

Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 13. November 2013
- 10 AZR 842/12 -

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 8. September 2011
- 4 Ca 1999/10 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 25. Mai 2012
- 10 Sa 1500/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Baugewerbe - Betrieblicher Geltungsbereich - Gussasphaltkocher

Gesetz:

Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom
20. Dezember 1999 (VTV) § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 39

Leitsätze:

keine



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



BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 842/12
10 Sa 1500/11
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. November 2013

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. November 2013 durch den Vorsitzenden Richter am



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Baschnagel und Petri für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 25. Mai 2012 - 10 Sa 1500/11 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Beiträgen nach dem Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 20. Dezember 1999 (VTV) in den jeweils maßgeblichen Fassungen für die Zeit von Dezember 2005 bis Dezember 2010.

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes in der Rechtsform eines Vereins. Er ist nach näherer tarifvertraglicher Maßgabe zum Einzug der Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes verpflichtet.

Die Beklagte befasst sich ua. damit, für Straßenbauunternehmen Gussasphalt vom Asphalthersteller zu Baustellen zu bringen. Sie ist seit 1971 Mitglied in der Berufsgenossenschaft für Transport und Verkehrswirtschaft und verfügt über eine Erlaubnis für den gewerblichen Güterverkehr. Die Agentur für Arbeit hat mit Schreiben vom 17. August 2011 festgestellt, dass die Beklagte baufremde Leistungen im Bereich des gewerblichen Güterverkehrs erbringe und nicht verpflichtet sei, an der Winterbeschäftigungsumlage der Bauwirtschaft teilzunehmen.



Während des Streitzeitraums beschäftigte die Beklagte insgesamt 23 Arbeitnehmer zu unterschiedlichen Zeiten mit jeweils unterschiedlicher Dauer. Die Arbeitnehmer der Beklagten transportierten arbeitszeitlich überwiegend Gussasphalt vom Herstellungsbetrieb bzw. von der Mischanlage mittels sog. Gussasphaltkocher zu den Baustellen von Kunden bzw. Straßenbauunternehmen. Die addierte Arbeitszeit für diese Tätigkeit machte mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit aus. Der Gussasphalt wurde seitens der Kunden der Beklagten direkt beim Hersteller erworben. Während des Transports wurde der Gussasphalt durch einen unter dem Kocher befindlichen Brenner heiß und durch ein im Kocher arbeitendes Rührwerk flüssig gehalten. Auf der Baustelle wurde der heiße Asphalt von den Arbeitnehmern des jeweiligen Straßenbauunternehmens abgenommen und sodann verbaut.

Der Kläger ist der Ansicht, der Transport von Gussasphalt mittels Gussasphaltkochern sei eine bauliche Leistung. Das Merkmal der Vermietung von Baumaschinen mit Bedienungspersonal nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 39 VTV sei erfüllt. Der Gussasphaltkocher sei eine Baumaschine iSd. VTV.

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 96.096,00 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, sie unterhalte einen Transportbetrieb. Bei dem Gussasphaltkocher handle es sich nicht um eine Baumaschine, da der Transport, auf den 99,9999 % der Arbeitszeit des Fahrers entfielen, im Vordergrund stehe. Es liege auch weder eine Miete der Fahrzeuge vor, noch verschaffe sie dem Kunden die Dienste ihrer Arbeitnehmer. Die Klage sei zudem unschlüssig, da der Kläger nicht dargelegt habe, welcher Arbeitnehmer was, wann, wo, wie und warum gemacht habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.



Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Ob und in welcher Höhe die Klageansprüche bestehen, kann der Senat nicht beurteilen, weil es an ausreichenden Tatsachenfeststellungen fehlt.

