

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 720/10

10 Sa 2013/09

Hessisches

Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
14. Dezember 2011

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Buschmann und Baschnagel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 27. August 2010 - 10 Sa 2013/09 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 8. Oktober 2009 - 4 Ca 3212/08 - abgeändert:  
Die Klage wird abgewiesen.  
Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 5.808,16 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. Januar 2009 zu zahlen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über Sozialkassenbeitragsansprüche für die Zeiträume Januar bis Mai 2008 und September 2008 bis April 2009 sowie über widerklagend geltend gemachte Rückzahlungsansprüche für den Zeitraum Januar bis November 2007. 1

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

Die für den Zeitraum Januar 2007 bis April 2009 gültigen Fassungen vom 15. Dezember 2005, 20. August 2007 sowie 5. Dezember 2007 des durchgängig allgemeinverbindlichen Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 20. Dezember 1999 regeln ua.:

**„§ 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 I

Betriebe, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich Bauten aller Art erstellen.

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 oder Bauteilen - der Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen.

...

Abschnitt IV

Betriebe, in denen die nachstehend aufgeführten Arbeiten ausgeführt werden:

...

3. technische Dämm-(Isolier-)Arbeiten, insbesondere solche an technischen Anlagen, soweit nicht unter Abschnitt II oder III erfasst, einschließlich von Dämm-(Isolier-)Arbeiten an und auf Land-, Luft- und Wasserfahrzeugen.

...

#### 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:

...

9. Dämm-(Isolier-)Arbeiten (z. B. Wärme-, Kälte-, Schallschutz-, Schallschluck-, Schallverbesserungs-, Schallveredelungsarbeiten) einschließlich Anbringung von Unterkonstruktionen;

...

37. Trocken- und Montagebauarbeiten (z. B. Wand- und Deckeneinbau bzw. -verkleidungen, Montage von Baufertigteilen), einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern;

...“

Die Beklagte, die kein Mitglied der tarifvertragschließenden Verbände des Baugewerbes ist, betreibt als Einzelunternehmerin mit Sitz in U einen Betrieb, der im Gewerberegister der Stadt U bis März 2008 mit der Tätigkeit „Einbau von genormten Baufertigteilen, Bodenleger“ eingetragen war. Bis einschließlich November 2007 nahm die Beklagte am Sozialkassenverfahren teil und zahlte an die Klägerin für den Zeitraum Januar 2007 bis November 2007 abzüglich eines Erstattungsbetrags Beiträge in der Gesamthöhe von 5.808,16 Euro. Mit Schreiben vom 21. Februar 2008 teilte die Beklagte der Klägerin ua. mit, der Betrieb sei seit dem 15. Januar 2007 im Installations- und Montagebereich von Kernspintomographen und Röntgengeräten tätig, und bat, das Mitgliedskonto zu schließen. Mit Schreiben vom 22. April 2008 erklärte sie, ihr Betrieb habe sich seit Januar 2007 auf die Installation von medizinischen Geräten (*MRT, CT, OP*) und Industriemontagen für den Forschungsbereich spezialisiert. Im März 2008 ließ sie beim Gewerberegister der Stadt U ihre Tätigkeit als „Installation von med. Geräten (Einbau)“ eintragen. Mit Schreiben vom 22. August 2008 teilte sie der Klägerin mit, die von ihr montierten Kabinen

4

würden beim Statistischen Bundesamt als „vorgefertigtes Gebäude, das keine Verbindung zum Hauptgebäude hat“, geführt.

