

BUNDESARBEITSGERICHT

BAG-Urteil vom 28. 7. 2004, 10 AZR 580/03

Sozialkassen - Auskunftsklage – Entschädigungshöhe.

Die Höhe der Entschädigung bei einer Auskunftsklage der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes gemäß § 61 Abs. 2 ArbGG ist in der Regel mit 80 % der erwarteten Beitragssumme zu berechnen. Eine generelle Bemessung mit 25 % widerspricht den Zwecken der Vorschrift, einerseits Druck auf tarifunterworfenen Arbeitgeber auszuüben, wahrheitsgemäße Auskünfte zu erteilen, und andererseits im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit nicht von vornherein den Gläubiger dazu zu zwingen, neben der Auskunftsklage noch eine (Mindest-) Beitragsklage zu erheben.

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 13. Mai 2003 - 15 Sa 896/01 - wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufgehoben, als es auf die Berufung des Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 10. April 2001 - 8 Ca 942/00 - teilweise abgeändert hat. Auch insofern wird die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.
3. Der Beklagte hat auch die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte für die Zeiträume von April bis Juni 1999 Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes zu leisten und von Dezember 1999 bis März 2000 Auskünfte zu erteilen und im Falle nicht fristgerechter Auskunftserteilung eine Entschädigung zu leisten hat, deren Höhe ebenfalls im Streit ist. Die Auskunftsklage für den Zeitraum von Juli bis November 1999 ist übereinstimmend für erledigt erklärt worden.

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 Beklagte, der eine Altersrente von 564,31 Euro monatlich bezieht, ist Eigentümer von mindestens 48 Wohneinheiten und 60 Garagen, aus deren Vermietung er seinen Lebensunterhalt und die Altersvorsorge bezieht. Er beschäftigt ständig eine Vielzahl von Arbeitnehmern, um die ihm gehörenden Wohneinheiten zum Zweck der Vermietung in Stand zu halten und zu verwalten. Die Arbeitnehmer sind in seinem Betrieb ferner im Rahmen von Fliesenverlegungsarbeiten für Dritte, Handel mit Fliesen und Klinkern (einschließlich Ausstellung) und Mietbuchhaltung (einschließlich Schriftverkehr) beschäftigt.

Die Tätigkeiten der gewerblichen Arbeitnehmer im Rahmen der Fliesenverlegung für Dritte und im Rahmen der Arbeiten an den eigenen Immobilienobjekten überwogen zusammengerechnet deutlich, wobei dieses Überwiegen nur durch die Einbeziehung der Arbeiten an den eigenen Immobilienobjekten zustande kam. Der Beklagte führte für die verschiedenen Tätigkeitsbereiche keine gesonderte Buchhaltung. Alle Mitarbeiter waren steuerlich einem einheitlichen Gewerbebetrieb zugeordnet.

Die ZVK hat die Ansicht vertreten, der Betrieb des Beklagten sei im Klagezeitraum dem Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) unterfallen. Der VTV sei mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Sämtliche baugewerblichen Arbeitgeber würden durch die darin enthaltenen Pflichten gleich behandelt. Die Differenzierung nach Arbeitern und Angestellten und nach neuen und alten Bundesländern sei sachgerecht. Die beantragte Entschädigung sei der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts folgend auf 80 % der entgehenden mutmaßlichen Beiträge festzusetzen. Die ZVK sei wegen ihrer satzungsgemäßen Aufgaben zuallererst an wahrheitsgemäßen Auskünften interessiert. Als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit sei sie verpflichtet, Rückstellungen für den späteren Beginn von Leistungen zu bilden und unterliege insoweit dem Bundesaufsichtsamt für Finanzdienstleistungen. Hierzu benötige sie korrekte Auskünfte. Sie müsse nach ihrer Satzung außerdem jährlich den von den tarifunterworfenen Unternehmen zu zahlenden Beitrag durch ein versicherungsmathematisches Gutachten berechnen lassen. Ferner könne es bei einer zu niedrig festgesetzten Entschädigungssumme für den Unternehmer attraktiv sein, nur die Entschädigungssumme zu zahlen, statt die Auskunft zu erteilen. Dies könne nach längerem Zeitablauf durch den Verfall der Ansprüche nach vier Jahren zur Folge haben, dass solche Zeiträume für die ZVK rechtskräftig abgeschlossen würden. Es sei tarifwidrig, wenn sich solche Arbeitgeber sanktionslos Beiträge zu Lasten der tariftreuen Arbeitgeber ersparen könnten.

