeführten Arbeiten auf Baggerarbeiten entfallen seien. Die Schätzung des Zeugen sei jedoch in sich unschlüssig. Wenn schon nicht angenommen werden könne, dass Baggerarbeiten mindestens 50 % der Gesamtarbeitszeit im Jahre 2003 ausgemacht hätten, könne eine Zusammenhangstätigkeit wie Technikpflege nicht zu der Annahme führen, zu 51 % der Gesamtarbeitszeit seien Bautätigkeiten verrichtet worden.

10

II. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind rechtsfehlerhaft und verletzen § 539 Abs. 2 ZPO.

11

1. Nach § 539 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist das zulässige tatsächliche Vorbringen des Berufungsklägers als zugestanden anzunehmen, wenn der Berufungsbeklagte nicht erscheint und der Berufungskläger gegen ihn ein Versäumnisurteil beantragt. Soweit es der Berufungsantrag rechtfertigt, ist gemäß § 539 Abs. 2 Satz 2 ZPO nach dem Antrag zu erkennen. Umstände, die für die Unrichtigkeit des Vorbringens des Berufungsklägers sprechen könnten, sind nicht zu berücksichtigen (*BAG 18. August 2004 - 5 AZR 623/03 - AP ZPO § 539 Nr. 1 = EzA ZPO 2002 § 539 Nr. 1, auch zur Veröf-*

12



fentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; vgl. auch BGH 2. Mai 1979 - VIII ZR 125/78 - MDR 1979, 930). Das Ergebnis einer Beweisaufnahme bleibt unberücksichtigt (Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 64. Aufl. § 539 Rn. 4; Musielak ZPO 4. Aufl. § 539 Rn. 8). Dies gilt selbst dann, wenn die Beweisaufnahme das Gegenteil des Vortrags des Berufungsklägers ergeben hat (BAG 18. August 2004 - 5 AZR 623/03 - aaO). Allerdings kann sich der Berufungskläger das Ergebnis einer Beweisaufnahme zu eigen machen.

2. Das Landesarbeitsgericht hat seiner Entscheidung unter Verletzung des § 539 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht allein das tatsächliche Vorbringen der ZVK als Berufungsklägerin zugrunde gelegt. Es hat vielmehr die Aussage des im Wege der Amtshilfe vom Arbeitsgericht S vernommenen Zeugen zu den von ihm im Kalenderjahr 2003 ausgeführten Tätigkeiten gewürdigt und angenommen, hierdurch sei die Behauptung der ZVK nicht bewiesen, dass der Zeuge als einziger Arbeitnehmer des Beklagten im Jahr 2003 arbeitszeitlich überwiegend Tiefbauarbeiten ausgeführt habe. 13
3. Das Landesarbeitsgericht hätte unter Zugrundelegung des Vorbringens der ZVK dem Berufungsantrag der ZVK stattgeben, durch Versäumnisurteil das Urteil des Arbeitsgerichts vom 21. Oktober 2003 abändern und das Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts vom 8. Juli 2003 aufrechterhalten müssen. Das gemäß § 539 Abs. 2 Satz 1 ZPO als zugestanden anzunehmende tatsächliche Vorbringen der ZVK rechtfertigte die Verurteilung des Beklagten zur Erteilung der von der ZVK nach § 21 Abs. 1 Satz 1 VTV verlangten Auskünfte. 14
- a) Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Klageanspruchs dann schlüssig, wenn der Kläger Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Klägers entstanden erscheinen zu lassen. Die ZVK musste damit Tatsachen vortragen, die den Schluss zuließen, der Betrieb des Beklagten sei im Kalenderjahr 2003 vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst worden. Dazu gehörte neben der Behauptung von Arbeiten, die sich § 1 Abs. 2 VTV zuordnen lassen, auch die Darlegung, dass diese Tätigkeiten insgesamt arbeitszeitlich überwogen haben (BAG 23. Februar 2005 - 10 AZR 413/04 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 271 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 118). 15
- b) Diesen Anforderungen genügte der Sachvortrag der ZVK. Diese hat behauptet, dass im Betrieb des Beklagten im Kalenderjahr 2003 durch den einzigen Arbeit- 16



