

Hessisches Landesarbeitsgericht

LAG-Urteil vom 2.7.2014, 18 Sa 619/13

Überprüfung Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE)

Orientierungssatz

Inzidentkontrolle der AVE-Erklärungen vom 15. Mai 2008 und 25. Juni 2010, betreffend den VTV vom 20. Dezember 1999 in den Fassungen vom 20. August 2007, 05. Dezember 2007 und 18. Dezember 2009.

Wirksamkeit der AVE-Erklärungen nach Überprüfung des Quorums von 50% (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG) bejaht.

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Wiesbaden, 16. Januar 2013, Az: 7 Ca 347/12, Urteil

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 16. Januar 2013 - 7 Ca 347/12 - wird auch im Übrigen - soweit nicht bereits durch das Teilurteil der Kammer vom 05. Februar 2014 entschieden wurde - zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darum, ob die Beklagte in der Zeit von Oktober 2007 bis Dezember 2011 den Sozialkassentarifverträgen des Baugewerbes unterworfen war, die Tarifverträge jeweils wirksam für allgemeinverbindlich erklärt wurden und die Beklagte daher zur Zahlung von Beiträgen für die von ihr beschäftigten Arbeitnehmer verpflichtet war. Über Beitragsforderungen für die Monate Dezember 2006 bis September 2007 hat die Kammer schon durch ein mittlerweile rechtskräftiges Teilurteil vom 05. Februar 2014 entschieden.
- 2 Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes. Er hat nach den für allgemeinverbindlich erklärten tarifvertraglichen Regelungen des Baugewerbes (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe - BRTV -, Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe - VTV -) insbesondere die Aufgabe, die Auszahlung der tarifvertraglich vorgesehenen Urlaubsvergütung zu sichern. Zu diesem Zweck haben die den Baurarifverträgen unterfallenden Arbeitgeber monatliche Beiträge in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Bruttolohnsumme der beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer und Pauschalbeträge für Angestellte an den Kläger zu zahlen. Seit 01. Januar 2010 ist der Kläger nach § 3 Abs. 3 VTV die zuständige Einzugsstelle für die eigenen Beiträge einschließlich der Nebenforderungen und diejenigen der ZVK-Bau.

- 3 Die Beklagte hat ihren Sitz in A/Landkreis B und führt nach ihren Angaben ausschließlich Schweißarbeiten aus. Sie führt die Firma „C“. Sie hat ihre Tätigkeit vorprozessual als Schlosser- und Schweißarbeiten bezeichnet. Sie verschweiße bereits verlegte Schienen im SK-Verfahren oder im E-Verfahren (vgl. Schreiben der Beklagten vom 07. Februar 2011, Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 05. Dezember 2012, Bl. 104 ff. d.A.). Sie gehört seit ihrer Gründung der Berufsgenossenschaft Maschinenbau und Metall an und war zumindest bis Ende 2011 nicht Mitglied eines Arbeitgeberverbandes.
- 4 Der Kläger fordert von der Beklagten noch Mindestbeiträge für die Monate Oktober 2007 bis Dezember 2011 wegen der Beschäftigung eines gewerblichen Arbeitnehmers. Zur Darstellung der Zusammensetzung der nach Erlass des Teilurteils vom 05. Februar 2014 noch verbliebenen Klageforderung in Höhe von 29.691,00 € und der durch das Arbeitsgericht Wiesbaden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Ausgangsverfahren wird auf den Tatbestand des Teilurteils verwiesen (S. 4 des Urteils, Bl. 256 d.A.).
- 5 Die Kammer hat durch das Teilurteil vom 05. Februar 2014 (Bl. 255-264 d.A.) die Berufung der Beklagten im Umfang von 5.671,00 € für Mindestbeiträge der Zeitspanne von Dezember 2006 bis September 2007 zurückgewiesen. Dem lag die Bewertung zu Grunde, dass die Tätigkeit des Schienenschweißens § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV unterfällt. Das Vorbringen der Beklagten zur Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des VTV vom 20. Dezember 1999 in der Fassung vom 15. Dezember 2005 durch die Bekanntmachung vom 24. Februar 2006 war nicht geeignet, erhebliche Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 TVG aufkommen zu lassen.
- 6 Die AVE des VTV vom 20. Dezember 1999 in den Fassungen vom 20. August 2007 und vom 05. Dezember 2007, welche am 15. Mai 2008 bekannt gemacht wurde (folgend: AVE 2008), und die AVE des VTV vom 18. Dezember 2009, welche am 25. Juni 2010 bekannt gemacht wurde (folgend: AVE 2010), sind von der Kammer überprüft worden. Die Überprüfung liegt diesem Schlussurteil zu Grunde.
- 7 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass der Betrieb der Beklagten im Klagezeitraum dem Geltungsbereich des VTV in seinen jeweiligen Fassungen unterfiel. Die Beklagte führe nach ihren eigenen Angaben zu mehr als 50% der Gesamtarbeitszeit ihrer Arbeitnehmer Teiltätigkeiten des Gleisbaus aus. Schienen bildeten einen Teil des Gleises. Wenn bereits verlegte Schienen verschweißt würden, handele sich um Gleisbauarbeiten iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV.
- 8 Der Kläger hat weiter die Ansicht vertreten, dass die in dem noch maßgeblichen Klagezeitraum geltenden Fassungen des VTV jeweils wirksam für allgemeinverbindlich erklärt worden seien. Der Vortrag der Beklagten gebe keinen Anlass zur Überprüfung der Wirksamkeit der AVEs von Amts wegen. Die Zahlen der Handwerkskammern, der Bundesagentur für Arbeit oder der Berufsgenossenschaft seien zur Überprüfung des mittelbaren Organisationsgrads ungeeignet, da diese Stellen nicht prüften, ob die in ihre Zahlenwerte einbezogenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter den Geltungsbereich des VTV fielen oder nicht.
- 9 Der Kläger hat beantragt,
- 10 die Beklagte zu verurteilen, an ihn 35.362,00 € zu zahlen.
- 11 Die Beklagte hat beantragt,
- 12 die Klage abzuweisen.

- 13 Sie hat die Ansicht vertreten, Schweißarbeiten an Schienen seien keine Gleisbauarbeiten iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV. Ihre Tätigkeit sei als Zuarbeit für Betriebe zu qualifizieren, die im Gleisbau tätig sind. Das Schweißen gehöre nicht zu dem Berufsbild des Gleisbauers. Die Beklagte hat dazu behauptet, dass die Soka-Bau ihr und ihren Mitbewerbern in der Vergangenheit mitgeteilt habe, dass sie nicht verpflichtet seien am Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft teilzunehmen. Außerdem sei sie Mitglied im Verband der Metall- und Elektroindustrie Rheinland Rheinhessen e.V. Danach seien die Voraussetzungen einer AVE-Einschränkung erfüllt, falls die AVE wirksam sei. Hierzu ist im Berufungsverfahren klargestellt worden, dass die Mitgliedschaft erst seit 2012 besteht.
- 14 Die Beklagte hat wegen der Ansprüche der verbliebenen Zeitspanne von Oktober bis November 2007 die Einrede der Verjährung erhoben und geltend gemacht, dass die Tarifvertragsparteien gegenüber einem Außenseiter nicht befugt seien, die gesetzliche Verjährungsfrist von drei auf vier Jahre zu verlängern.
- 15 In Bezug auf die gerügte Wirksamkeit der AVE hat die Beklagte Auszüge aus den Akten der AVE-Verfahren bei dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) zu dem VTV vom 20. Dezember 1999 in den Fassungen vom 20. August 2007 und 05. Dezember 2007 (AVE 2008) sowie des VTV vom 18. Dezember 2009 (AVE 2010) vorgelegt (Anlagen zum Schriftsatz vom 20. September 2012, Bl. 27-95 d.A.).
- 16 Sie hat geltend gemacht, dass BMAS habe die von der ZVK-Bau und den Arbeitgeberverbänden (Zentralverband der deutschen Bauwirtschaft – ZDB, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. – HDB) mitgeteilten Zahlen zu dem mittelbaren Organisationsgrad von 50% gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG ungeprüft übernommen. Diese Daten seien ungeeignet, insbesondere statistisch nicht belegt. Sie hat dies damit begründet, dass nicht erkennbar sei, wie die Zahlen ermittelt wurden. Die Angaben der Soka-Bau zur „Großen Zahl“ sei nicht belastbar. Es sei unklar, wie viele Betriebe dem VTV unterfallen würden, denn die Gesamtzahl der in- und ausländischen Betriebe und der selbständigen Betriebsabteilungen werde nicht ermittelt. Ebenso sei nicht festgestellt worden, für welche Betriebe, die aber „an sich“ unter den VTV fielen, § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV oder die AVE-Einschränkungen relevant seien. Schließlich fehlten Erkenntnisse zu Schwarzarbeit, Scheinselbständigkeit, illegaler Arbeitnehmerüberlassung und illegaler Beschäftigung von Ausländern. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass auch wegen des unklaren Anwendungsbereichs des VTV Betriebe nicht erfasst würden. Eine Kontrolle der von der Soka-Bau mitgeteilten Zahlen, z.B. durch die statistischen Angaben der Bundesagentur für Arbeit, der Krankenkassen, der Berufsgenossenschaft oder anderer Stellen, sei nicht erfolgt. Die vom BMAS zusätzlich herangezogenen Zahlen des Statistischen Bundesamtes seien ungeeignet, da in einem wichtigen Bereich Betriebe mit weniger als 10 Beschäftigten statistisch nicht erfasst werden. Ebenso würden Beschäftigungsverhältnisse mit einer Dauer von weniger als 6 Monaten nicht erfasst. Hinsichtlich der von HDB und ZDB mitgeteilten Zahlen („Kleine Zahl“) könne weder ausgeschlossen werden, dass Betriebe in beiden Vereinigungen Mitglied seien, noch dass ein Mitgliedsbetrieb gar nicht dem Geltungsbereich des VTV unterfalle.
- 17 Insgesamt habe das BMAS die AVEs nicht erklären dürfen, da auch eine widerspruchsfreie Schätzung nicht möglich sei, die den notwendigen Organisationsgrad belege. Das öffentliche Interesse nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG sei nicht gegeben, da die Regelung des VTV zumindest in Teilen europarechtswidrig sei.