Die ZVK hat in zunächst getrennt geführten und vom Landesarbeitsgericht verbundenen Rechtsstreiten für die Zeit von April bis Juni 1999 Beiträge iHv. 20.451,26 DM (10.456,56 Euro) verlangt, wovon 20.086,16 DM auf gewerbliche Arbeitnehmer und 365,10 DM auf Angestellte entfielen. Da sie mittlerweile Mindestbeitragsklagen für die Zeit von Juli bis November 1999 erhoben hat und deshalb die Auskunftsklage für diesen Zeitraum übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist, verlangt sie nunmehr noch die tarifvertraglich vorgesehenen Auskünfte für den Zeitraum von Dezember 1999 bis März 2000 und für den Fall nicht fristgerechter Auskunftserteilung eine Entschädigungssumme von 24.360,00 DM.

Die ZVK hat zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 1. ihr auf dem vorgeschriebenen Formular Auskunft darüber zu erteilen, 1. 1 wie viele Arbeitnehmer, die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten, in den Monaten Dezember 1999 bis März 2000 in dem Betrieb des Beklagten beschäftigt wurden, welche Bruttolohnsumme und welche Sozialkassenbeiträge insgesamt für diese Arbeitnehmer in den jeweils genannten Monaten angefallen sind, 1. 2 wie viele Angestellte, die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten - ausgenommen sind geringfügig Beschäftigte im Sinne des § 8 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) - in den Monaten Dezember 1999 bis März 2000 in dem Betrieb des Beklagten beschäftigt wurden und welche Zusatzversorgungsbeiträge in den jeweils genannten

Monaten angefallen sind, und 2. für den Fall, dass diese Verpflichtung zur Auskunftserteilung innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Urteilszustellung nicht erfüllt wird, an sie folgende Entschädigung zu zahlen: zu Nr. 1. 1: 24.000,00 DM, zu Nr. 1. 2: 360,00 DM, Gesamtbetrag: 24.360,00 DM.

Der Beklagte hat seinen Klageabweisungsantrag damit begründet, dass er dem VTV nicht unterfalle. Der abgrenzbare Tätigkeitsbereich "Immobilien" sei kein Gewerbebetrieb. Beim Erwerb und der Vermietung der Gebäude handele es sich um eine typische Kapitalanlage. Die ZVK habe zudem nicht dargelegt, dass in den Immobilienobjekten baugewerbliche Tätigkeiten arbeitszeitlich überwiegend erbracht worden seien. Die angefallenen Maler-, Installations- und Schreinerarbeiten unterfielen nicht dem VTV. Dieser verstoße außerdem gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da er für angestellte Arbeitnehmer weder Beiträge für ein Urlaubsverfahren noch für einen Lohnausgleich in der Winterperiode oder eine Berufsausbildung vorsehe, während ein derartiges Beitragsverfahren für gewerbliche Arbeitnehmer bestehe. Für diese Differenzierung fehle es an einem Sachgrund. Es sei nicht nachgewiesen, dass gewerbliche Arbeitnehmer häufiger den Arbeitsplatz wechselten. Die unterschiedliche Beitragshöhe knüpfe allein an die Einordnung eines Arbeitnehmers als Arbeiter oder Angestellter an. Ferner sei die in § 18 VTV vorgenommene Differenzierung der Beitragshöhe nach Arbeitgebern in den neuen und in den alten Bundesländern sachlich nicht mehr gerechtfertigt, da sich die Lebensverhältnisse zwischenzeitlich weitgehend aneinander angepasst hätten.

Das Arbeitsgericht hat den Klagen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten hinsichtlich des Auskunftsanspruchs die von der Klägerin verlangte Entschädigungssumme auf 25 % der mutmaßlichen Beiträge reduziert und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Mit ihren Revisionen verfolgen beide Parteien ihre Anträge weiter und beantragen jeweils, die Revision der anderen Seite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist unbegründet, während die Revision der Klägerin begründet ist. Der Beklagte hat die geltend gemachten Beiträge zu zahlen und die Auskünfte zu erteilen. Die Entschädigungssumme war in der von der ZVK beantragten Höhe festzusetzen.

I.

Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass der Beklagte die Beiträge und die Auskünfte grundsätzlich schulde, da sein Betrieb im Klagezeitraum dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV unterfallen sei. Arbeitszeitlich hätten die baugewerblichen Tätigkeiten, nämlich Fliesenverlegungsarbeiten für Dritte und an den eigenen Immobilienobjekten des Beklagten, überwogen. Die Errichtung und/oder Instandsetzung von Gebäuden zum Zwecke der Vermietung durch den Eigentümer stelle keine Nutzung des Eigentums mehr dar, wenn durch die baulichen Leistungen eine berufsmäßige, auf fortgesetzte Gewinnerzielung ausgerichtete Erwerbsquelle geschaffen werde. Dann würden die baulichen Leistungen an eigenen Immobilien im Rahmen eines einheitlichen Gewerbebetriebs erbracht, und das Gesamtbild ergebe, dass die baulichen Leistungen als gewerblich einzustufen seien. Da der Beklagte die verschiedenen Tätigkeitsbereiche organisatorisch nicht getrennt habe, keine gesonderte Buchhaltung geführt und alle Mitarbeiter steuerlich einem einheitlichen Gewerbebetrieb zugeordnet habe, habe er einen

einheitlichen Gewerbebetrieb geführt. Es könne offen bleiben, ob die Verwaltung der Immobilien eine besonders umfangreiche berufsmäßige Tätigkeit erfordere.

Die Klage auf Entschädigung sei hingegen nur teilweise begründet. Die Entschädigungshöhe bei Auskunfts- und Entschädigungsklagen sei auf Grund einer typisierenden Betrachtung auf einen bestimmten Prozentsatz der mutmaßlichen Beiträge festzusetzen. Dieser Regelsatz sei aber nur mit 25 % und nicht mit 80 % anzusetzen. Die ZVK kenne regelmäßig die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer und könne daher bezifferte Mindestbeitragsklagen erheben. Dies praktiziere sie auch seit Jahren ohne vorangehende Auskunftserteilung. Durch die Festsetzung von Mindestlöhnen im Baugewerbe stehe auch eine untere Lohngrenze fest. Der potentielle Schaden der ZVK, der dadurch entstehen könne, dass sie mangels Auskünften die Beitragssumme nicht exakt errechnen oder die Mindestbeitragsklagen schwierig durchzuführen sein könnten, sei regelmäßig mit 25 % der mutmaßlichen Beiträge anzusetzen. Der Wunsch, Druck auf die tarifunterworfenen Arbeitgeber ausüben zu wollen, die Auskünfte korrekt zu erteilen, rechtfertige keine höhere Entschädigungssumme.

II.

Dem folgt der Senat nur hinsichtlich der Verurteilung des Beklagten zur Beitragszahlung und Auskunftserteilung.

1. Die rechnerisch unstrittigen Beiträge schuldet der Beklagte gem. §§ 24, 25 iVm. § 29 VTV vom 12. November 1986 in den Fassungen vom 28. Januar 1999 und 9. April 1999. Die Auskunftsansprüche sind begründet aus § 27 VTV 1986 idF vom 26. Mai 1999 und für die Zeit ab 1. Januar 2000 aus § 21 VTV vom 20. Dezember 1999.

a) Die für allgemeinverbindlich erklärten Verfahrenstarifverträge in ihren 1999 und 2000 geltenden Fassungen sind wirksam. Ihre die Auskunfts- und Beitragspflicht der Arbeitgeber regelnden Bestimmungen verstoßen nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Allgemeinverbindliche Tarifverträge sind am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen (BVerfG 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74 und 439/79 - BVerfGE 55, 7). Die richterliche Kontrolle von Tarifverträgen wird wiederum dadurch begrenzt, dass die Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistet wird. Die Tarifvertragsparteien haben eine Einschätzungsprärogative, soweit es um die Beurteilung der tatsächlichen Regelungsprobleme und der Regelungsfolgen geht und einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum, soweit es um die inhaltliche Gestaltung der Regelungen geht. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte zu prüfen, ob die Tarifvertragsparteien die sachgerechteste und zweckmäßigste Lösung für das Problem gefunden haben (BAG 29. August 2001 - 4 AZR 352/00 - BAGE 99, 31).

Den ihnen danach zustehenden Gestaltungsspielraum haben die Tarifvertragsparteien in den hier anwendbaren Fassungen des VTV nicht überschritten. Der Gleichheitsgrundsatz verbietet es ihnen, in einem oder auch in getrennten Tarifverträgen gleiche Sachverhalte ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln. Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten anders behandelt wird als eine andere, obwohl zwischen den Gruppen keine Unterschiede von solchem Gewicht bestehen, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können (BAG 18. Oktober 2000 - 10 AZR 503/99 - BAGE 96, 72 mwN).