nehmer zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit die näher beschriebenen Tiefbauarbeiten (Erdbewegungs- und Baggerarbeiten wie Lösen, Fördern, Einbauen und Planieren von Bodenmassen einschließlich der Entwässerung des Erdkörpers und des Untergrundes, Ausschacht- und Aushubarbeiten von Baugruben, Schächten und Gräben einschließlich des Abtransports des angefallenen Erdreiches mittels eines Lastkraftwagens, Verlegen von Drainagerohren, Verfüllen und Verdichten der Schächte, Gruben und Gräben sowie anschließende Wiederherstellung der Erdoberfläche) ausgeführt worden seien. Diese lassen sich unter das Tätigkeitsbeispiel des § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 36 VTV subsumieren (*BAG 23. Februar 2005 - 10 AZR 413/04 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 271 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 118*). Der Senat hat im Urteil vom 28. April 2004 (*- 10 AZR 370/03 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 264*) eingehend begründet, welche Anforderungen an die wechselseitige Darlegungs- und Beweislast zu stellen sind. Danach ist nicht erforderlich, dass die ZVK jede Einzelheit der im Kalenderjahr als geleistet behaupteten Tätigkeiten vorträgt. Davon ist erkennbar zunächst auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Hätte es den Sachvortrag der ZVK für nicht schlüssig gehalten, hätte es über die Behauptungen der ZVK zu den vom Zeugen und einzigen Arbeitnehmer des Beklagten im Kalenderjahr 2003 arbeitszeitlich überwiegend ausgeführten Tätigkeiten nicht Beweis erhoben.

4. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die ZVK habe an ihren Behauptungen zu den im Kalenderjahr 2003 im Betrieb des Beklagten arbeitszeitlich überwiegend ausgeführten Tiefbauarbeiten nicht festgehalten. Für diese Annahme fehlt jeder Anhaltspunkt. Allerdings hat die ZVK auf Grund der Bekundungen des Zeugen, wonach etwa die Hälfte der Arbeitszeit auf Baggerarbeiten entfallen sei, ihre Angaben zu den im Betrieb des Beklagten ausgeführten Baggerarbeiten konkretisiert und sich insoweit die Aussage des Zeugen zu eigen gemacht. Dadurch ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts der Sachvortrag der ZVK nicht unschlüssig geworden, ohne dass es auf die Wahrheit der Bekundungen des Zeugen ankommt. Umfassten nach der Behauptung der ZVK allein die Baggerarbeiten ca. 50 % der Arbeitszeit, wurde der Betrieb des Beklagten vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst. Die nach der Behauptung der ZVK erforderlichen Technikerarbeiten zur Instandhaltung und Pflege des Baggers und des LKW sind Nebenarbeiten und den Baggerarbeiten zuzuordnen (*vgl. BAG 28. Juli 2004 - 10 AZR 582/03 -*). Auf Grund der von der ZVK auch nach der Beweisaufnahme noch ausdrücklich behaupteten Verdichtungsarbeiten und des von ihr dargelegten Austausches von Erdaushub ergibt sich aus ihrem

17



Sachvortrag, dass im Kalenderjahr 2003 jedenfalls zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit vom VTV erfasste Arbeiten ausgeführt wurden.

5. Der Senat kann in der Sache nicht selbst gemäß § 563 Abs. 3 ZPO entscheiden. Das Revisionsgericht kann das aufgehobene Berufungsurteil nicht durch ein Versäumnisurteil zweiter Instanz ersetzen (*BAG 18. August 2004 - 5 AZR 623/03 - AP ZPO § 539 Nr. 1 = EzA ZPO 2002 § 539 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Ein solches Verfahren lässt die ZPO nicht zu.

18

Dr. Freitag

Marquardt

Brühler

Lindemann

Alex



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)