

## **BUNDESARBEITSGERICHT**

**BAG-Urteil vom 13.5.2004, 10 AZR 120/03**

### **Sozialkassenverfahren im Baugewerbe – Installationsarbeiten.**

#### **Tenor**

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 17. September 2002 - 15 Sa 1740/98 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagten haben die Kosten der Revision wie Gesamtschuldner zu tragen.

#### **Tatbestand**

Die klagende Zusatzversorgungskasse für das Baugewerbe VVaG (im Folgenden: ZVK) ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien, die nach näherer Maßgabe der Bestimmungen des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) Beiträge zu den Sozialkassen von den tarifunterworfenen Arbeitgebern einzieht. Sie nimmt die Beklagte zu 1, deren Betrieb gemäß Bescheid des Landesarbeitsamtes Nordrhein-Westfalen vom 18. Mai 1999 seit 1. Januar 1995 nicht mehr in die Winterbauförderung einzubeziehen ist, und deren persönlich haftende Gesellschafterin, die Beklagte zu 2, auf Zahlung von Beiträgen für den Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis Oktober 1997 in Anspruch.

Erstinstanzlich hatte die ZVK mit insgesamt acht Klagen für die Monate Januar bis September 1996 384.528,87 DM Beiträge eingefordert und für die Monate Oktober 1996 bis Oktober 1997 Auskunft über die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und die für diese angefallenen Beiträge, ersatzweise Entschädigung begehrt. Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Nach Einlegung der Berufungen durch die Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Rechtsstreite zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Zur Vermeidung der Verjährung hat die ZVK die Auskunftsanträge auf Zahlungsanträge umgestellt. Für Oktober 1996 bis März 1997 hat sie zunächst 371.213,89 DM Beiträge gefordert, diesen Betrag später aber um Zahlungen der Beklagten und Erstattungen der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse (ULAK) zugunsten der Beklagten um 72.779,07 DM auf 298.434,82 DM reduziert. Insgesamt begehrt die ZVK von den Beklagten für den Zeitraum Oktober 1996 bis Oktober 1997 weitere 717.966,22 DM, darin enthalten Mindestbeiträge für gewerbliche Arbeitnehmer im Zeitraum April bis Oktober 1997 in Höhe von 418.333,00 DM und für Angestellte im Zeitraum Januar bis Oktober 1997 in Höhe von 1.198,40 DM.

Die ZVK hat die Auffassung vertreten, in den Jahren 1996 und 1997 habe der Betrieb der Beklagten zu 1 die Voraussetzungen des betrieblichen Geltungsbereichs des VTV erfüllt. Die dort beschäftigten Arbeitnehmer hätten in jedem der beiden Kalenderjahre arbeitszeitlich überwiegend Bauarbeiten ausgeführt. Dies gelte auch dann, wenn man von den Tätigkeits- und Stundenangaben der Beklagten ausgehe; zu berücksichtigen seien insoweit nicht nur die erbrachten Tiefbauarbeiten, vielmehr sei auch der Bereich "Installation Handwerk" baugewerblich. Demnach schuldeten die Beklagten für den streitigen Zeitraum Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes in geltend gemachter Höhe.

Die ZVK hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 563.696,74 Euro zu zahlen.

Die Beklagten haben zu ihrem Klageabweisungsantrag die Ansicht vertreten, der Betrieb könne im streitigen Zeitraum nicht als Betrieb des Baugewerbes angesehen werden. Sie haben vorgetragen, unter Berücksichtigung auch der Arbeitszeitanteile für Gerätewerkstatt/Werkstatt, Bagger, Bauhof und Fuhrpark seien 1996 bei einer Gesamtstundenzahl von 76.532,8 auf Anlagen-Erstellung/Wartung 34.954 Stunden, auf Landschaftsgestaltung 2.480,2 Stunden, auf Installation Handwerk 4.594,6 Stunden und auf Tiefbau 34.504 Stunden entfallen. 1997 seien bei einer Gesamtstundenzahl von 66.897,2 Stunden auf Anlagen-Erstellung/Wartung 28.473,7 Stunden, auf Landschaftsgestaltung 3.167,4 Stunden, auf Installation Handwerk 4.899,8 Stunden und auf Tiefbau 30.356,3 Stunden entfallen. Da der Bereich "Installation Handwerk" nicht als baugewerblich gewertet werden dürfe, habe keine Beitragspflicht bestanden. Im Übrigen sei der VTV verfassungswidrig, da er auf die Zahlung unterschiedlich hoher oder unterschiedlich errechneter Beiträge für gewerbliche Arbeitnehmer einerseits und Angestellte andererseits abstelle. Auch seien ggf. auf Grund von Erstattungsansprüchen weitere Beträge als Erfüllung auf die eingeklagten Beträge zu verrechnen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen und diese in Abänderung der auf Auskunftserteilung lautenden Urteile des Arbeitsgerichts wie Gesamtschuldner zur Zahlung weiterer 367.090,25 Euro an die ZVK verurteilt.

Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehren die Beklagten weiterhin Klageabweisung.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

#### **I.**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagten schuldeten die von der ZVK noch geforderten Beiträge wie Gesamtschuldner gem. §§ 24 f., § 29 VTV.

Selbst wenn in der Ungleichbehandlung der gewerblichen Arbeitnehmer und der Angestellten ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gesehen werden könnte, wollten die Tarifvertragsparteien hinsichtlich der gewerblichen Arbeitnehmer am bisherigen System der Beitragspflichten der Arbeitgeber festhalten, weshalb für die Angestellten allenfalls eine Anpassung nach oben in Betracht komme. Die eingeklagten Ansprüche würden dadurch aber nicht berührt.

Der Bereich "Tiefbau" sei unstreitig als baugewerblich iSd. VTV einzuordnen. Auch die von den Beklagten für den Bereich "Installation Handwerk" dargestellten Arbeiten zur Wartung, Überprüfung, Instandsetzung und Reparatur von Gas- und Wasserinnenanlagen dienten dazu, dass Bauwerke weiterhin bestimmungsgemäß genutzt werden könnten, und würden mit Werkstoffen, Arbeitsmitteln und Arbeitsmethoden des Baugewerbes erbracht. Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 12 VTV greife nicht, weil er voraussetze, dass Tätigkeiten des ausgenommenen Installationsgewerbes zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit angefallen seien. Daß der Bereich "Installation Handwerk" sich als selbständige Betriebsabteilung darstelle, hätten die Beklagten nicht substantiiert vorgetragen. Unter Einbeziehung der beiden genannten Bereiche sei der Betrieb somit insgesamt baulich geprägt gewesen.

Die von der ZVK geforderten und vorgetragenen Beträge seien nicht bestritten worden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Eine Aufrechnung gegen diese Forderungen finde gem. § 24 Abs. 3 Satz 2 VTV nicht statt. Erfüllungswirkung sei nicht eingetreten, weil die ZVK keine weiteren Erstattungsbeträge auf die offenen Beitragsschulden verrechnet habe. Die Zurückstellung solcher Verrechnungen im Hinblick auf jüngere, mangels Auskunftserteilung der Beklagten noch nicht feststehende Beitragsschulden sei gem. § 24 Abs. 3 VTV nicht zu beanstanden. Die aufrechterhaltenen Beitragsansprüche seien auch weder verjährt noch verfallen. Soweit die ZVK ihre zunächst erhobene Beitragsforderung reduziert habe, sei dies als Klagerücknahme zu werten, der die Beklagten konkludent zugestimmt hätten.

## II.

Dem folgt der Senat im Ergebnis und überwiegend auch in der Begründung. Das Landesarbeitsgericht hat die streitigen Beitragsforderungen der ZVK mit Recht für begründet erachtet (§§ 24 f., § 29 Abs. 1 VTV iVm. § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 4 TVG).

1. Der für allgemeinverbindlich erklärte VTV in seiner 1996 und 1997 geltenden Fassung ist wirksam. Seine die Beitragspflicht der Arbeitgeber regelnden Bestimmungen sind nicht verfassungswidrig.

a) Für die in den Jahren 1999 und 2000 geltende Fassung des VTV, die sich von der hier zu beurteilenden Fassung hinsichtlich der Ungleichbehandlung von gewerblichen Arbeitnehmern und Angestellten nicht unterscheidet, hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts im Urteil vom 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - (BAGE 101, 357) bereits entschieden, dass diese Ungleichbehandlung keinen Bedenken aus Art. 3 Abs. 1 GG begegnet. Dem schließt sich der erkennende Senat an.