aa) Danach ist der VTV nicht wegen der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitern und Angestellten unwirksam. Zwar werden für beide Arbeitnehmergruppen lediglich Beiträge zur tariflichen Zusatzversorgung eingezogen, während der Arbeitgeber ausschließlich für gewerbliche Arbeitnehmer Urlaubskassen- und Lohnausgleichskassenbeiträge sowie Beiträge zur beruflichen Bildung zu zahlen hat, jedoch beruht diese unterschiedliche Behandlung auf sachlichen Gründen. Dies hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts im Urteil vom 25. Juni 2002 (- 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357) eingehend begründet. Der erkennende Senat hat sich dem im Urteil vom 13. Mai 2004 (- 10 AZR 120/03 -) angeschlossen. Es besteht kein Anlass, hiervon abzuweichen. Ob Arbeiter und Angestellte in unterschiedlichem Maße ihren Arbeitsplatz wechseln, ist solange unerheblich, wie die Tarifvertragsparteien das Ziel verfolgen, eine höhere Fluktuation der gewerblichen Arbeitnehmer zu ermöglichen und Angestellte stärker an den Betrieb zu binden (BAG 18. Oktober 2000 - 10 AZR 503/99 - BAGE 96, 72). Die unterschiedliche Behandlung der Urlaubsvergütung bei gewerblichen Arbeitnehmern und Angestellten beruht auf unterschiedlichen Vergütungssystemen und ist deshalb nicht zu beanstanden. Die Differenzierung hinsichtlich der Berufsbildung beruht darauf, dass es im Baugewerbe nur im gewerblichen Bereich anerkannte Berufsbilder gibt (Hessisches LAG 13. Januar 2003 - 16 Sa 142/02 -).

bb) Die in §§ 2 ff., 33 ff., 72 ff. VTV 1986 und in § 18 VTV 2000 vorgenommene Differenzierung der Beitragshöhe nach Arbeitgebern in den alten und in den neuen Bundesländern ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung Deutschlands grundsätzlich anerkannt, dass die Tarifvertragsparteien bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen den unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnissen in beiden Teilen Deutschlands Rechnung tragen dürfen. Die Tarifvertragsparteien sind rechtlich nicht gehindert, regional unterschiedliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, um unterschiedlichen wirtschaftlichen Umständen Rechnung zu tragen (BAG 15. April 1999 - 6 AZR 571/97 -; 23. April 1997 - 10 AZR 603/96 - AP BAT §§ 22, 23 Zulagen Nr. 22 = EzA BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 72; 30. Juli 1992 - 6 AZR 11/92 - BAGE 71, 68).

Die allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse im Beitrittsgebiet rechtfertigen nach wie vor die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Differenzierung der Beitragshöhe je nach Ort des Betriebssitzes des Arbeitgebers, auch wenn in einigen Gebieten der alten Länder ebenfalls schwächere Wirtschaftsdaten als in anderen festgestellt würden. Der wirtschaftliche Anpassungs- und Aufholprozess in den neuen Bundesländern hat sich in den letzten Jahren deutlich verlangsamt. So erreichte die ostdeutsche Wirtschaftsleistung pro Kopf der Bevölkerung im Jahr 2002 mit 62,7 % der Leistung in den alten Bundesländern in etwa den Wert der vorangegangenen Jahre (Jahresbericht der Bundesregierung zum Stand der Deutschen Einheit 2003 S. 9). Die Tarifvertragsparteien sind auch nicht gehindert, nach wie vor generell zwischen den alten und den neuen Bundesländern zu differenzieren. Die heterogene wirtschaftliche Entwicklung innerhalb der neuen Länder fällt derzeit für eine Beurteilung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG nicht entscheidend ins Gewicht (BVerfG 12. Februar 2003 - 2 BvL 3/00 - BVerfGE 107, 218, 249).

Das Bundesverfassungsgericht hat in der vom Beklagten angeführten Entscheidung vom 28. Januar 2003 (- 1 BvR 487/01 - BVerfGE 107, 133) die Gebührenermäßigung für die berufliche Tätigkeit von Rechtsanwälten mit Kanzleisitz im Beitrittsgebiet wegen der Angleichung der berufsrechtlichen Rahmenbedingungen (Aufgabe des Lokalisationsprinzips und Wegfall der Beschränkungen der

Postulationsfähigkeit) für verfassungswidrig erachtet, nicht aber wegen einer weitgehenden Angleichung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Ferner hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass sich die in diesem Urteil genannten Gründe nicht verallgemeinern lassen (BVerfG 12. Februar 2003 - 2 BvL 3/00 - BVerfGE 107, 218, 251).