- 18 Das Arbeitsgericht Wiesbaden hat durch Urteil vom 16. Januar 2013 der Klage in vollem Umfang stattgegeben.
- 19 Schweißarbeiten an Schienen zählten zu den Gleisbauarbeiten iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV. Mit dem Begriff „Gleisbau“ würden Arbeiten erfasst, die der Herstellung und Unterhaltung des (Eisenbahn-) Oberbaus (Bahnkörpers) dienen. Der Oberbau (Bahnkörper) werde aus Schienen, Schwellen, Befestigung und Planumschutzschichten gebildet. Das Schweißen und Schleifen von Schienen gehörten auch zu den Gleisbauarbeiten, denn diese Arbeiten seien darauf ausgerichtet, die Schienen als einen Teil des Eisenbahnoberbaus herzustellen oder wieder funktionsfähig zu machen. Darüber hinaus unterfalle die Herstellung und Reparatur von Schienen durch Schweißen der allgemeinen Bestimmung des § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV. Zum Berufsbild eines Gleisbauers gehöre auch das Schweißen von Schienen.
- 20 Das Vorbringen der Beklagten begründe keine erheblichen Zweifel an der Wirksamkeit der maßgeblichen AVEs. Der Vortrag sei teilweise nicht konkret genug. Soweit die Beklagte zu den Prüfungsverfahren der AVE 2008 und der AVE 2010 ausgeführt habe, sei nicht ersichtlich, dass die Zahlen nicht valide seien, denn sie beruhten auf Erhebungen des Statistischen Bundesamts. Es nicht erkennbar, dass die von der Beklagten genannten anderen Quellen belastbarere Zahlen lieferten. Das öffentliche Interesse könne nicht angezweifelt werden, hier bestehe für die zuständige Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum.
- 21 Hinsichtlich der Begründung und des weiteren Vorbringens der Parteien im ersten Rechtszug wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 122-140 d.A.) Bezug genommen.
- 22 Gegen das ihr am 19. April 2013 zugestellte Urteil hat die Beklagte durch am 16. Mai 2013 bei dem Hess. Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 17. Juni 2013 eingegangenem Schriftsatz begründet.
- 23 Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie vertritt mit der Berufung die Auffassung, dem Gleisbau iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV dürfe das alleinige Verschweißen von Gleisen nicht zugerechnet werden, ihre Tätigkeit werde der Wirtschaftsklasse 25620 – Mechanik zugeordnet, nicht der Wirtschaftsklasse 42120 – Bau von Bahnverkehrsstrecken (Gleisbau). Es sei zwischen Gleisbauarbeiten und Gleisarbeiten zu differenzieren. Gleisarbeiten würden weder von § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV noch von § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV erfasst. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts gehöre das Verschweißen von Schienen nicht zu den Ausbildungsinhalten für den Beruf des Gleisbauers. Sie behauptet, sie verfüge über keine Zulassung der Deutschen Bahn AG zur Ausführung von Gleisbauarbeiten in deren Betriebsgleisen, sondern über eine Zulassung zur Ausführung von Schweißarbeiten.
- 24 Die Beklagte meint, die AVEs müssten von Amts wegen überprüft werden. Nach den Zahlen der Bundesagentur für Arbeit liege die „Große Zahl“ über der von dem Statistischen Bundesamt ermittelten Zahl, so dass sowohl bei der AVE 2008 als auch bei der AVE 2010 das Quorum von 50% nicht erreicht worden sei. Hinzu träten durch Schwarzarbeit und Scheinselbständigkeit verdeckte Arbeitsverhältnisse. Die von der ZVK-Bau angegebene „Große Zahl“ sei ungeeignet, lasse keinen eindeutigen Stichtag erkennen und sei durch das BMAS nicht überprüft worden. Die ZVK-Bau ermittle nicht alle „unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer“ iSd. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG, sondern vernachlässige diejenigen, die von einer AVE-Einschränkung betroffen seien. Dies sei fehlerhaft. Außerdem fehlten bei den Angaben der ZVK-Bau solche Arbeitnehmer, die bei baufremden Arbeitgebern arbeiteten.

Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass Betriebe überhaupt nicht erfasst würden. Die Prüfungs- und Erfolgsdichte der Soka-Bau sei unklar.

- 25 In Bezug auf die „Kleine Zahl“ sei zu kritisieren, dass eine Mitgliedschaft eines Unternehmens in HDB oder ZDB nicht den Schluss zulasse, dass dieses auch unter den VTV falle, z.B. wegen einer OT-Mitgliedschaft. Zudem dürfe von Doppelmitgliedschaften, d.h. der Mitgliedschaft in beiden Verbänden, auszugehen sein. Das BMAS habe fehlerhaft auch nur die gewerblichen Arbeitnehmer für die „Kleine Zahl“ berücksichtigt. Es sei weiter zu berücksichtigen, dass durch den VTV die Tarifzuständigkeit der Verbände überschritten worden sei. Der ZDB sei nicht für selbständige Betriebsabteilungen baufremder Unternehmen zuständig, der HDB dürfe nur überregionale Regelungen vereinbaren. Das öffentliche Interesse nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG sei daher zu verneinen gewesen. Gegen das öffentliche Interesse iSd. Norm müsse auch die europarechtswidrige Zwangsversicherung angeführt werden, die gegen den freien Dienstleistungsverkehr verstoße. Zuletzt sei anzuführen, dass die Fluktuation im Baugewerbe mittlerweile geringer sei als in anderen Branchen.
- 26 Die Beklagte beantragt zuletzt,
- 27 das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 16. Januar 2013 - 7 Ca 347/12 - abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit noch nicht über sie durch das Teilurteil des Hess. Landesarbeitsgerichts vom 05. Februar 2014 – 18 Sa 619/13 – entschieden wurde.
- 28 Der Kläger beantragt,
- 29 die Berufung zurückzuweisen, soweit über diese noch nicht durch das Teilurteil des Hess. Landesarbeitsgerichts vom 05. Februar 2014 – 18 Sa 619/13 – entschieden wurde.
- 30 Er verteidigt die angegriffene Entscheidung und nimmt ebenfalls Bezug auf seinen Vortrag aus erster Instanz. Der Kläger meint, das Arbeitsgericht habe zutreffend ausgeführt, dass das Schweißen von Schienen einen wesentlichen Teil der Tätigkeit eines Gleisbauers darstelle. Die Beklagte habe vorprozessual ausgeführt, dass ihre Arbeitnehmer zu 90% der Arbeitszeit bereits verlegte Schienen verschweißten. Dies werde von ihr in diesem Rechtsstreit nicht bestritten.
- 31 Die AVE 2008 und die AVE 2010 seien wirksam. Für die AVE 2008 sei für die „Große Zahl“ nicht die von der ZVK-Bau mitgeteilte Zahl zu Grunde gelegt worden, sondern ein aus den Daten des Statistischen Bundesamts ermittelter Wert. Hätte man die Angabe der ZVK-Bau verwendet, hätte sich ein mittelbarer Organisationsgrad von mehr als 60% ergeben.
- 32 Die Daten der Soka-Bau seien am besten geeignet, um die Zahl der dem VTV unterfallenden Arbeitnehmer festzustellen. Diese erhalte Informationen von vielen Stellen, z.B. der Bundesagentur für Arbeit in Zusammenhang mit dem Einzug der Winterbauumlage. Anzuführen seien daneben der Zoll, die Berufsgenossenschaft, die Dt. Rentenversicherung, Handwerkskammern und Innungen, Wettbewerber, Arbeitnehmer, die Sozialkassen der Nebengewerbe u.a. So entgingen der Soka-Bau nur eine relativ geringe Zahl von Beschäftigungsverhältnissen. Dagegen seien die von der Beklagten exemplarisch angeführten Zahlen der Bundesagentur für Arbeit weniger geeignet, da diese auch tariffremde Beschäftigte erfassen, wie Gerüstbauer, Raumausstatter usw. Bei den Zahlen des Statistischen Bundesamts müsse berücksichtigt werden, dass durch diese alle Beschäftigten einschließlich der Betriebsinhaber erfasst würden, auch der Baunebengewerbe. Außerdem sei von Doppelerfassungen wegen der Berücksichtigung von ARGEs auszugehen. Der Kläger ist der Ansicht, dass Arbeitnehmer, welche unter die AVE-Einschränkungen fielen, bei der Ermittlung