9

I. Ob der VTV auf den Betrieb der Beklagten anwendbar ist, steht noch nicht fest.

10

1. Ein Betrieb wird vom Geltungsbereich des VTV erfasst, wenn in ihm arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt werden, die unter die Abschnitte I bis V des § 1 Abs. 2 VTV fallen (*BAG 15. Juni 2011 - 10 AZR 861/09 - Rn. 12; 27. Oktober 2010 - 10 AZR 351/09 - Rn. 10; 12. Dezember 2007 - 10 AZR 995/06 - Rn. 16; 20. März 2002 - 10 AZR 507/01 - zu II 1 der Gründe*). Auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst oder auf handels- und gewerberechtliche Kriterien kommt es nicht an (*BAG 15. Juni 2011 - 10 AZR 861/09 - aaO; 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 13*). Betriebe, die überwiegend eine oder mehrere der in den Beispielen des § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV genannten Tätigkeiten ausführen, fallen unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV, ohne dass die Erfordernisse der allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III geprüft werden müssen. Nur wenn in dem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend nicht die in den Abschnitten IV und V genannten Beispieltätigkeiten ausgeführt werden, muss darüber hinaus geprüft werden, ob die ausgeführten Tätigkeiten die allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III erfüllen (*BAG 15. Juni 2011 - 10 AZR 861/09 - aaO; 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 14*). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass im Betrieb der Beklagten im streitgegenständlichen Zeitraum überwiegend bauliche Tätigkeiten verrichtet

11



wurden, obliegt dem Kläger (*BAG 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 13; 23. Februar 2005 - 10 AZR 413/04 - zu II 2 a bb der Gründe*).

2. Die Anwendbarkeit des VTV wird nicht durch die Einschätzung der Agentur für Arbeit, wonach die Beklagte baufremde Leistungen im Bereich des gewerblichen Güterverkehrs erbringe und die gesetzlichen Vorschriften zur Teilnahme an der Winterbeschäftigungsumlage (§§ 175a aF, 354 SGB III iVm. *WinterbeschV*) nicht zur Anwendung kämen, ausgeschlossen. Etwaige von der Agentur für Arbeit in diesem Zusammenhang getroffene Entscheidungen sind für die Anwendbarkeit des VTV nicht maßgeblich (*BAG 8. Dezember 2010 - 10 AZR 710/09 - Rn. 13; 2. Juli 2008 - 10 AZR 305/07 - Rn. 22; 20. März 2002 - 10 AZR 507/01 - zu II 1 der Gründe*). 12
3. Ob die Beklagte im Streitzeitraum arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 39 VTV ausführte, steht noch nicht fest. 13
- a) Nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 39 VTV erstreckt sich der betriebliche Geltungsbereich des Tarifvertrags auf Betriebe, in denen folgende Tätigkeiten verrichtet werden: 14
- „Vermieten von Baumaschinen mit Bedienungspersonal, wenn die Baumaschinen mit Bedienungspersonal zur Erbringung baulicher Leistungen eingesetzt werden“.
- b) Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, die in der Tarifnorm genannten Voraussetzungen seien nicht erfüllt. 15
- aa) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts macht die addierte Arbeitszeit für den Transport von Gussasphalt zu den Baustellen von Kunden bzw. Straßenbauunternehmen mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit der Beklagten aus. Insoweit war es entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht erforderlich, dass der Kläger konkret zu den Tätigkeiten der Arbeitnehmer der Beklagten bzw. deren Zeitanteil vortrug. 16



Da der Kläger in seiner Funktion als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien regelmäßig keine näheren Einblicke in die dem Gegner bekannten Arbeitsabläufe hat und ihm die Darlegung deshalb erschwert ist, kann er auch von ihm nur vermutete Tatsachen behaupten und unter Beweis stellen, wenn hierfür Anhaltspunkte bestehen. Unzulässig ist dieses prozessuale Vorgehen erst dann, wenn ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes willkürlich Behauptungen „ins Blaue hinein“ aufgestellt würden. Dies kann regelmäßig nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte angenommen werden oder wenn die klagende Partei selbst nicht an die Richtigkeit ihrer Tatsachenbehauptung glaubt (*vgl. BAG 17. April 2013 - 10 AZR 185/12 - Rn. 14*). Im Streitfall ist schon wegen der außergerichtlichen Darstellung der Beklagten, wonach sich ihre Tätigkeit in dem Transport von Gussasphalt vom Herstellungsbetrieb zu der Baustelle erschöpft, nicht von einer Behauptung „ins Blaue hinein“ auszugehen. Da die Beklagte sich auf die Behauptung des Klägers nicht substantiiert eingelassen hat, sind die Vorinstanzen insoweit zutreffend von einem nach § 138 Abs. 3 ZPO zugestandenem Sachverhalt ausgegangen, den sie als unstreitig festgestellt haben.

bb) Bei den von der Beklagten benutzten Gussasphaltkochern handelt es sich um Baumaschinen iSd. Tarifvorschrift. 17