cc) Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt auch nicht darin, dass der Beklagte meint, der VTV führe zu einer Ungleichbehandlung der Bauarbeitgeber untereinander. Er trägt vor, dass große Unternehmen die gewerblichen Arbeiten vorwiegend an kleinere Nachunternehmer vergäben und selbst nahezu nur noch Angestellte beschäftigen, für die sie geringe Beiträge zu zahlen hätten, während die kleinen Nachunternehmer mit der hohen Beitragslast für die gewerblichen Arbeitnehmer belastet würden. Zum einen beruht diese Ansicht auf neuem Sachvortrag, der in der Revisionsinstanz nicht mehr zu berücksichtigen ist; zum anderen übersieht der Beklagte, dass - unterstellt, es verhielte sich so wie von ihm vorgetragen - die Nachunternehmer die an die Sozialkassen zu leistenden Beiträge in ihre Kostenkalkulation und damit auch in ihre Preisberechnung einzustellen haben, so dass die beauftragenden Unternehmen wegen der Beitragslast durch eine Fremdvergabe nicht bessergestellt werden.

Soweit der Beklagte meint, dass durch Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und Werkunternehmer Wettbewerbsverzerrungen eintreten, liegt hierin ebenfalls kein zur Nichtigkeit des Beitragsverfahrens führender Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber hat versucht, dem durch das Arbeitnehmerentsendegesetz entgegenzuwirken. Solange sich Bauunternehmer tarif- und gesetzestreu verhalten, können zwei Gruppen von Bauunternehmen gar nicht entstehen. Die alle grundsätzlich in gleichem Maße treffende Beitragspflicht soll dies verhindern. Tarifwidriges Verhalten ist nicht geeignet, einen Gleichheitsverstoß gegenüber tariftreuem Verhalten zu begründen.

Nicht nachzuvollziehen ist das Argument des Beklagten, Bauarbeitgeber würden grundgesetzwidrig gegenüber Arbeitgebern anderer Branchen benachteiligt, wenn sie die im VTV vorgesehenen Beiträge zu entrichten hätten. Unterschiedliche Verhältnisse in unterschiedlichen Branchen bei jeweils auf eine Branche begrenzten Tarifvertragssystemen sind die natürliche Folge der Tarifautonomie, die in Art. 9 Abs. 3 GG garantiert ist. Art. 3 Abs. 1 GG kann allein dadurch nicht verletzt sein.

b) Der Beklagte hat einen Gewerbebetrieb geführt, der im Anspruchszeitraum vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst wurde. Das ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats dann der Fall, wenn in einem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt werden, die unter die Abschnitte I bis V des § 1 Abs. 2 VTV fallen. Auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz oder Verdienst bzw. auf handels- oder gewerberechtliche Kriterien kommt es dabei nicht an (zB BAG 22. Januar 1997 - 10 AZR 223/96 - BAGE 85, 81). Werden nicht für das gesamte Kalenderjahr Auskünfte oder Beiträge begehrt und war der Betrieb im gesamten Kalenderjahr tätig, ist grundsätzlich dieser Zeitraum der Beurteilung zugrunde zu legen (st. Rspr., zB BAG 25. Juli 2001 - 10 AZR 483/00 - BAGE 98, 250).

aa) Der Beklagte hat einen Betrieb im Sinne der tariflichen Vorschrift geführt.

Unter einem Betrieb iSd. § 1 Abs. 2 VTV ist die organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen (BAG 26. April 1989 - 4 AZR 17/89 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 115). Der Beklagte hat in den Jahren 1999 und 2000 mit seinen Arbeitnehmern

Fliesenverlegearbeiten für Dritte durchgeführt, mit Fliesen und Klinkern gehandelt und zum Zwecke der Vermietung eigene Immobilienobjekte durch Instandsetzung saniert und in Stand gehalten. Auch die Arbeiten an den eigenen Immobilienobjekten erschöpften sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf, sondern hatten im Wesentlichen die Vermietung auf dem Immobilienmarkt zum Ziel (vgl. Senat 3. Dezember 2003 - 10 AZR 107/03 -), selbst wenn man den Vortrag des Beklagten als wahr unterstellt, er nutze zwei der 48 Wohneinheiten selbst als Ferienwohnungen.

bb) Der Beklagte war im Klagezeitraum auch gewerblich tätig.

Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes haben in den tariflichen Vorschriften den Gewerbebegriff in Bezug genommen, der dem staatlichen Gewerberecht zugrunde liegt. Dieser umfasst alle erlaubten selbstständigen Tätigkeiten, die auf nachhaltige Gewinnerzielung gerichtet sind und fortgesetzt ausgeübt werden, unter Ausschluss der Urproduktion, des öffentlichen Dienstes und der freien Berufe. Ein Gewerbebetrieb liegt auch vor, wenn das Motiv der jeweiligen Tätigkeit in einer nachhaltigen Vermögensvermehrung besteht (BAG 20. April 1988 - 4 AZR 646/87 - BAGE 58, 116; vgl. auch 11. März 1998 - 10 AZR 220/97 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 204 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 88).