- der „Großen Zahl“ zu Recht nicht erfasst wurden. In Bezug auf die „Kleine Zahl“ macht er geltend, dass ein Unterfallen unter den VTV von den Mitgliedsverbänden geprüft werde.
- 33 Das öffentliche Interesse nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG sei zu Recht bejaht worden. Es gebe weiterhin eine starke Fluktuation im Baugewerbe und vor allen Dingen unterjährige Beschäftigung.
- 34 Die Kammer hat durch am 05. Februar 2014 verkündeten Beschluss (Sitzungsniederschrift Bl. 233-235 d.A.) die Akten der Prüfung zu den AVE-Bekanntmachungen vom 15. Mai 2008 und 25. Juni 2010 beim BMAS zur Beiziehung angefordert und Auskünfte der ZVK-Bau, des ZDB, des HDB und der IG Bauen-Agrar-Umwelt eingeholt. Wegen des Inhalts der Auskunftsbegehren wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen. Durch Schreiben vom 24. April 2014, wegen dessen Inhalt auf Bl. 345 d.A. verwiesen wird, ist die ZVK-Bau um ergänzende Auskunft gebeten worden.
- 35 Zur Wiedergabe des Inhalts der Auskünfte, auf die in den Entscheidungsgründen genauer eingegangen wird, wird Bezug genommen auf das Schreiben des ZDB vom 26. März 2014 (Bl. 271-277 d.A.), das Schreiben des Bundesvorstands die IG Bauen-Agrar-Umwelt vom 31. März 2014 (Bl. 282 f. d.A.), die Schreiben der ZVK-Bau vom 31. März 2014 (Bl. 293-300 d.A.) und vom 04. Juni 2014 (Bl. 402-425 d.A.) sowie das Schreiben des HDB vom 31. März 2014 (Bl. 327 ff. d.A.). Die Akten des BMAS – Referat III a 3 – über die Prüfung der AVE lagen vor (s. Beiakten, AVE 2008: IIIa3-31241-Ü-14b/61 und IIIa3-31241-Ü-14b/62, AVE 2010: IIIa3-31241-Ü-14b/64), auch auf diese wird verwiesen.
- 36 Die Parteien haben zum Inhalt der Prüfungsakten des BMAS und der eingeholten Auskünfte ergänzend vorgetragen.
- 37 Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Unterlagen des BMAS zur Prüfung der AVE 2008 und AVE 2010 bestätigten, dass die Prüfung der „Großen Zahl“ und der „Kleinen Zahl“ durchweg in allen Verfahren nur oberflächlich erfolgt sei. Es finde sich an keiner Stelle eine Auseinandersetzung mit den Zahlen der Arbeitsstatistik oder Nachfragen bei Kammern, Berufsgenossenschaften, Krankenkassen, der Minijob-Zentrale und anderen Institutionen. Ebenso vermisse man Erhebungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, welches nur mit formelhaften Äußerungen begründet worden sei. Über die Fluktuation im Baugewerbe müsse eine Auskunft der Bundesagentur für Arbeit eingeholt werden.
- 38 Der Kläger macht geltend, es sei zulässig zur Feststellung des Quorums ausschließlich auf die gewerblichen Arbeitnehmer abzustellen, auch wenn der personelle Geltungsbereich des VTV weiter sei. Bei der „Kleinen Zahl“ seien ebenfalls nur die gewerblichen Arbeitnehmer zu berücksichtigen.
- 39 Das BMAS sei bei seinen Kontrollberechnungen mithilfe der Zahlen des Statistischen Bundesamtes methodisch ungenau vorgegangen, denn die statistischen Zahlen seien nicht auf die gewerblichen Arbeitnehmer beschränkt gewesen. Hätte das BMAS nur die gewerblichen Arbeitnehmer berücksichtigt, wäre auch bei der AVE 2010 das Quorum nach den Daten des Statistischen Bundesamtes erfüllt gewesen. Die vorhandenen Zahlen ließen eine nur auf die gewerblichen Arbeitnehmer bezogene Berechnung zu. Die Statistik der Bundesagentur für Arbeit sei demgegenüber ungeeignet, da keine Zahlen ausschließlich für gewerbliche Arbeitnehmer ausgewiesen würden und ein Herausrechnen der nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV nicht erfassten Personen nicht durchgeführt werden könne. Die Auskunft der ZVK-Bau vom 31. März 2014 zeige, dass die Schätzung der mittelbar tarifunterworfenen Arbeitnehmer

sorgfältig und mit hoher Kontrolldichte vorgenommen werde. Eine Verfälschung der „Kleinen Zahl“ durch Doppelmitgliedschaften sei nach den Auskünften von ZDB und HDB ausgeschlossen.

- 40 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszug wird auf den vorgetragenen Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze sowie auf die Niederschriften der Berufungsverhandlungen vom 05. Februar 2014 (Bl. 233-235 d.A.) und vom 02. Juli 2014 (Bl. 436 d.A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 41 Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 16. Januar 2013 ist zulässig gem. §§ 64 Abs. 2 b), 8 Abs. 2 ArbGG. Sie ist gem. §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG iVm. §§ 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt sowie ordnungsgemäß und rechtzeitig begründet worden.
- 42 Die Berufung der Beklagten ist hinsichtlich der – vom Teilurteil nicht erfassten – Beitragsansprüche des Klägers für den Zeitraum von Oktober 2007 bis Dezember 2011 in Höhe von 29.691,99 € nicht begründet. Die Beklagte unterfiel auch in dieser Zeitspanne dem VTV. Die AVE des VTV vom 20. Dezember 1999 in den Fassungen vom 20. August 2007 und vom 05. Dezember 2007, welche am 15. Mai 2008 bekannt gemacht wurde (AVE 2008), und die AVE des VTV vom 18. Dezember 2009, welche am 25. Juni 2010 bekannt gemacht wurde (AVE 2010), waren wirksam.
- I.
- 43 Die betriebliche Tätigkeit der Beklagten in der Zeit von Oktober 2007 bis Dezember 2011 wurde vom VTV erfasst.
- 1.
- 44 Ein Betrieb unterfällt dann dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV, wenn in dem jeweils betroffenen Kalenderjahr arbeitszeitlich überwiegend entweder die in § 1 Abs. 2 Abschn. IV oder V genannten Beispielstätigkeiten ausgeführt werden oder aber Leistungen im Sinne der Bestimmungen der Abschn. I bis III (*BAG Urteil vom 18. Januar 1984 - 4 AZR 41/83 - AP Nr. 60 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*). Ob die entsprechenden baulichen Leistungen überwiegend erbracht werden, bemisst sich danach, ob die überwiegende betriebliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer auf derartige bauliche Tätigkeiten entfällt. Nicht maßgeblich sind demgegenüber wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst oder handels- oder gewerberechtliche Kriterien (*BAG Urteil vom 19. Juli 2000 - 10 AZR 918/98 - AP Nr. 232 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*). Ob die überwiegende Arbeitszeit auf bauliche oder nicht bauliche Leistungen entfällt, ist nach der Arbeitszeit innerhalb eines Kalenderjahres zu beurteilen, soweit sich die Tätigkeiten des Betriebs über ein Kalenderjahr erstrecken (*BAG Beschluss vom 12. Dezember 1988 - 4 AZN 613/88 - AP Nr. 106 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*).
- 45 Es ist unstreitig, dass der oder die Arbeitnehmer im Betrieb der Beklagten in den Kalenderjahren 2006 und 2007 zu mindestens 90% der Gesamtarbeitszeit bereits verlegte Schienen verschweißten, die Teil einer Fahrbahn für Schienenfahrzeuge waren.

2.

46 Die Beklagte hat geltend gemacht, dass das Schweißen von Gleisen, d.h. die Verbindung von Gleisteilen zu einem Ganzen, nicht mehr zu den von dem Tarifvertrag unter § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 18 VTV erfassten Gleisbautätigkeiten falle. Dies ist nicht zutreffend, die tarifliche Regelung erfasst auch das Schweißen von Schienen.

a)

47 Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse ist zu berücksichtigen; im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (*BAG Urteil vom 01. April 2009 – 10 AZR 593/08 – AP Nr. 310 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*).