(1) Eine Baumaschine ist eine Maschine, die bei der Ausführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten verwendet wird. Als Maschine wird eine mechanische, aus beweglichen und unbeweglichen Teilen zusammengesetzte Vorrichtung bezeichnet, die Kraft überträgt oder Arbeitsvorgänge selbständig verrichtet bzw. Energie aus einer in eine andere Form umwandelt (*BAG 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 19*). 18

(2) Diese Voraussetzungen erfüllen die von der Beklagten benutzten Gussasphaltkocher (*im Ergebnis ebenso schon: BAG 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 19 f.*). Ihre Funktion besteht zunächst im Transport des Gussasphalts vom Hersteller zur Baustelle. Dies schließt aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht aus, dass es sich um Baumaschinen handelt. Die Ko- 19



cher unterscheiden sich von bloßen Beförderungsmitteln dadurch, dass das Baumaterial nicht nur von einem zu einem anderen Ort gebracht wird, sondern gleichzeitig in dem für die sofortige Verwendung auf der Baustelle erforderlichen Verarbeitungszustand gehalten wird. Dies geschah in früheren Zeiten durch menschliche Arbeitskraft, die heute durch die maschinelle Arbeit des Rührwerks einerseits und die weitgehend automatisierte Erzeugung und Zuführung von Wärme zum Asphalt andererseits ersetzt wird. Indem während des Transports das Rührwerk tätig ist, Wärme erzeugt und dem Transportgut zugeführt wird, erfüllt der Transport eine über die bloße Beförderung hinausgehende spezielle Funktion im Rahmen der arbeitsteiligen Organisation des jeweiligen Bauprojekts. Nur so ist gewährleistet, dass der Asphalt, wie vom Straßenbauunternehmer gewünscht, sofort verbaut werden kann und sowohl Lagerung als auch Zubereitung des Baustoffs an der Baustelle entfallen können. Der Transport ohne gleichzeitige Erhitzung und Bewegung des Materials würde zusätzliche Arbeitsschritte auf der Baustelle erforderlich machen. Der Gussasphalt müsste dort durch Erhitzen und Umrühren in einen verarbeitungsfähigen Zustand versetzt werden.

cc) Die Baumaschinen werden auch iSd. der Tarifvorschrift „mit Bedienungspersonal vermietet“. Dabei ist nicht entscheidend, ob die zwischen dem Kunden bzw. Bauunternehmen und der Beklagten geschlossenen Verträge in allen Einzelheiten dem gesetzlichen Bild des Mietvertrags, wie es in § 535 ff. BGB niedergelegt ist, entsprechen. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Arbeitnehmer des „Vermieters“ im arbeitsrechtlichen Sinne sowohl dessen Direktionsrecht unterliegen als auch gleichzeitig Weisungen des Kunden zu befolgen haben. Entscheidend ist, dass die Baumaschinen nach mietrechtlichen Grundsätzen zum Gebrauch überlassen werden (*BAG 16. Juni 1982 - 4 AZR 862/79 - BAGE 39, 146*). Den insoweit sachkundigen Tarifvertragsparteien ist dabei bewusst und geläufig, dass bei der von ihnen im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber normierten Fallgestaltung ungeachtet der beim Vermieter der Baumaschinen verbleibenden Arbeitgeberstellung für das bereitgestellte Bedienungspersonal die Ausübung des Direktionsrechts be-

20



grenzt, dh. insoweit auf den jeweiligen Mieter übergeht, als dieser über Ort und Art ihres Einsatzes befindet (*BAG 16. Juni 1982 - 4 AZR 862/79 - aaO; vgl. auch BAG 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 21*). In einem so verstandenen Sinne wird auch der Gussasphaltkocher mit dem Fahrer, der während des Transports die Arbeit des Rührwerks und die Wärmezuführung steuert und überwacht, dem Kunden für eigene Zwecke auf Zeit zum Gebrauch überlassen. Dies findet seine Bestätigung darin, dass - wie gerichtsbekannt - der entsprechende wirtschaftliche Vorgang branchenüblich durchweg als Vermietung oder Verleih von Baumaschinen mit Personal bezeichnet wird.

dd) Ob die Gussasphaltkocher im Streitfall zur Erbringung baulicher Leistungen im Tarifsinne eingesetzt wurden, kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, wie der von der Beklagten zur Baustelle gebrachte Gussasphalt weiter verarbeitet wurde. In der Regel erfolgt der Einsatz von Gussasphaltkochern jedoch zur Erbringung baulicher Leistungen. Es wäre Sache der Beklagten, im Einzelnen darzulegen, dass dies bei ihr ausnahmsweise nicht der Fall war.