Die Tätigkeit des Beklagten war auch insoweit auf eine nachhaltige Vermögensvermehrung ausgerichtet, als er Arbeiten an eigenen Immobilienobjekten ausführte. Der Beklagte hat selbst vorgetragen, dass diese Tätigkeiten dazu dienen sollten, für ihn eine Alterssicherung aufzubauen (vgl. BAG 3. Dezember 2003 - 10 AZR 107/03 -). Auch die erhebliche Anzahl von 46 vermieteten oder zur Vermietung anstehenden Wohneinheiten und die Tatsache, dass er zur Verwaltung der Wohnungen eigens hierfür eingestellte Mitarbeiter beschäftigt, sprechen für eine gewerbliche Tätigkeit des Beklagten. Inwieweit er die beabsichtigten Gewinne tatsächlich realisiert, ist für die Frage der Gewerblichkeit unerheblich.

cc) Die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe seine richterliche Hinweispflicht nach § 139 Abs. 2 ZPO dadurch verletzt, dass es ihn nicht genügend auf die mangelnde Erheblichkeit seines Vortrags hingewiesen habe, geht fehl.

Im Falle dieser Rüge muss die Revisionsbegründung gem. § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ZPO die Bezeichnung der Tatsachen enthalten, die den Mangel ergeben. Der Revisionsführer hat anzugeben, was er auf einen entsprechenden Hinweis vorgebracht hätte. Dabei ist der unterbliebene Vortrag vollständig nachzuholen und darzulegen, dass hierdurch die Entscheidung beeinflusst worden wäre (BAG 27. Januar 2004 - 1 AZR 105/03 -; 12. April 2000 - 5 AZR 704/98 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 72; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 4. Aufl. § 74 Rn. 39). Der Beklagte hat in seiner Revisionsbegründung aber nicht dargelegt, was er nach einem entsprechenden Hinweis vorgetragen hätte.

dd) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, sind die Fliesenverlegearbeiten nach § 1 Abs. 2 Abschnitt V Nr. 15 VTV und die Arbeiten an den eigenen Immobilienobjekten gem. § 1 Abs. 2 Abschnitt II VTV als baugewerbliche Tätigkeiten anzusehen, da letztere der Erstellung, Instandsetzung und Instandhaltung von Bauwerken dienen. Die Tarifvertragsparteien haben nicht nur das sogenannte Bauhauptgewerbe erfassen wollen, sondern auch das sogenannte Baunebengewerbe (BAG 3. Dezember 2003 - 10 AZR 107/03 -).

ee) Die Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV sind nicht erfüllt, auch soweit an den eigenen Immobilienobjekten Installations-, Maler- und Schreinerarbeiten ausgeführt worden sind. Die

dort erwähnten Ausnahmegewerke wurden, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, nicht jeweils zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit ausgeführt. Der Beklagte hat diese Feststellungen nicht gerügt.

ff) Die Beitrags- und Auskunftsansprüche betreffen sämtliche Arbeitnehmer des Betriebs der Beklagten, denn der Beklagte hat auch nicht vorgetragen, dass es sich bei dem Bereich "Immobilien" um eine selbstständige Betriebsabteilung iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. VI VTV handelt. Hierfür wäre es erforderlich gewesen darzulegen, dass sich dieser Bereich durch eine besondere personelle Einheit, organisatorische Abgrenzbarkeit, eigene technische Betriebsmittel und einen autonomen, spezifischen Zweck heraushebt und darüber hinaus eine auch für Außenstehende wahrnehmbare räumliche und organisatorische Abgrenzung erfahren hat (BAG 13. Mai 2004 - 10 AZR 120/03 - mwN).

2. Als Entschädigungssumme für den Fall der nicht fristgerechten Auskunftserteilung steht der ZVK ein Betrag von 80 % der zu erwartenden Beiträge zu.

a) Bei der Erfüllung der Auskunftsverpflichtung nach dem VTV handelt es sich um die Vornahme einer Handlung, bei der für den Fall, dass sie nicht binnen einer bestimmten Frist vorgenommen wird, auf Antrag des Klägers nach § 61 Abs. 2 ArbGG der Beklagte zur Zahlung einer vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung zu verurteilen ist. Maßgebend für die Festsetzung der Entschädigung, die entsprechend § 287 ZPO vorzunehmen ist, ist der Schaden, der dem Kläger unter Würdigung aller Umstände voraussichtlich dadurch entsteht, dass die Auskunft nicht erteilt wird. Eine auf dieser Grundlage erfolgte Festsetzung der Entschädigung durch das Landesarbeitsgericht ist vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüfbar, ob sie auf grundsätzlich falschen oder unsachlichen Erwägungen beruht, ob gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen worden ist oder ob wesentliche Umstände außer Betracht gelassen worden sind (BAG 6. Mai 1987 - 4 AZR 641/86 - AP ArbGG 1979 § 61 Nr. 7 = EzA ArbGG 1979 § 61 Nr. 15).

b) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Berufungsgerichts jedoch nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat die Entschädigungssumme nicht auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls iHv. 25 % der mutmaßlichen Beiträge festgesetzt, sondern ausdrücklich einen Regelfall angenommen.

aa) Das Landesarbeitsgericht geht zunächst noch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (27. August 1986 - 4 AZR 280/85 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 70) davon aus, dass die nach § 61 Abs. 2 ArbGG festzusetzende Entschädigung pauschal den Schaden ausgleichen soll, der durch die Unterlassung der Auskunftserteilung entstehen kann. Es stellt auch - wie das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung (zB 5. Juni 1985 - 4 AZR 533/83 - BAGE 48, 390; 25. Juni 2002 - 9 AZR 439/01 - BAGE 102, 1) - bei der Festlegung der Entschädigungshöhe für den Regelfall auf Grund typisierender Betrachtung auf einen bestimmten Prozentsatz der mutmaßlichen Beiträge ab, setzt diesen aber mit 25 vH an. Das Bundesarbeitsgericht hält im Regelfall 80 % der mutmaßlichen Beiträge als zu erwartenden Schaden für zutreffend. Es hat hierzu ausgeführt, dass das Interesse der Klägerin an der Auskunftserteilung einerseits geringer zu bewerten sei als die zu erwartende Beitragsleistung, da die Klägerin eine Beitragsforderung noch im Wege der Zahlungsklage geltend machen müsste. Andererseits müsse verhindert werden, dass der beklagte Arbeitgeber von vornherein die Auskunftserteilung im Hinblick darauf verweigere, dass die Entschädigungssumme wesentlich unter den zu leistenden Beiträgen liege. Zur Begründung seiner Ansicht führt das Landesarbeitsgericht demgegenüber aus, dass die ZVK auch ohne vorausgehende

Auskunftserteilung und ohne Verwendung von Stufenklagen eine Mindestbeitragsklage jedenfalls dann erheben könne und dies bei drohender Verjährung auch tue, wenn sie - wie regelmäßig - zumindest im Wesentlichen über die Zahl der beim beklagten Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer und die Höhe der Mindestvergütung informiert sei.

bb) Diese Rechtsauffassung steht mit den dogmatischen Grundlagen des Schadensersatzrechts nicht in Einklang und widerspricht außerdem Sinn und Zweck der Regelung in § 61 Abs. 2 ArbGG.

(1) Die ZVK muss sich nicht auf die Möglichkeit einer Mindestbeitragsklage verweisen lassen. Das Bundesarbeitsgericht lässt eine solche zwar zu (11. Juni 1997 - 10 AZR 525/96 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 200), diese ist aber nicht vorrangig gegenüber einer Klage nach § 61 Abs. 2 ArbGG. Das Unterlassen einer entsprechenden Klage stellt kein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB dar. Dagegen spricht schon das von der ZVK zu Recht herausgestellte primäre Interesse an einer wahrheitsgemäßen Auskunft und einem entsprechenden korrekten und vollständigen Beitragseinzug. Im Übrigen erscheint es auch wenig sinnvoll, einen auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch mit der Begründung teilweise zu verneinen, die ZVK könne insoweit einen (gleichfalls auf Geld gerichteten) Beitragsanspruch geltend machen (vgl. Palandt-Heinrichs BGB 63. Aufl. § 281 Rn. 5).

(2) Ausschlaggebend sprechen aber Sinn und Zweck des § 61 Abs. 2 ArbGG gegen die vom Landesarbeitsgericht vertretene Rechtsauffassung.