48 Die Tarifvertragsparteien haben den von ihnen verwendeten Begriff der „Gleisbauarbeiten“ nicht selbst definiert oder näher erläutert. Es ist daher davon auszugehen, dass sie diesen Begriff in seiner allgemeinen Bedeutung zu Grunde legten (vgl. *Hess. LAG Urteil vom 19. März 2001 – 16 Sa 1545/00 – NZA-RR 2002, 144*). Wie in dem angegriffenen Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden ausgeführt, gehören zum Gleisbau alle Arbeiten zur Erstellung und Erhaltung des Oberbaus von Schienenbahnen. Zum Gleisbau zählt der Neubau von Gleisen und Weichen, ihre Erneuerung und Unterhaltung. Damit zählt auch das Verbinden von Schienenteilen zu einer Fahrbahn für spurgebundene Fahrzeuge, d.h. Züge, Straßenbahnen usw., zum Gleisbau (*BAG Urteil vom 01. April 2009 – 10 AZR 593/08 – AP Nr. 310 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; Hess. LAG Urteil vom 04. Juni 2007 – 16 Sa 1444/05 – veröffentlicht in juris; Hess. LAG Urteil vom 08. Dezember 2010 – 18 Sa 799/10 – nicht veröffentlicht*).

b)

49 Der von der Beklagten vorgenommenen Trennung von Gleisbauarbeiten und Gleisarbeiten kann nicht gefolgt werden. Es dürfte zwar zutreffen, dass die ordnungsgemäße Erstellung des Gleiskörpers und die erste Montage von Gleisen einen wesentlichen Teil des Gleisbaus ausmachen. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass das Verbinden von Schienen durch Schweißen nicht mehr Bestandteil des Gleisbaus ist. Ein Gleiskörper ohne Gleis kann nicht genutzt werden. Schienen müssen nicht nur im Gleisbett verlegt, sondern auch miteinander verbunden werden. Der Bahnkörper, der die Schienenfahrzeuge trägt und führt, bildet insgesamt ein Bauwerk. Ob dieses Bauwerk erstmals fertig gestellt oder aber instand erhalten oder gesetzt wird, spielt keine Rolle.

50 Das Verbinden von Schienen durch Schweißen gehört auch zu den Tätigkeiten eines Gleisbauers. Diese Fertigkeit wird in dem Ausbildungsberuf vermittelt. Aus § 97 Abs. 3 Nr. 1 f) der Verordnung über die Berufsausbildung in der Bauwirtschaft vom 02. Juni 1999 ergibt sich, dass im Prüfungsbereich „Bau und Instandhaltung von Gleisen“ auch Schweißverfahren geprüft werden. In der Anlage 18 zu § 94 der Verordnung wird das Schweißen zwar nicht explizit benannt, jedoch unter 9. c) das Verlegen von Gleisen mit Maschinen. Zum Verlegen gehört das Verbinden der Teilstücke.

- 51 Es kommt des Weiteren nicht darauf an, ob Arbeiten von ein und demselben Betrieb oder arbeitsteilig von mehreren Betrieben erbracht werden. Auch wenn zwei Betriebe derart arbeitsteilig zusammenarbeiten, dass der eine nur die Schienenstücke miteinander verschweißt und keine weiteren Arbeiten an der Gleisanlage durchführt, handelt es sich insgesamt um Gleisbauarbeiten. Dabei ist unschädlich, dass für die von der Beklagten ausgeführte Teilaufgabe eine Berufsausbildung als Gleisbauer nicht erforderlich ist, sondern vielmehr qualifizierte Schweißfertigkeiten.
- 52 Bei den Schweißarbeiten zur Verbindung von Schienenstücken handelt es sich auch nicht um Nebenarbeiten, die nur im Zusammenhang mit im Betrieb selbst durchgeführten eigenen baulichen Leistungen diesen zuzurechnen wären, sondern um notwendige Teilarbeiten, ohne die keine funktionsfähige Fahrbahn für Schienenfahrzeuge hergestellt werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts haben solche Teilarbeiten baulichen Charakter, auch wenn sie isoliert ausgeführt werden (vgl. für das Abfräsen von Asphaltdecken als Vorarbeiten des Straßenbaus: *BAG Urteil vom 12. Februar 2003 – 10 AZR 294/02 – veröffentlicht in juris*; für Kugelstrahlarbeiten als Vorarbeiten des Betonbaus: *BAG Urteil vom 14. Januar 2004 – 10 AZR 182/03 – AP Nr. 263 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*). Die Beklagte führt darüber hinaus nicht nur Vorarbeiten aus, sondern übernimmt eine notwendige Teilaufgabe, ähnlich dem (isolierten) Vormontieren von Gleisweichen, welches auch zum Gleisbau im Tarifsinne zählt (vgl. *BAG Urteil vom 01. April 2009 – 10 AZR 593/08 – AP Nr. 310 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*). Schließlich sind das Arbeiten mit dem Werkstoff Metall und das Schweißen von Metall nicht baufern (vgl. *BAG Urteil vom 21. Januar 2009 – 10 AZR 325/08 – AP Nr. 307 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau*).
- 53 Soweit die Beklagte im ersten Rechtszug noch geltend gemacht hat, sie könne auf eine Zusage der Soka-Bau vertrauen, dass die von ihr ausgeübte Tätigkeit nicht dem VTV unterfalle, hat sie nicht präzisiert, wann und in welchem Kontext eine solche Zusage erfolgte und auf welcher Prüfung sie beruhte. Dieser Behauptung war daher nicht weiter nachzugehen.

II.

- 54 Die Beklagte war in der Zeitspanne von Oktober 2007 bis Dezember 2011 nach § 5 Abs. 4 TVG an den VTV gebunden. Die AVE 2008 und 2010 sind wirksam.
- 1.
- 55 Die Beklagte hat ausreichend konkrete Tatsachen vorgetragen, welche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der AVEs rechtfertigten, weshalb deren Wirksamkeit von Amts wegen zu prüfen war.
- 56 Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts spricht der erste Anschein für die Rechtmäßigkeit einer AVE. Es sei regelmäßig davon auszugehen, dass das zuständige Ministerium eine AVE nur erkläre, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Es bedarf danach eines Parteivortrags der geeignet ist, erhebliche Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 TVG aufkommen zu lassen, damit das Gericht inzidenter die mögliche Unwirksamkeit einer AVE zu überprüfen hat (*BAG Urteil vom 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - NZA 2003, 275, Rz 23; BAG Urteil vom 03. Februar 1965 – 4 AZR 385/63 – AP Nr. 12 zu § 5 TVG, Rz 26; Hess. LAG Urteil vom 04. Juni 2002 – 16 Sa 1444/05 - veröffentlicht in juris, Rz 33; Däubler-Lakies, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 220*).

a)

- 57 Eine AVE setzt nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG voraus, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50% der unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigt. Zur Überprüfung des mittelbaren Organisationsgrads sind danach mindestens folgende Daten erforderlich:
- 58 - Die Zahl der Arbeitnehmer, für die der VTV nach § 1 räumlich, betrieblich und persönlich anwendbar ist („Große Zahl“) und
- 59 - die Gesamtzahl derjenigen Arbeitnehmer, welche von tarifgebundenen Arbeitgebern („Kleine Zahl“) beschäftigt werden.

b)

- 60 Die Beklagte hat auszugsweise Kopien der Prüfungsverfahren des BMAS für die AVE 2008 und die AVE 2010 vorgelegt (Anlagen zum Schriftsatz vom 20. September 2012, Bl. 27-95 d.A.). Die „Große Zahl“ ist in beiden Verfahren danach durch die ZVK-Bau ermittelt und von den Antragstellern dem BMAS mitgeteilt worden. Die „Kleine Zahl“ beruhte auf Erhebungen, welche ZDB und HDB in ihren Mitgliedsverbänden veranlassten. Das BMAS hat die „Kleine Zahl“ überprüft, indem es die Angaben der einzelnen Mitgliedsverbände anhand deren Antwortschreiben auf Übertragungs- und Additionsfehler kontrolliert hat. In Bezug auf die „Große Zahl“ hat das BMAS nicht festgestellt, ob die ZVK-Bau diesen Wert zutreffend ermittelt hat. Die Überprüfung hat sich darauf beschränkt, ob der von der ZVK-Bau angegebene Wert in Relation zu der von dieser mitgeteilten Zahl von Baubetrieben und der Zahl der Mitgliedsbetriebe von ZDB und HDB einen mittelbaren Organisationsgrad von mehr als 50% bestätigt. Außerdem hat das BMAS die „Große Zahl“ nach Angaben der ZVK-Bau mit der Zahl der Beschäftigten nach den Daten des Statistischen Bundesamts verglichen, welches dieses jährlich für das Baugewerbe veröffentlicht (Fachserie 4, Reihe 5.1 „Beschäftigte und Umsatz der Betriebe im Baugewerbe“). Dabei ist das BMAS bei dem Verfahren der AVE 2008 zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Quorum von 52,25% nach der „Großen Zahl“ des Statistischen Bundesamtes erfüllt wurde, obwohl dieser Wert (660.861 Arbeitnehmer) über dem Wert der ZVK-Bau lag (516.733 Arbeitnehmer). In dem Verfahren der AVE 2010 hat das BMAS auf der Grundlage der Arbeitnehmerzahl nach den Daten des Statistischen Bundesamtes (678.324 Arbeitnehmer) nur ein Quorum von 48,54% ermittelt und deshalb die von der ZVK-Bau mitgeteilte Zahl der Arbeitnehmer (514.526) herangezogen, was zu der Feststellung eines mittelbaren Organisationsgrads von 63,99% führte.
- 61 Gegen die Eignung der Daten des Statistischen Bundesamtes hat die Beklagte angeführt, dass Arbeitnehmer in Betrieben mit weniger als 10 Beschäftigten nicht erfassen würden. Dies ist zutreffend, allerdings nur für Betriebe, die nach der Klassifikation der Wirtschaftszweige der „Bauinstallation und dem sonstigen Baugewerbe“ [WZ 2003] den WZ-Nr. 45.3 bis 45.5 (s. dort Anmerkung 2) bzw. für das „Ausbaugewerbe“ [WZ 2008] der WZ-Nr. 43.3 (s. dort Anmerkung 3 für 2009) zugerechnet wurden. Die Beklagte hat dazu ergänzend geltend gemacht, dass die Beschäftigtenzahlen des Statistischen Bundesamtes für das Baugewerbe jeweils unter der Zahl der Arbeitnehmer liegt, die nach der Statistik der Bundesagentur für Arbeit („Sozialversicherungspflichtig und geringfügig entlohnte Beschäftigte nach Wirtschaftszweigen der WZ 2008“, Kopie s. Anlage zum Protokoll vom 16. Januar 2013, Bl. 118 d.A.) anzunehmen war.