Soweit die Beklagten demgegenüber einwenden, die Fluktuation im Baugewerbe gehöre der Vergangenheit an und habe speziell im Betrieb der Beklagten zu 1 nur entsprechend den üblichen Gepflogenheiten auf dem Arbeitsmarkt stattgefunden, verkennen sie, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - aaO) auf die tatsächliche Fluktuation nicht ankommt. Die Tarifvertragsparteien können zwischen Arbeitern und Angestellten unterscheiden, wenn dies dem Ziel der flexiblen Personalanpassung im produktiven Bereich dient und wenn tatsächlich anteilig erheblich mehr Arbeiter als Angestellte im produktiven Bereich tätig sind. Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes haben von dieser Möglichkeit hinsichtlich der Kündigungsfristen Gebrauch gemacht. In § 12 Nr. 1 BRTV ist eine verkürzte Grundkündigungsfrist und für Arbeitsverhältnisse von weniger als drei Jahren Dauer eine gegenüber der gesetzlichen Regelung verkürzte Kündigungsfrist vereinbart. Nach § 11 Nr. 1 RTV Angestellte richtet sich die Kündigungsfrist für Angestellte dagegen im Wesentlichen nach den gesetzlichen Vorschriften. Diese Differenzierung ist aus den genannten Gründen zulässig (vgl. BAG 2. April 1992 - 2 AZR 516/91 - AP BGB § 622 Nr. 38 = EzA BGB § 622 nF Nr. 43).

Aus den tariflichen Regelungen der Kündigungsfristen wird deutlich, dass die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes bei den gewerblichen Arbeitnehmern von einer erhöhten Fluktuation ausgehen und dieser Rechnung tragen wollen. Dieses Ziel rechtfertigt die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten auch im Sozialkassenverfahren, weil damit etwaige negative soziale Folgen für gewerbliche Arbeitnehmer ausgeglichen werden (vgl. BAG 18. Oktober 2000 - 10 AZR 503/99 - BAGE 96, 72; 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357).

b) Auch die Ansicht der Beklagten, wenn der Betrieb vom VTV erfasst werde, obgleich er nicht an der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft (§§ 209 ff. SGB III; bis 1997: §§ 74 ff. AFG) teilnehme, verstoße dies gegen Art. 14 GG und den Gleichheitssatz, ist nicht nachvollziehbar.

Die gesetzlichen Regelungen der Winterbauförderung iVm. der Baubetriebsverordnung einerseits und die Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes andererseits legen unterschiedliche Voraussetzungen fest und verfolgen unterschiedliche Zwecke. Deshalb ist es für die Anwendbarkeit des VTV ohne Bedeutung, ob ein Betrieb auch an der Winterbauförderung teilnimmt (vgl. BAG 20. März 2002 - 10 AZR 507/01 - EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 114). Soweit Betriebe an der Winterbauförderung nicht teilnehmen, trifft sie auch keine Umlagepflicht gem. § 354 SGB III (bis 1997: § 186a AFG).

2. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Betrieb der Beklagten zu 1 schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten, das sich die ZVK ausdrücklich hilfsweise zu eigen gemacht hat (Schriftsatz vom 6. September 2002 S. 2), vom betrieblichen Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 VTV erfasst wird. Insoweit ist unstrittig, dass der von den Beklagten mit "Tiefbau" bezeichnete Tätigkeitsbereich unter § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 36 VTV fällt. Aber auch den Bereich "Installation Handwerk" hat das Landesarbeitsgericht zu Recht als baugewerbliche Tätigkeit iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV angesehen.