Im Betrieb der Beklagten wird überwiegend die Montage von Hochfrequenzkabinen (*Abschirmgehäuse*) für Kernspintomographen für die A GmbH ausgeführt. Im Kalenderjahr 2007 entfielen von insgesamt 640 Montagetag 480 Montagetage und im Kalenderjahr 2008 von 830 Montagetag 450 Montagetage auf die Montage solcher Kabinen. Tomograph und Kabine werden vom Kunden zusammen bestellt und an ihn verkauft. Ein Kernspintomograph wird vornehmlich zur Untersuchung von Weichteilen im Gehirn eingesetzt und empfängt kleinste elektrische Signale aus dem Körper des Patienten. Diese Signale sind ohne ein Abschirmgehäuse nicht erfassbar und würden unter den zahlreichen Störsignalen untergehen. Dementsprechend muss im Rahmen der Diagnostik mit Kernspintomographen der Magnet vor sämtlichen Störfaktoren sicher abgeschirmt werden. Neben den Störungen durch Radio- und Funkwellen sowie elektromagnetische Quellen können bewegte Massen, wie etwa Fahrzeuge oder Aufzüge im weiteren Umfeld des Installationsorts, das Magnetfeld beeinflussen. Durch den Einsatz von Hochfrequenzkabinen werden diese Störquellen ausgeschlossen. Ohne abschirmende Kabine liefert der Tomograph keine oder fehlerhafte Ergebnisse. Alle Bauteile der Hochfrequenzkabinen, wie Wände, Decken und Böden, sind komplett vorgefertigt. Sie bestehen aus Aluminium, verzinktem Stahlblech oder Kupfer. Die Anbringung und Montage dieser Bauteile, die verschraubt oder verschweißt werden, erfolgt durch qualifizierte Arbeitnehmer der Beklagten in einem Zeitraum von zehn bis zwölf Tagen nahezu schmutzfrei. Die Bauteile werden vor Ort so miteinander verbunden, dass sämtliche Teile untereinander leiten und ein Faraday'scher Käfig entsteht. In ihm befindet sich der Kernspintomograph. Die Kabine ist freitragend und wird auf Teichfolie installiert. An einem Punkt ist sie geerdet. Die Verkabelung der Kabine und die Tests mit dem Kernspintomographen werden von den Arbeitnehmern der Beklagten ausgeführt.

5

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei zur Teilnahme am Sozialkassenverfahren verpflichtet, weil sie Trocken- und Montagebauarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 VTV ausübe. Sie montiere vorwiegend vorgefertigte Wände und Decken. Nicht entscheidend sei, aus welchem Material diese seien. Durch die Montagebautätigkeit werde der erstellte Raum seinem bestimmungsgemäßen Zweck im Rahmen des Gesamtbauwerks „Krankenhaus“ zugeführt. 6

Die Klägerin hat nach Verrechnung einer Erstattungsleistung der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse (*ULAK*) in Höhe von 806,69 Euro beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 24.378,16 Euro zu zahlen. 7

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und widerklagend, die Klägerin zu verurteilen, an sie 5.808,16 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17. Januar 2009 zu zahlen. 8

Sie hat die Ansicht vertreten, sie nehme seit Januar 2007 nicht mehr am Sozialkassenverfahren des Baugewerbes teil. Die Erstellung einer Hochfrequenzkabine sei keine bauliche Tätigkeit, insbesondere keine Montagebauarbeit und lasse sich mit dem Aufstellen einer Wand nicht vergleichen. Die Arbeiten stünden nicht im Zusammenhang mit der Erstellung eines Bauwerks. Das Gebäude sei auch ohne die Hochfrequenzkabine funktionstüchtig. Die besonderen Kabinen für die Kernspintomographen seien notwendige Teile eines medizinischen Geräts. Tomograph und Abschirmgehäuse bildeten eine notwendige, untrennbare Einheit und führten nur zusammen zur Funktionsfähigkeit des medizinischen Geräts. Die Größe des aus Metallteilen geschweißten und verschraubten Faraday'schen Käfigs hänge nicht vom Raum, sondern vielmehr von der Größe des Tomographen ab. 9

Die Klägerin hat beantragt,  
die Widerklage abzuweisen.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungs- und ihren Widerklageantrag weiter.