c)

- 62 Die Beklagte hat die Vermutung der Richtigkeit der „Großen Zahl“ durch diesen Vortrag erschüttert. Eine Auseinandersetzung mit den statistischen Werten der Bundesagentur für Arbeit war aus den eingereichten Verfahrensunterlagen nicht erkennbar. Hinsichtlich des Quorums der AVE 2010 ist zu konstatieren, dass der notwendige mittelbare Organisationsgrad nach den Zahlen des Statistischen Bundesamtes über die Beschäftigten im Baugewerbe nicht erreicht wurde, welche durch das Ministerium bei der Prüfung der AVE-Voraussetzungen für 2008 noch herangezogen wurden.
- 63 Es ist weiter nicht ersichtlich, dass die „Große Zahl“ der ZVK-Bau daraufhin überprüft wurde, ob dieser tatsächlich alle Baubetriebe bekannt waren und wie viele Betriebe und Arbeitnehmer von der Soka-Bau möglicherweise nicht erfasst wurden. Hierzu findet sich nur die Aussage, dass ein hohes Eigeninteresse der ZVK-Bau bestehe, alle Betriebe möglichst genau und umfassend zu erfassen. Hinzu kommt, dass dem BMAS bei der Feststellung des Quorums der AVE 2008 erkennbar ein Rechenfehler unterlaufen ist. Bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl nach den Daten des Statistischen Bundesamtes ist bei der Addition der Wirtschaftsklassen und Wirtschaftsunterklassen 45.32, 45.41, 45.42, 45.43.2 und 45.43.3 [WZ 2003] ein Gesamtwert von (fehlerhaft) nur 767.915 statt richtigerweise 789.915 Arbeitnehmern erreicht worden. Dies führte dazu, dass nach Abzug der Arbeitnehmer der Bereiche Dachdeckerei und Gerüstbau (45.22.1 und 45.25.4) nur 660.861 statt 682.861 Arbeitnehmer für die „Große Zahl“ angenommen wurde. Geht man jedoch von einer „Großen Zahl“ von tatsächlich 682.861 Arbeitnehmern aus, hätte das Quorum nur 50,57% betragen.
- 64 Schließlich ist zu konstatieren, dass die durch das BMAS in dem Verfahren der AVE 2010 genutzte „Große Zahl“ der ZVK Bau von 514.526 Arbeitnehmern ausweislich der der Kammer überlassenen Kopien der Verfahrensakte erstmalig in der Berechnung des Quorums vom 01. Februar 2010 (Bl. 120 Rücksl. der Verfahrensakte) angeführt wurde und sich eine schriftliche Mitteilung dieser „Großen Zahl“ nicht feststellen lässt. Nach Auskunft der ZVK-Bau vom 31. März 2014 (Bl. 293-300 d.A.) betrug die „Große Zahl“ 514.626 Arbeitnehmer. In den folgenden Erörterungen wird vorsorglich von 514.626 Arbeitnehmern ausgegangen.

2.

- 65 Da danach nicht mehr der erste Anschein für die Richtigkeit der AVE 2008 und 2010 sprach, sondern erhebliche Zweifel berechtigt waren, hat die Kammer deren Wirksamkeit von Amts wegen geprüft. Hierbei ist zwischen der erforderlichen Halbmächtigkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG und dem öffentlichen Interesse an einer AVE gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG zu unterscheiden.
- 66 Die Beschäftigung von wenigstens 50% der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer durch tarifgebundene Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG ist ein zwingendes gesetzliches Erfordernis für die AVE. Dieses Erfordernis kann nur entweder vorliegen oder nicht. Bei der Beurteilung der 50%-Quote steht der entscheidenden Behörde kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu (*BAG Urteil vom 11. Juni 1975 – 4 AZR 395/74 – AP Nr. 29 zu § 2 TVG, Rz 34; Hess. LAG Urteil vom 22. Juli 2002 – 10 Sa 685/01 - veröffentlicht in juris, Rz 24*). Dagegen steht der zuständigen Behörde bei der Beurteilung, ob eine AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG), ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer, weiter Beurteilungsspielraum zu (*Schaub-Treber, ARHandbuch, 15. Aufl., § 205 Rz 67*).

67 Ist von Amts wegen zu überprüfen, ob das Quorum von 50% erreicht wurde, muss zunächst festgestellt werden, ob die oberste Bundesbehörde alle zumutbaren Nachforschungen unternommen und alle erreichbaren aussagekräftigen Unterlagen verwertet hat. Hat das Ministerium auf dieser Grundlage ein Ergebnis ermittelt oder auf ihnen aufbauend eine Schätzung vorgenommen, die nach den vorliegenden Unterlagen nachvollziehbar ist, sind die Gerichte nicht befugt, dieses Ergebnis zu korrigieren oder eine andere Bewertung vorzunehmen. Lässt sich jedoch nicht feststellen, ob diese Prüfung stattgefunden hat oder beruht die Berechnung oder Schätzung der Behörde auf erkennbar fehlerhaftem Zahlenmaterial, muss die mangelnde Aufklärung nachgeholt werden. Die Kammer versteht die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Weise, dass keine erneute Überprüfung der schon bekanntgemachten AVE durch das BMAS erzwungen werden kann, sondern dann eine Überprüfung durch das angerufene Gericht im Rahmen der Inzidentkontrolle zu erfolgen hat (*BAG Urteil vom 24. Januar 1979 – 4 AZR 377/77 – AP Nr. 16 zu § 5 TVG, Rz 23, 27, 29; BAG Urteil vom 22. Oktober 2003 – 10 AZR 13/03 – AP Nr. 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung, Rz 109; ArbG Kassel Urteil vom 18. Januar 2001 – 6 Ca 686/99 – DB 2001, 1419, Rz 40; Etzel, NZA Beil. 1/1987, S. 19, 20, dagegen: Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 261*). Dabei ist sowohl für das BMAS als auch bei einer gerichtlichen Überprüfung eine sorgfältige und nachvollziehbar darzulegende Schätzung des Quorums zulässig, wenn das bei Ausnutzung aller erreichbaren Erkenntnisquellen zur Verfügung stehende Material und die eingeholten Auskünfte keine exakten Feststellungen ermöglichen. Lässt jedoch das zur Verfügung stehende Material keine begründbare Schätzung zu oder beruht eine Schätzung nur auf nicht nachvollziehbaren Erfahrungswerten, ist von einer Unaufklärbarkeit und damit dem Fehler der Voraussetzung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG auszugehen (*Hess. LAG Urteil vom 22. Juli 2002 – 10 Sa 685/01 - veröffentlicht in juris, Rz 24; Däubler-Lakies, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 89*).

a)

68 Nach den beigezogenen Unterlagen des Prüfungsverfahrens für die AVE 2010 [IIIa3-31241-Ü-14b/64] (s. Beiakten) lässt sich nicht feststellen, dass das BMAS die von der ZVK-Bau mitgeteilte „Große Zahl“ daraufhin überprüft hat, wie diese erhoben wurde. Ihre Richtigkeitsgewähr wird - wie schon angeführt - mit der allgemeinen Aussage begründet, dass die ZVK-Bau alle Baubetriebe zu erfassen habe. Außerdem hat das BMAS nur Plausibilitätserwägungen angestellt, die an die durchschnittliche Arbeitnehmerzahl in Betrieben organisierter und nicht organisierter Arbeitgeber anknüpfen.