a) Nach dem Vorbringen der Beklagten handelte es sich insoweit um Arbeiten zur Wartung, Überprüfung, Instandsetzung und Reparatur von Gas- und Wasserinnenanlagen in bestehenden Bauwerken, wie sie auch von Betrieben erbracht werden, die gem. § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 12 VTV aus dem betrieblichen Geltungsbereich ausgenommen sind. Diese Ausnahmegvorschrift macht deutlich, dass die dort genannten Tätigkeiten im Grundsatz vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst werden, weil die Ausnahme anderenfalls überflüssig wäre (vgl. BAG 5. September 1990 - 4 AZR 82/90 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 135; Karthaus/Müller BRTV 6. Aufl. S. 188). Insoweit ist es auch unerheblich, ob die installierten Gegenstände aus den Bauwerken mit dem Lösen einiger Schraubverbindungen jederzeit wieder entfernt werden können (vgl. BAG 23. Oktober 2002 - 10 AZR 225/02 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 255 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 115, jeweils mwN). Dass es bei den von der Beklagten zu 1 durchgeführten Installationsarbeiten nicht um Trocken- und Montagebauarbeiten, Fertigbauarbeiten oder Fassadenbau- und Zimmererarbeiten, sondern um Leistungen geht, die im Sinne einer Reparaturmaßnahme lange nach Fertigstellung des Gebäudes erbracht werden, macht entgegen der Ansicht der Beklagten keinen entscheidungserheblichen Unterschied, denn gem. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV werden auch solche baulichen Leistungen erfasst, die der Instandsetzung oder Instandhaltung von Bauwerken dienen. Die bauliche Prägung der Arbeiten ergibt sich daraus, dass die verwendeten Arbeitsmittel und -methoden (auch) zu denjenigen des Baugewerbes gehören.

b) Die Ausnahme eines Betriebes gem. § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV setzt allerdings voraus, dass die in der Ausnahmegvorschrift genannten Tätigkeiten in dem Betrieb arbeitszeitlich überwiegen, dh. die Arbeitnehmer des Betriebes im Kalenderjahr zu mehr als 50 % ihrer Arbeitszeit beansprucht (vgl. BAG 18. Mai 1994 - 10 AZR 646/93 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 180; 9. Dezember 1998 - 10 AZR 248/98 -). Gemessen an den von den Beklagten für 1996 und 1997 vorgetragenen Gesamtstundenzahlen betragen die auf den Bereich "Installation Handwerk" entfallenden Arbeitszeiten jedoch nur 6 % bzw. 7, 3 %.

Dieser Bereich hätte deshalb nur dann bei der Berechnung des Anteils der Bauarbeiten an der Gesamtarbeitszeit unberücksichtigt zu bleiben, wenn er eine selbständige betriebliche Organisation aufgewiesen hätte.

c) Beruft sich ein Arbeitgeber auf eine der Ausnahmen des § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV, so trägt er insoweit die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BAG 27. August 1986 - 4 AZR 591/85 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 71; Koch Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes Rn. 267).

Die Beklagten haben zwar die Auffassung vertreten, dass bei ihnen verschiedene Betriebe existieren. Sie haben jedoch nicht nachvollziehbar dargelegt, dass der Bereich "Installation Handwerk" eigenständig betrieblich organisiert ist. Obgleich das Landesarbeitsgericht mit Beschluss vom 1. Juli 2002 darauf hingewiesen hatte, dass der genannte "Tätigkeitsbereich nicht dafür ausreicht, zu einem Ausnahmetatbestand zu kommen", haben sie nicht einmal die Voraussetzungen für eine selbständige Betriebsabteilung iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. VI VTV vorgetragen. Dafür wäre es erforderlich gewesen darzulegen, dass sich der Bereich "Installation Handwerk" nicht nur durch eine besondere personelle Einheit, organisatorische Abgrenzbarkeit, eigene technische Betriebsmittel und einen autonomen, spezifischen Zweck heraushebt (vgl. BAG 30. Mai 1958 - 1 AZR 478/57 - AP KSchG § 13 Nr. 13), sondern darüber hinaus eine auch für Außenstehende wahrnehmbare räumliche und organisatorische Abgrenzung erfahren hat (vgl. BAG 8. Oktober 1975 - 4 AZR 432/74 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 25 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 20; Karthaus/Müller BRTV 6. Aufl. S. 187). Eine bloße betriebsinterne Spezialisierung der Art, dass getrennte Arbeitsgruppen jeweils bestimmte Aufgaben versehen, genügt für die Annahme einer selbständigen Betriebsabteilung nicht (vgl. Karthaus/Müller aaO S. 188).