21

(1) Eine Baumaschine wird zur Erbringung baulicher Leistungen eingesetzt, wenn ihre Verwendung auf die Erstellung des Bauwerks einwirkt. Diese Voraussetzung wird in den meisten Fällen des Einsatzes von Gussasphaltkochern gegeben sein. Dass der Einbau des Asphalts eine bauliche Leistung darstellt, steht außer Frage. Da der Gussasphalt heiß und flüssig eingebaut werden muss, geht die Entladung gewöhnlich „Hand in Hand“ mit dem Einbau vor sich, sodass eine sinnvolle Trennung der sich nahezu synchron vollziehenden Vorgänge nicht möglich ist. Denkbar ist aber auch, dass die Verwendung allein zur Vorbereitung oder Zurichtung von Baumaterial dient. So zeigt § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 32 VTV, dass die Herstellung und die Aufbereitung von Mischgut nur unter besonderen Bedingungen als bauliche Tätigkeit anzusehen ist.

22

(2) Die in Betracht kommenden Baustellen können erhebliche Unterschiede aufweisen, die auch die Art des Einsatzes der Kocher beeinflussen. So kann Gussasphalt nicht nur auf kleinen oder großen Straßen und Brücken, sondern

23



auch auf Sportanlagen, Plätzen sowie in Hallen, Häusern und Wohnungen verwendet werden. Diese Unterschiede können sich auf die Art der Koordinierung der Arbeitsschritte des Entladens und des Einbaus auswirken.

(3) Im Streitfall liegt es nahe, dass der Gussasphalt in einem mehrgliedrigen Arbeitsgang, dessen einzelne Abschnitte ineinandergreifen und nahezu gleichzeitig stattfinden, aus den Kochern - gegebenenfalls über Bohlen - auf die Straße gebracht und dort gewalzt wird. Sollte dies so oder ähnlich der Fall sein, würde der Gussasphaltkocher zur Erbringung baulicher Leistungen eingesetzt. Die Entladung des Gussasphaltkochers könnte in diesem Fall nicht sinnvoll von dem Aufbringen auf die Straße getrennt werden. 24

II. Zur Höhe der vom Kläger erhobenen Forderungen hat das Landesarbeitsgericht bisher keine ausreichenden Feststellungen getroffen. 25

1. Gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 VTV in den maßgeblichen Fassungen vom 14. Dezember 2004, 15. Dezember 2005, 20. August 2007, 5. Dezember 2007 und 18. Dezember 2009 hat der Arbeitgeber zur Aufbringung der Mittel für die tarifvertraglich bestimmten Leistungen einen jeweils festgelegten Prozentsatz der Summe der Bruttolöhne aller von dem Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmer des Betriebs (*Bruttolohnsumme*) an den Kläger als Einzugsstelle abzuführen. Für das Jahr 2005 lag der Beitragssatz bei 19,5 %, für die Jahre 2006 und 2007 bei 19,2 % und für die Jahre 2008 bis 2010 bei 19,8 %. 26

2. Der Kläger ist berechtigt, die nach dem VTV geschuldeten Beiträge im Wege einer sog. Mindestbeitragsklage unter Heranziehung der tariflichen Normalarbeitszeit und der tariflichen Mindestlöhne zu berechnen und einzuziehen (*BAG 14. Februar 2007 - 10 AZR 63/06 - Rn. 25*). Möglich ist es auch - wie hier geschehen - auf die von dem Statistischen Bundesamt ermittelten durchschnittlichen Bruttomonatslöhne abzustellen (*vgl. BAG 2. August 2006 - 10 AZR 756/05 - Rn. 12*). Allerdings sind die insoweit vom Kläger genannten Zahlen nicht nachvollziehbar, weil sie der von ihm genannten Quelle nicht entnommen werden können. Für das Jahr 2010 geht der Kläger überdies von den für 2009 27



ermittelten Werten aus. Insgesamt muss der Kläger ein in sich widerspruchsfreies, nachvollziehbares und überprüfbares Rechenwerk vorlegen, das mit seinen tatsächlichen Angaben im Einklang steht.

Mikosch

Mestwerdt

Schmitz-Scholemann

R. Baschnagel

Ulrich Petri



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)