69 Dies hat auch für das Prüfungsverfahren der AVE 2008 [IIIa3-31241-Ü-14b/61 und IIIa3-31241-Ü-14b/62] Relevanz. Die von dem BMAS als „ungünstiger“ beurteilte „Große Zahl“ führt nach Beseitigung des angeführten Rechenfehlers nur zu einem knappen Quorum von 50,57%, so dass zumindest hilfsweise eine Kontrolle anhand der für das Verfahren mitgeteilten „Großen Zahl“ der ZVK-Bau geboten erscheint, die im zeitlich folgenden AVE-Verfahren als geeignet beurteilt wurde.

70 Dabei musste jedoch geklärt werden, ob die Daten der ZVK-Bau geeignet sind oder andere Daten besser zur Feststellung der „Großen Zahl“ heranzuziehen wären. Diese Entscheidung erfordert vorab die rechtliche Wertung, wie mit Einschränkungen der Tarifgeltung durch Regelungen innerhalb des VTV (§ 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV) und außerhalb des VTV durch die beantragten AVE-Einschränkungen umzugehen ist. Denn dies hat Auswirkungen auf die Eignung zugänglicher Quellen. Ein wertender Vergleich unterschiedlicher Daten bedingt, dass die Anforderungen an die Aussagekraft dieser Zahlen offengelegt werden muss.

b)

- 71 Das Quorum nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG soll eine Repräsentativität des Tarifvertrags sichern und nicht tarifgebundene Arbeitgeber davor schützen, durch Arbeitgeber majorisiert zu werden, die nur eine Minderheit der Arbeitnehmer im Geltungsbereich eines Tarifvertrags beschäftigen (*Henssler/Moll/Bepler-Sittard, Der Tarifvertrag, 2013, Teil 7 Rz 40; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 120 ff.; Däubler-Lakies, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 88; Schaub-Treber, ARHandbuch, 15. Aufl., § 205 Rz 64*).
- 72 Für die „Große Zahl“ wird daraus gefolgert, dass sie alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich eines Tarifvertrags einschließen müsse, auch anderweitig tarifgebundener Arbeitnehmer (*Henssler/Moll/Bepler-Sittard, Der Tarifvertrag, 2013, Teil 7 Rz 44; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 128; VG Düsseldorf Urteil vom 16. November 2010 – 3 K 8653/08 – ZTR 2011, 87, Rz 40*).
- 73 Dem ist nicht zuzustimmen, weder für die im VTV geregelten Einschränkungen seines Anwendungsbereiches, noch für die AVE-Einschränkungen nach dem Antrag der Tarifvertragsparteien. Diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse nach § 1 Abs. 2 Abschn. VI Unterabs. 1 VTV oder den AVE-Einschränkungen erfasst werden, sind bei der „Großen Zahl“ vielmehr nicht zu berücksichtigen. Sie unterfallen iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG nicht dem Geltungsbereich des VTV. Dies ergibt sich aus den im VTV selbst und durch die AVE-Einschränkungen vorgenommenen Abgrenzungen zu anderen Tarifverträgen.

aa)

- 74 Nach § 1 Abs. 2 Eingangssatz VTV fallen nur Betriebe und Betriebsabteilungen unter den Tarifvertrag, welche die in den Abschn. I bis IV genannten (baulichen) Leistungen überwiegend erbringen. Hierzu zählen auch die im Abschn. V angeführten Betriebe, da dieser auf die Abschn. I bis III Bezug nimmt.
- 75 § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV stellt mit der Formulierung „Nicht erfasst werden Betriebe (...)“ ausdrücklich klar, dass bestimmte Unternehmen des Ausbaugewerbes nicht unter den Anwendungsbereich des Tarifvertrags fallen. Diese betriebsbezogenen, d.h. arbeitgeberbezogenen, Ausnahmen von dem Anwendungsbereich sind nur erfüllt, wenn mehr als 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit einem der Ausnahmetatbestände zuzuordnen sind. Damit soll ausgeschlossen werden, dass in einem Betrieb Tarifkonkurrenz oder Tarifpluralität auftreten. Die Arbeitnehmer müssen zeitlich überwiegend Tätigkeiten verrichten, die ein anderer Tarifvertrag erfasst (*BAG Urteil vom 21. Oktober 2009 – 10 AZR 73/09 – AP Nr. 313 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, Rz 18; BAG Urteil vom 18. Mai 1994 – 10 AZR 646/93 – AP Nr. 180 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, Rz 44 ff.*).
- 76 Weder der Repräsentationsgedanke noch die Abwehr einer Majorisierung durch eine Minderheit erfordern, dass Arbeitnehmer in Betrieben des § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV zur „Großen Zahl“ dazu gerechnet werden. Ihre Arbeitsverhältnisse unterfallen nicht dem Geltungsbereich. Eine Überschneidung der Geltungsbereiche zweier Tarifverträge ist auszuschließen, wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV tatsächlich erfüllt sind (vgl. im Unterschied dazu für den Anspruch auf Regelung der Arbeitsverhältnisse der Systemgastronomie durch die Arbeitgeberverbände des Hotel- und Gaststättengewerbes einerseits und der Systemgastronomie andererseits: *VG Düsseldorf Urteil vom 16. November 2010 – 3 K 8653/08 – ZTR 2011, 87, Rz 40*).

77 Der VTV beansprucht keine Geltung für diese Arbeitsverhältnisse, sondern stellt vielmehr klar, dass eine solche Geltung von vorneherein nicht in Betracht kommt. Dies ist exemplarisch an der Abgrenzung zum Maler- und Lackiererhandwerk darstellbar. Ergänzend zu § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 6 VTV ist § 1 Abs. 4 bis Abs. 7 Rahmenvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk zu sehen, worauf § 1 Abs. 2 des VTV Maler-Lackierer (Tarifvertrag über das Verfahren für den Urlaub und die Zusatzversorgung im Maler- und Lackiererhandwerk) für den betrieblichen Geltungsbereich verweist. Danach enthalten beide Tarifwerke übereinstimmende Abgrenzungskriterien und bestätigen wechselseitig ihre voneinander zu unterscheidenden Geltungsbereiche (vgl. z.B. *BAG Urteil vom 01. August 2007 – 10 AZR 369/06 – veröffentlicht in juris, Rz 17*). Dass die Durchführung der Abgrenzung nach dem Überwiegen der gesamtbetrieblichen Tätigkeit in der Praxis oft nur schwierig durchzuführen ist, ändert daran nichts.

bb)

78 Auch solche Arbeitnehmer, welche von Arbeitgebern beschäftigt werden, für die § 5 Abs. 4 TVG nach den AVE-Einschränkungen nicht zur Anwendung kommt, sind bei der „Großen Zahl“ nicht mitzuzählen.

79 Die AVE-Einschränkungen nehmen solche Arbeitgeber aus, bei denen eine Tarifkonkurrenz aufgrund der überwiegenden betrieblichen Tätigkeit vermutet wird. Dies erfolgt im Wesentlichen durch zwei Regelungsmethoden. Für die meisten industriellen Arbeitgeber genügt, dass sie Mitglied im einschlägigen Arbeitgeberverband sind und die betriebliche Tätigkeit dem jeweiligen Branchentarifvertrag unterfällt, eine tatsächliche Tarifierstellung wird nicht gefordert. Für die übrigen meist handwerklich geprägten Arbeitgeber wird überwiegend neben der Mitgliedschaft im jeweiligen Arbeitgeberverband verlangt, dass dieser tariffähig ist und der abgeschlossene Branchentarifvertrag die Arbeitsverhältnisse auch erfasst (zur Differenzierung: *BAG Urteil vom 02. Juli 2008 – 10 AZR 386/07 – NZA-RR 2009, 145, Rz 24 ff.*).

80 Auch danach wird eine Tarifpluralität oder Tarifkonkurrenz, soweit keine Betriebsabteilung iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. VI Unterabs. 1 VTV betroffen ist, verhindert. Für die Tätigkeitsbereiche industrieller Arbeitgeber liegt dem die Einschätzung zu Grunde, dass bei einem Unterfallen unter die Tarifverträge dieser Branchen ohnehin keine bauliche Tätigkeit vorliegt. Für die übrigen Arbeitgeber gilt, dass nach dem Willen der Tarifvertragspartner, welche die AVE von Anfang an mit den Einschränkungen beantragen, ein Unterfallen der Arbeitnehmer unter den Geltungsbereich des VTV gemäß § 5 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 TVG über eine Verbandsbindung des Arbeitgebers und – im Regelfall – die Anwendung der einschlägigen Branchentarifverträge ausgeschlossen werden kann. Der Gefahr der Majorisierung kann also von den betroffenen Arbeitgebern gegengesteuert werden. Darüber hinaus besteht für Tätigkeiten, die sowohl bei einem Baubetrieb als auch bei einem anderen Betrieb anfallen können (Sowohl-als-auch-Tätigkeiten) über die Verbandsbindung des Arbeitgebers durch die AVE-Einschränkungen eine zusätzliche Abgrenzungsmöglichkeit, z.B. für den Garten- und Landschaftsbau und das Maler- und Lackiererhandwerk. Da die Tätigkeiten dieser Branchen typischerweise anderen Tarifverträgen unterfallen, ist durch ihre Herausnahme gerade dem Repräsentationsgedanken Rechnung getragen. Davon zu trennen ist die Prüfung, in welchem Umfang auf diese Möglichkeit verzichtet wird.