d) Selbst wenn man annehmen wollte, der Hinweis des Landesarbeitsgerichts vom 1. Juli 2002 sei unzureichend gewesen, bliebe die entsprechende Revisionsrüge der Beklagten ohne Erfolg. Die Beklagten haben nämlich nicht dargelegt, was sie auf einen entsprechend konkretisierten Hinweis des Landesarbeitsgerichts zur Selbständigkeit des Bereichs "Installation Handwerk" vorgetragen hätten (vgl. BAG 12. April 2000 - 5 AZR 704/98 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 72 mwN; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 4. Aufl. § 74 Rn. 39).

e) Auch bestünde kein Anhaltspunkt dafür, dass eine etwaige selbständige Betriebsabteilung "Installation Handwerk" von einem spezielleren Tarifvertrag erfasst wäre (§ 1 Abs. 2 Abschn. VI Unterabs. 2 VTV). Bei der von dem Beklagten als "Haustarifvertrag" bezeichneten Regelung handelte es sich nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten in Wirklichkeit um eine Betriebsvereinbarung.

f) Kann somit mangels hinreichend substantiierten Sachvortrags der Beklagten nicht davon ausgegangen werden, der Tätigkeitsbereich "Installation Handwerk" sei von den im Betrieb der Beklagten zu 1 erbrachten baulichen Leistungen ausgenommen, fiel der Betrieb als Ganzes in den betrieblichen Anwendungsbereich des VTV, weil die baulichen Leistungen im Jahr 1996 mit mindestens 51, 1 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit und im Jahr 1997 mit mindestens 52, 7 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit überwogen.

**3.** Das Landesarbeitsgericht durfte auch die von der ZVK geltend gemachten Beiträge als unstreitig ansehen, soweit es nicht um die Erfüllungswirkung von Zahlungen der ULAK nach Oktober 1997 ging. Die ZVK hatte die Berechnung der geforderten Mindestbeiträge mit Schriftsatz vom 27. März 2002 erläutert (vgl. zur Möglichkeit der Forderung von Mindestbeiträgen BAG 11. Juni 1997 - 10 AZR 525/96 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 200). Mit Beschluss vom 1. Juli 2002 hatte das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, das von der Klägerin dargelegte Zahlenmaterial sei wohl stimmig und hinreichend substantiiertes Gegenvortrag nicht erkennbar. Die Beklagten haben sodann

das von der ZVK vorgetragene Rechenwerk nur noch hinsichtlich der ULAK-Erstattung vom 18. Oktober 1996, hinsichtlich der angeblichen doppelten Abrechnung für den Monat November 1997 und hinsichtlich der Berechtigung der ZVK zur Rückstellung späterer Zahlungen der ULAK in Frage gestellt. Nachdem die ZVK mit Schriftsatz vom 6. September 2002 nochmals den Kontoauszug vom 31. Dezember 1996 vorgelegt hatte, haben die Beklagten die Verrechnung der ULAK-Erstattung vom 18. Oktober 1996 nicht mehr in Zweifel gezogen. Dass der November 1997 nicht Gegenstand der Klage und nicht doppelt abgerechnet ist, hat die ZVK in demselben Schriftsatz plausibel dargelegt, ohne dass die Beklagten dem nochmals entgegengetreten wären. Soweit die Beklagten in diesem Zusammenhang rügen, das Landesarbeitsgericht hätte ihnen den beantragten Schriftsatznachlass gewähren müssen, fehlt es an der konkreten Darlegung, in welchem Punkt und mit welchem Vortrag sie das plausible Rechenwerk der ZVK bestritten hätten. Im Übrigen ist auch schon nicht ersichtlich, zu welchem die Berechnung betreffenden Vorbringen der ZVK im Schriftsatz vom 6. September 2002 sich die Beklagten in der mündlichen Verhandlung nicht hätten erklären können (§ 283 ZPO).