§ 61 Abs. 2 ArbGG soll das Gerichtsverfahren vereinfachen und beschleunigen, indem es dem Kläger ermöglicht, von vornherein dreierlei zu beantragen: Die Verurteilung zur Vornahme einer Handlung, eine Fristsetzung für deren Vornahme und eine Verurteilung zur Entschädigung für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs. Die Vorschrift dient der Prozesswirtschaftlichkeit (Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 62. Aufl. § 510b Rn. 2 zur insoweit inhaltlich gleichen Vorschrift des § 510b ZPO). Diesem Zweck läuft die Auslegung des Landesarbeitsgerichts zuwider. Da sich der Kläger schon im Hinblick auf seine Verpflichtung zum möglichst gleichmäßigen und vollständigen Beitragseinzug regelmäßig nicht mit einer zugesprochenen Entschädigung iHv. 25 % der mutmaßlichen Beiträge zufrieden geben dürfte, wäre er bei verweigerter Auskunft und gerichtlich nur in dieser Höhe festgelegter Entschädigung gezwungen, einen weiteren Prozess gegen den die Auskunft verweigernden Arbeitgeber zu führen, in dem er die Differenz zwischen den Mindestbeiträgen und dem bereits zugesprochenen Entschädigungsbetrag verlangen könnte (vgl. zur Anrechnung der Entschädigungssumme auf den Beitragsanspruch sowie zur Möglichkeit, den Beitragsanspruch auch noch nach Erwirkung einer Verurteilung zur Entschädigung geltend zu machen BAG 6. Mai 1987 - 4 AZR 641/86 - AP ArbGG 1979 § 61 Nr. 7 = EzA ArbGG 1979 § 61 Nr. 15). Der Kläger wäre also in jedem Fall gezwungen, statt eines künftig zwei Prozesse zu führen. § 61 Abs. 2 ArbGG bezweckt aber gerade, dem Gläubiger die Verfolgung seines Auskunfts- und ggf. Schadensersatzanspruches in einem Prozess zu ermöglichen, ohne dass die Voraussetzungen des § 259 ZPO vorliegen müssen, und dadurch zu einer beschleunigten und konzentrierten Rechtsverfolgung beizutragen (vgl. Stein/Jonas/Leipold ZPO 21. Aufl. § 510b Rn. 1f.). Die ZVK müsste in beiden Prozessen Ähnliches vortragen, nämlich ihre Annahmen zur Zahl und Vergütung der beim beklagten Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer. Auch bei der Klage auf Entschädigung muss sie eine substantiierte Schätzung der Beitragsschuld darlegen (BAG 27. August 1986 - 4 AZR 280/85 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 70).

Die denkbare Alternative, künftig keine Auskunftsklagen mehr zu erheben, sondern direkt einen Mindestbeitrag einzuklagen, stellt für die ZVK schon deshalb keinen gangbaren Weg dar, weil sie gehalten ist, die Beiträge exakt zu berechnen, und sie folglich ein Interesse an einer wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft des Arbeitgebers und damit an einer entsprechenden Auskunftsklage hat, jedenfalls solange tatsächlich Vergütungen gezahlt werden, die über den Mindestlöhnen liegen.

Weiterhin führt die vom Landesarbeitsgericht vertretene Auffassung jedenfalls für die Klagen der ZVK zur praktischen Bedeutungslosigkeit der Regelung in § 61 Abs. 2 ArbGG und widerspricht damit dem gesetzgeberischen Willen, dem Gläubiger eine weitere Reaktionsmöglichkeit zu eröffnen neben den Alternativen, einen Rechtsstreit um Auskunftserteilung zu führen, ohne den Antrag nach § 61 Abs. 2 ArbGG zu stellen, oder im Wege der Stufenklage zunächst Auskunftserteilung und ggf. nach der Vollstreckung einer entsprechenden Verurteilung Zahlung der dann feststehenden Beiträge zu verlangen (hierzu BAG 27. August 1986 - 4 AZR 280/85 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 70).

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Vorgehen nach § 61 Abs. 2 ArbGG auch dazu führen soll, den Arbeitgeber zur Erteilung der nach dem VTV geschuldeten Auskunft zu bewegen (BAG 6. Mai 1987 - 4 AZR 641/86 - AP ArbGG 1979 § 61 Nr. 7 = EzA ArbGG 1979 § 61 Nr. 15). Ein solcher Druck ist legitim. Die ZVK muss im Interesse aller Beitragszahler durchsetzen, dass alle Arbeitnehmer und die tatsächlich gezahlte Vergütung den Beiträgen zugrunde gelegt werden. Die ZVK hat weiterhin ihre gesetzlichen Verpflichtungen als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit zu beachten. Gegenwärtige und spätere Ansprüche der Arbeitnehmer müssen durch korrekte Berechnungen und Rückstellungen gedeckt sein. Eine korrekte Auskunftserteilung dürfte sodann auch häufig eine weitere Klage wegen eventueller Differenzbeträge entbehrlich machen.

3. Da die Rechtslage für die übereinstimmend für erledigt erklärten Auskunftsansprüche die gleiche ist, hat der Beklagte auch diesbezüglich die Kosten zu tragen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91a, 97 Abs. 1 ZPO.