81 Die Beschränkungen des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags durch Ausnahmen innerhalb des Tarifwerks (s. oben aa) oder durch Ausnahmen von seiner AVE auf Antrag sind damit im Ergebnis gleichwertig. Sie erfolgen autonom durch die Tarifvertragsparteien selbst. Es liegt

keine Steuerung des Bezugsrahmens für eine AVE durch das Bundesministerium vor. Nur die Tarifvertragsparteien „optimieren“ durch die Festlegung und Beschränkung des Geltungsbereichs des jeweiligen Tarifvertrages dessen Tauglichkeit für eine AVE (vgl. *Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 127*).

c)

- 82 Wegen des durch den VTV und die AVE-Einschränkungen vorgegebenen Geltungsbereichs sind zur Feststellung der „Großen Zahl“ in erster Linie die von der ZVK-Bau mitgeteilten Zahlen über die baugewerblichen Arbeitnehmer heranzuziehen, die auf der Grundlage des Geltungsbereichs erhoben wurden. Sie halten einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit und Belastbarkeit nach der Art ihrer Erhebung und im Vergleich mit anderen Datenquellen stand.
- 83 Die in den Verfahren der AVE 2008 und AVE 2010 dem BMAS von dem jeweiligen Antragsteller mitgeteilten Zahlen der ZVK-Bau (für den VTV in den Fassungen vom 20. August 2007 und dem 05. Dezember 2007 [AVE 2008] durch den ZDB und die IG Bauen-Agrar-Umwelt; für den VTV in der Fassung vom 18. Dezember 2009 [AVE 2010] durch die IG Bauen-Agrar-Umwelt) sind nach der Auskunft der ZVK-Bau vom 31. März 2014 (Bl. 293-300 d.A.), auf die noch genauer eingegangen wird (bb), sorgfältig ermittelt worden. Die jeweils angegebene „Große Zahl“ beschränkte sich aber auf die gewerblichen Arbeitnehmer, obwohl der Tarifvertrag nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 bis Nr. 4 VTV auch für Angestellte galt, die eine nach dem SGB VI versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten, für Arbeitnehmer, die zur Ableistung einer gesetzlichen Dienstpflicht einberufen wurden und für Auszubildende nach dem BBiG.

aa)

- 84 Die Beschränkung auf die (größte) Teilgruppe der von dem Tarifvertrag erfassten Beschäftigten war unschädlich. Die Berechnung des Quorums aus „Großer Zahl“ und „Kleiner Zahl“ ist durchgängig nur für die gewerblichen Arbeitnehmer vorgenommen worden, ohne Erhöhung der „Kleinen Zahl“ durch Hinzurechnen von Angestellten oder Auszubildenden. Hierauf wird in den noch folgenden Kontrollberechnungen jeweils eingegangen. Die Berechnung der Halbmächtigkeit nur nach den Zahlen der gewerblichen Arbeitnehmer, entgegen dem personellen Geltungsbereich des VTV, ist darauf zurückzuführen, dass die AVE des VTV bisher immer gleichzeitig mit der AVE des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe (folgend: BRTV) beantragt wurde. Der betriebliche Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 BRTV stimmt mit § 1 Abs. 2 VTV überein. Der persönliche Geltungsbereich nach § 1 Abs. 3 BRTV ist jedoch auf die gewerblichen Arbeitnehmer beschränkt.

(1)

- 85 Diese „Arbeitserleichterung“, bei der die für den BRTV ermittelten Zahlen schlicht übernommen wurden, war ohne Verfälschung des Ergebnisses durchführbar. Es darf als sicher unterstellt werden, dass der Prozentsatz der bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Angestellten, Auszubildenden und Dienstverpflichteten unter dem Prozentsatz liegt, den diese Beschäftigtengruppen bei tarifgebundenen Arbeitgebern bilden.
- 86 Dies folgt aus den eingeholten Auskünften. Nach der Auskunft des ZDB vom 26. März 2014 betrug der Anteil der Angestellten an der Belegschaft zum Stichtag 30. September 2012, an dem dies erstmals festgestellt wurde, 74,8%. Von den von der ZVK-Bau erfassten Angestellten des Baugewerbes arbeiteten über 64% in organisierten Betrieben. Die Gruppe der Auszubildenden habe insgesamt über 6,7% der Beschäftigten der Mitgliedsbetriebe ausgemacht. (Frage 3, Bl. 273-276 d.A.). Der HDB hat für die organisierten Betriebe der

Bauindustrie mitgeteilt, dass die seit 2007 ermittelte Angestelltenquote an der Gesamtbeschäftigtenzahl bei den mittelbaren Mitgliedsbetrieben bei über 45% liege. Die Zahl der Ausbildungsverhältnisse sei bei internen Auswertungen zu den Stichtagen 30. September 2010 mit 5.019 ermittelt worden (Bl. 327-329 d.A.). Dies entspricht bei der für 2010 mitgeteilten Gesamtbeschäftigtenzahl (136.274) einer Quote von 3,68%. Die Addition der Prozentsätze der Angestellten und der Auszubildenden ergibt einen Anteil von mindestens 48%.

- 87 Die ZVK-Bau geht nach ihrer Auskunft vom 31. März 2014 (Bl. 299 d.A.) von einem Anteil von 15,9% Angestellter und Auszubildender an der Gesamtbeschäftigtenzahl aus (Sept. 2007: 97.952 von 614.725; Sept. 2009: 97.626 von 612.252). Dieses Verhältnis kann durch die Geschäftsberichte der SOKA-Bau nur teilweise überprüft werden, da dort eine Differenzierung zwischen gewerblichen Arbeitnehmern und Angestellten nur für das alte Bundesgebiet vorgenommen wurde (s. Schreiben der ZVK-Bau vom 04. Juni 2014, Bl. 406-424 d.A.). Bezogen auf das alte Bundesgebiet lag der Anteil der Angestellten an der Gesamtbelegschaft von 2006 bis 2009 zwischen 20,89% und 21,79%.

(2)

- 88 Nach den Daten des Statistischen Bundesamtes für 2007 und 2009 lag die Quote der Angestellten für das Bauhauptgewerbe bei 21,07% bzw. 21,23%, für die Bauinstallation bzw. das Ausbaugewerbe bei 24,64% bzw. 25,2%. Zur Ermittlung dieser Werte hat die Kammer die auch von dem BMAS genutzte „Fachserie 4, Reihe 5.1., Produzierendes Gewerbe, Tätige Personen und Umsatz der Betriebe im Baugewerbe“ des Stat. Bundesamtes verwendet (folgend: Fachserie Baugewerbe; s. www.destatis.de → Publikationen → Thematische Veröffentlichungen → Fachserien und Tabellenbände: Fachserie 4, Reihe 5 Baugewerbe → Beschäftigung, Umsatz und Investitionen der Unternehmen im Baugewerbe, Fachserie 4, Reihe 5.2 → Tätige Personen und Umsatz der Betriebe im Baugewerbe, Fachserie 4, Reihe 5.1-2013 → Ältere Ausgaben). Dies ist eine betriebliche Jahreserhebung im Baugewerbe.
- 89 Für die Werte für 2007 wurde von der im März 2008 veröffentlichten Fachserie ausgegangen, für die Werte für 2009 von der im März 2010 veröffentlichten Fachserie. In der Fachserie wird unterschieden zwischen „Vorbereitenden Baustellenarbeiten, Hoch- und Tiefbau“ (Bauhauptgewerbe) und „Bauinstallation und sonstiges Baugewerbe“ bzw. „Ausbaugewerbe“. Die teilweise unterschiedlichen Bezeichnungen beruhen auf einem Wechsel der Klassifikation der Wirtschaftszweige (von WZ 2003 zu WZ 2008), der auch bei einem direkten Zahlenvergleich beachtet werden muss. Für das Bauhauptgewerbe liegen in der Tabelle Bauhauptgewerbe 1.6 Daten aller „Tätigen Personen“, der „Tätigen Inhaber und Mitinhaber und unbezahlt mithelfenden Familienangehörigen“, der „Kaufmännischen und technischen Arbeitnehmer, kaufm./technischen Auszubildenden“ und der „Gewerblichen Arbeitnehmer (einschließlich Poliere, Schachtmeister und Meister)“ vor. Die oben angeführten Prozentsätze sind in der Weise berechnet worden, dass von der Zahl der im Baugewerbe tätigen Personen die Inhaber und Familienangehörigen subtrahiert und dieses Ergebnis (2007: 663.932, 2009: 660.224) in ein Verhältnis zur Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer gesetzt wurde (2007: 524.020, 2009: 520.066).
- 90 Für die Bauinstallation und das sonstige Baugewerbe [WZ 2003] bzw. das Ausbaugewerbe [WZ 2008] sind die Daten der Tabelle 1.1 zu Bauinstallation bzw. Ausbaugewerbe verwendet worden. In diesen Tabellen werden nur die Gesamtzahlen der „Tätigen Personen“ und der „Gewerblichen Arbeitnehmer“ angegeben. Ein Herausrechnen der Betriebsinhaber und ohne Entgelt mithelfenden Familienangehörigen ist nicht möglich. Die Prozentwerte sind damit im

Vergleich zu denen des Bauhauptgewebes etwas zu niedrig. Angesetzt wurden 411.470 zu 101.399 Personen für 2007 und 434.193 zu 109.414 Personen für 2009.