11

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch nach §§ 18, 19, 22 VTV auf Zahlung der Sozialkassenbeiträge. Der Betrieb der Beklagten fällt seit dem 15. Januar 2007 nicht mehr unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV. Deshalb besteht auch der mit der Widerklage geltend gemachte Rückzahlungsanspruch für die ab 15. Januar 2007 geleisteten Beiträge nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB.

12

A. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung der begehrten Sozialkassenbeiträge für die Jahre 2008 und 2009. Der Betrieb der Beklagten wurde in diesem Zeitraum nicht vom Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen VTV erfasst.

13

I. Die Anwendbarkeit des allgemeinverbindlichen VTV hängt davon ab, ob in den Zeiträumen Januar bis Mai 2008 sowie September 2008 bis April 2009 im Betrieb der Beklagten arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten ausgeführt wurden, die unter die Abschn. I bis V des § 1 Abs. 2 VTV fielen. Auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst sowie auf handels- oder gewerberechtliche Kriterien kommt es dabei nicht an. Für den Anwendungsbereich des VTV reicht es aus, wenn in dem Betrieb überwiegend ein oder mehrere der in den Beispielen des § 1 Abs. 2 Abschn. IV oder Abschn. V VTV genannten Tätigkeiten ausgeübt werden. Der Betrieb wird dann stets von

14

dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst, ohne dass die allgemeinen Merkmale der Abschn. I bis III VTV zusätzlich geprüft werden müssen (*st. Rspr.*, zB BAG 15. Juni 2011 - 10 AZR 861/09 - Rn. 12; 17. November 2010 - 10 AZR 845/09 - Rn. 21; 1. April 2009 - 10 AZR 593/08 - Rn. 16 mwN). Nur wenn in dem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend nicht die in Abschn. IV und Abschn. V des § 1 Abs. 2 VTV genannten Beispielstätigkeiten ausgeführt werden, muss darüber hinaus geprüft werden, ob die ausgeführten Tätigkeiten die allgemeinen Merkmale der Abschn. I bis III erfüllen (BAG 15. Juni 2011 - 10 AZR 861/09 - Rn. 12; 17. November 2010 - 10 AZR 845/09 - Rn. 21; 15. November 2000 - 10 AZR 621/99 - zu II 2 der Gründe).

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass im Betrieb der Arbeitge- 15  
berin überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet werden, obliegt der  
Klägerin (*vgl. BAG 28. April 2004 - 10 AZR 370/03 - zu II 1 b der Gründe, AP  
TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 264*).

II. Nach diesen Grundsätzen ist nicht davon auszugehen, dass im Betrieb 16  
der Beklagten arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten ausge-  
führt wurden.

1. Der Betrieb der Beklagten erfüllte keines der Regelbeispiele des § 1 17  
Abs. 2 Abschn. IV oder Abschn. V VTV.

a) Ob bei der Erstellung von Hochfrequenzkabinen für Kernspintomogra- 18  
phen technische Dämm-(Isolier-)Arbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. IV Nr. 3 oder  
Dämm-(Isolier-)Arbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 9 ausgeführt werden,  
erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil Dämm-(Isolier-)Arbeiten im Sinne der  
Tarifnormen ein bestehendes Substrat oder bereits bestehende Leitungen  
und/oder Kanäle voraussetzen, an denen Abschirmungen an- oder aufgebracht  
werden.

b) Vom fachlichen Geltungsbereich des VTV werden jedenfalls solche 19  
Betriebe nicht erfasst, deren Dämm- oder Isolierarbeiten integrale Bestandteile  
des erstellten (*medizinischen*) Geräts sind. Dieses wird nicht isoliert, sondern  
erstmalig hergestellt. Dabei handelt es sich auch nicht um Bautätigkeit.