Im Streit blieb somit nur noch die Berechtigung der ZVK, von einer Verrechnung der späteren ULAK-Erstattungen auf die Klageforderung abzusehen. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht das Rechenwerk der ZVK jedoch nicht als unstreitig angesehen. Es hat aber zutreffend erkannt, dass die ZVK die späteren Zahlungen der ULAK gem. § 24 Abs. 3 VTV nicht mit der Klageforderung verrechnen musste. Gem. § 24 Abs. 3 Satz 1 VTV kann der Arbeitgeber über Erstattungsforderungen nur verfügen, wenn sein Beitragskonto keinen Debetsaldo ausweist und er seiner Meldepflicht gem. § 27 VTV entsprochen hat. Eine derartige Verfügungsbeschränkung ist nicht zu beanstanden (vgl. BAG 14. Dezember 1977 - 5 AZR 326/76 - AP TVG § 4 Gemeinsame Einrichtungen Nr. 1 mit insoweit zustimmender Anm. Wiedemann = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 26). Unstreitig haben die Beklagten für die Zeit ab April 1997 keine Beitragsmeldungen abgegeben, obwohl die Beklagte zu 1 mit ihrem Betrieb nach der oben zu II. 2. dargestellten Rechtslage jedenfalls 1996 und 1997 dem Anwendungsbereich des allgemeinverbindlichen VTV unterfiel. Die erst 1998 bzw. 2000 erfolgten Erstattungen konnte die ZVK deshalb zurückhalten (§ 273 Abs. 1 BGB; vgl. Hessisches LAG 30. Oktober 2000 - 16 Sa 759/00 -). Diese Erstattungen bewirkten entgegen der Ansicht der Beklagten keine teilweise Erfüllung der Klageforderungen, und die Beklagten konnten insoweit auch nicht aufrechnen (§ 24 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 VTV).

**4.** Die streitigen Beitragsforderungen der ZVK sind weder gem. § 31 VTV iVm. § 201 BGB aF verfallen, noch gem. § 197 BGB aF verjährt. Die Ansprüche für Oktober 1996 bis März 1997 wurden mit Schriftsatz vom 23. Dezember 1998, dem Beklagten zugestellt am 11. Januar 1999, die Ansprüche für April bis Oktober 1997 wurden mit dem den Beklagten am 3. Dezember 2001 zugestellten Schriftsatz vom 23. November 2001 innerhalb der Vierjahresfristen klageweise geltend gemacht.

**5.** Da die Beklagte zu 2 als persönlich haftende Gesellschafterin für die Beitragsverpflichtungen der Beklagten zu 1 gegenüber der ZVK gem. § 161 Abs. 1, §§ 128 f. HGB haftet, konnten die Beklagten auch wie Gesamtschuldner verurteilt werden (vgl. BAG 9. September 1981 - 4 AZR 48/79 - BAGE 36, 183; Baumbach/Hopt HGB 31. Aufl. § 128 Rn. 39; Stuhlfelner in HK-HGB 5. Aufl. § 128 Rn. 24).

**6.** Soweit die Beklagten schließlich die Annahmen des Landesarbeitsgerichts angreifen, sie hätten der Klagerücknahme hinsichtlich 72. 779, 07 DM für die Monate Oktober 1996 bis März 1997 zugestimmt, verkennen sie, dass das Landesarbeitsgericht nicht etwa von einer ausdrücklichen

Einwilligungserklärung ausgegangen ist. Vielmehr hat das Landesarbeitsgericht auf Grund der im Termin geführten Erörterungen eine konkludente Einwilligung angenommen. Die Einwilligung gem. § 269 ZPO kann ebenso wie die Klagerücknahme selbst auch konkludent erfolgen (vgl. BAG 14. Juli 1961 - 1 AZR 291/60 - AP ZPO § 322 Nr. 6; Zöller-Greger ZPO 24. Aufl. § 269 Rn. 15). Weshalb die im Termin geführten Erörterungen nicht den Schluss auf eine konkludente Einwilligung hätten zulassen sollen, haben die Beklagten nicht dargelegt. Ein Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts ist folglich auch insoweit nicht ersichtlich.

### **III.**

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO iVm. § 100 Abs. 4 ZPO.