- aa) Bauliche Leistungen umfassen alle Arbeiten, die irgendwie - wenn auch nur auf einem kleinen und speziellen Gebiet - der Errichtung und Vollendung von Bauwerken oder auch der Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken zu dienen bestimmt sind, sodass diese in vollem Umfang ihre bestimmungsgemäßen Zwecke erfüllen können (*vgl. BAG 15. Februar 2006 - 10 AZR 270/05 - zu II 2 c aa der Gründe mwN*). Keine baulichen Leistungen liegen hingegen vor, wenn die Arbeiten an anderen, nicht zum Bauwerk gehörenden Teilen ausgeführt werden und nicht für ein Bauwerk prägend sind (*vgl. zur Abgrenzung auch BAG 17. November 2010 - 10 AZR 845/09 - Rn. 30*). 20
- bb) Beim Aufbau und der Montage einer Hochfrequenzkabine wird kein Bauwerk erstellt oder instandgesetzt. Die Abschirmgehäuse sind nicht Teil eines Bauwerks, wie beispielsweise ein Reinraum, sondern notwendiger und integraler Bestandteil des medizinischen Geräts „Kernspintomograph“. Tomograph und Hochfrequenzkabine bilden eine notwendige technische Einheit. Zwar dient die Hochfrequenzkabine auch der Abschirmung, nämlich der Abschirmung des Geräts gegen äußere Einflüsse einerseits und der Abgabe von elektromagnetischen Wellen des Geräts andererseits. Im Vordergrund steht jedoch die Funktionsfähigkeit des Kernspintomographen. Die Hochfrequenzkabine ist in erster Linie notwendige Voraussetzung für die Inbetriebnahme des medizinischen Geräts. Ohne ein Abschirmgehäuse lassen sich die Signale aus dem menschlichen Körper nicht erfassen. Das „Gehäuse“, der Faraday'sche Käfig, ist notwendiger Bestandteil des medizinischen Geräts und nicht eigenständiges Bauwerk oder Bestandteil des Gebäudes. Ohne die Hochfrequenzkabine funktioniert der Tomograph nicht. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Hochfrequenzkabine damit kein Teil des Gesamtbauwerks „Krankenhaus“. 21
- c) Da die Beklagte keine „baulichen“ Leistungen erbringt, führt sie auch keine Trocken- und Montagebauarbeiten iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 VTV aus. Die Montagearbeiten an einer Hochfrequenzkabine führen nicht ein Bauwerk, sondern einen Kernspintomographen seinem bestimmungsgemäßen Zweck zu. Deshalb kann dahinstehen, ob durch den Aufbau und die Montage 22

der Kabinenwände die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 37 erfüllt werden, nach denen Trockenbaumontage bedeutet, industriell hergestellte Fertigteile - vor allem plattenförmig vorgefertigte, nicht mehr wesentlich veränderte Bauteile verschiedener Materialien - zu montieren (BAG 15. Juni 2011 - 10 AZR 861/09 - Rn. 15; 15. Februar 2006 - 10 AZR 270/05 - Rn. 15; 23. Oktober 2002 - 10 AZR 225/02 - zu II 2 a der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 255 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 115).

2. Da im Betrieb der Beklagten keine baulichen Leistungen iSd. VTV erbracht werden, sind auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Abschn. I bis III VTV nicht erfüllt. 23

Gemäß § 1 Abs. 2 Abschn. II werden nur solche Betriebe vom VTV erfasst, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich bauliche Leistungen erbringen, die der Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Auch daran fehlt es im Streitfall. 24

B. Die Widerklage der Beklagten ist begründet. 25

I. Der Beklagten steht der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der für 2007 geleisteten Sozialkassenbeiträge nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Diese Beiträge hat die Beklagte ohne Rechtsgrund gezahlt, da sie nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und den Erklärungen der Prozessparteien im Termin vom 14. Dezember 2011 ab Januar 2007 arbeitszeitlich überwiegend nur noch Hochfrequenzkabinen für Kernspintomographen erstellt und damit keine beitragspflichtigen baulichen Leistungen mehr erbracht hat. 26

II. Der Zinsanspruch der Beklagten ergibt sich aus § 288 Abs. 2, § 291 BGB iVm. §§ 253, 261 ZPO. 27

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

28

Mikosch

Mestwerdt

Eylert

Baschnagel

Buschmann