- 91 Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass der von den Verbänden angegebene Anteil der Angestellten und Auszubildenden an der Gesamtbelegschaft in den Mitgliedsbetrieben deutlich über 40% liegt, der Anteil dieser Personengruppe für das Baugewerbe insgesamt aber nach allen Kontrollberechnungen an Hand der Daten des Statistischen Bundesamtes deutlich unter 30% liegt. Dies rechtfertigt die dieser Prüfung vorangestellte Aussage, dass die von der ZVK-Bau ermittelten Zahlen nicht bereits deshalb ungeeignet für die Festlegung der „Großen Zahl“ sind, weil sie sich auf die Teilgruppe der gewerblichen Arbeitnehmer beschränkt.

bb)

- 92 Nach der auf den Beschluss vom 05. Februar 2014 (Sitzungsniederschrift Bl. 233-235 d.A.) durch das Schreiben vom 31. März 2014 erteilten Auskunft der ZVK-Bau (Bl. 293-300 d.A.) hat die ZVK-Bau die jeweils für den 30. September 2007 und 30. September 2009 mitgeteilte „Große Zahl“ sorgfältig ermittelt. In die jeweilige „Große Zahl“ sind nicht nur die Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer eingeflossen, deren Betriebe von der ZVK-Bau sicher als Baubetriebe im Sinne des VTV erfasst waren. Die ZVK-Bau hat auch diejenigen Arbeitnehmer der großen Zahl zugerechnet, deren Betriebe sich noch in einer so genannten Geltungsbereichsprüfung befanden und deren Zahl geschätzt wurde. Wie von der ZVK-Bau dargestellt, wertet das Sachgebiet „Betriebserfassung“ in der Hauptabteilung Beitragseinzug sämtliche verfügbaren Informationen zu möglichen Baubetrieben aus und zählt jeden Betrieb und dessen Arbeitnehmer im Rahmen der Geltungsbereichsprüfung als „baulich im Sinne des VTV“, bis eine abschließende negative Klärung erfolgt ist, gegebenenfalls durch ein Gerichtsverfahren. Das Mitzählen aller Arbeitsverhältnisse derjenigen Betriebe oder Betriebsabteilungen, welche sich noch in einer Geltungsbereichsprüfung befinden, führt auch dazu, dass im Zweifel Betriebe erfasst werden, deren Tätigkeiten eher Grenzbereiche der Anwendung des VTV betreffen.
- 93 Die von der Beklagten angeführten Arbeitnehmer mit einer baulichen Tätigkeit, welche bei einem baufremden Arbeitgeber arbeiten, müssen nicht berücksichtigt werden. Dieser Arbeitnehmer fallen ungeachtet ihrer Tätigkeit nicht gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages, weil dieser betrieblich nicht eröffnet ist.
- 94 Die von der Beklagten und der Rechtsprechung geforderte Ausschöpfung aller greifbaren Erkenntnismittel und des Datenmaterials z.B. der Krankenkassen, den Kammern, den Innungen, der Agentur für Arbeit und der Berufsgenossenschaften (vgl. *BAG Urteil vom 22. Oktober 2003 - 10 AZR 13/03 - AP Nr. 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung, Rz 109*) findet danach zumindest bei der Ermittlung der „Großen Zahl“ durch die ZVK-Bau selbst statt. Auch der Aussage der 16. Kammer des Hess. Landesarbeitsgerichts im Urteil vom 04. Juni 2007 (- 16 Sa 1444/05 - veröffentlicht in *juris*, Rz 54), dass davon auszugehen sei, dass der ZVK-Bau relativ wenig Betriebe „entgehen“, kann deshalb zugestimmt werden. Außerdem wird die Zahl der Arbeitnehmer, welche in Betrieben tätig sind, die sich noch in der „Geltungsbereichsprüfung“ befinden, nach der Wahrnehmung der Kammer aus Rechtsstreitigkeiten um das Unterfallen eines Betriebs unter den VTV häufig eher zu hoch als zu niedrig geschätzt.
- 95 Die in dem Schreiben vom 31. März 2014 geschilderte Geltungsbereichsprüfung führt schließlich dazu, dass die für die „Große Zahl“ angenommenen Betriebe der geschätzten Arbeitsverhältnisse ziemlich genau den Anwendungsbereich des VTV widerspiegeln. Eine

solche Genauigkeit kann bei Verwendung statistischer Daten, denen ein anderer Betriebsbegriff als der des VTV zu Grunde liegt, nicht erreicht werden.

cc)

- 96 Die Kammer teilt nicht die Auffassung der Beklagten, dass nicht auszuschließen sei, dass die ZVK-Bau - bewusst oder unbewusst - aus Eigeninteresse eine zu niedrige „Große Zahl“ liefere (vgl. auch *Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 132*). Dagegen spricht, dass andere verfügbare (nicht statistische) Daten zur Zahl der vom VTV erfassten Arbeitnehmer unter den in Verfahren der AVE 2008 und AVE 2010 mitgeteilten Zahlen liegen. Die Kammer hat für diese Kontrollüberlegungen die Zahlen der Winterbauförderung und die Zahl der in den Geschäftsberichten der SOKA-Bau gemeldeten Arbeitnehmer herangezogen.

(1)

- 97 Die ZVK-Bau war in den Jahren 2007 bis 2009 nach §§ 365 SGB III, 4 Winterbeschäftigungs-Verordnung eine der Einzugsstellen für die Winterbeschäftigungsumlage. Die Prüfung, ob ein Baubetrieb nach § 175 Abs. 1 SGB II aF iVm. § 1 Abs. 2 Baubetriebe-Verordnung umlagepflichtig war, oblag der Agentur für Arbeit. Der Anwendungsbereich der Baubetriebe-Verordnung und des VTV sind in weiten Bereichen, aber nicht vollständig, deckungsgleich (*BAG Urteil vom 20. April 2005 – 10 AZR 282/04 – AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Elektrohandwerk; BAG Urteil vom 13. Mai 2004 – 10 AZR 120/03 – AP Nr. 265 zu 3 1 TVG Tarifverträge: Bau*). Es durfte daher angenommen werden, dass die Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer, für die von 2007 bis 2009 eine Umlage zu entrichten war (§1 Abs. 1 Nr. 1 Winterbeschäftigungs-Verordnung) unter der Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer (nach der Erfassung gemeldeter Arbeitnehmer und der zusätzlichen Geltungsbereichsprüfung durch die ZVK-Bau) liegen würde. Das ist nach der durch Schreiben vom 24. April 2014 geforderten zusätzlichen Auskunft (Bl. 345 d.A.) der ZVK-Bau vom 04. Juni 2014 (Bl. 402 f. d.A.) der Fall.
- 98 Die ZVK-Bau zog zum 30. September 2007 die Winterbauumlage für 514.608 gewerbliche Arbeitnehmer ein. Sie meldete zu diesem Stichtag eine „Große Zahl“ von 516.773 gewerblichen Arbeitnehmern. Für den Stichtag 30. September 2007 beträgt das Verhältnis 508.635 gewerbliche Arbeitnehmer zu 514.626 geschätzten gewerblichen Arbeitnehmern.

(2)

- 99 Eine weitere Kontrolle der in den Verfahren für die AVE 2008 und die AVE 2010 von der ZVK-Bau angegebenen Zahlen zu den gewerblichen Arbeitnehmern im Anwendungsbereich des VTV war durch die Geschäftsberichte der SOKA-Bau möglich. Nach der Auskunft der ZVK-Bau vom 04. Juni 2014 (Bl. 402-425 d.A.) war in ihren Geschäftsberichten die Zahl der gemeldeten Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt angegeben. Es darf unterstellt werden, dass die ZVK-Bau als Zusatzversorgungskasse in der Rechtsform einer AG in ihren Geschäftsberichten nur solche Zahlen veröffentlicht, welche einer Überprüfung standhalten. Zur Überprüfung der jeweils mitgeteilten „Großen Zahl“ hat die Kammer daher festgestellt, ob die gemeldeten gewerblichen Arbeitnehmer nach den Geschäftsberichten, d.h. die Zahl der Arbeitnehmer ohne „Hinzuschätzen“ im Sinne einer Geltungsbereichsprüfung, niedriger war.
- 100 Der für das Jahr 2007 mitgeteilten „Großen Zahl“ von 516.773 gewerblichen Arbeitnehmern steht in dem Geschäftsbericht für 2007 die Zahl von 483.660 gemeldeten Arbeitnehmern im Jahresdurchschnitt gegenüber (Kopie Bl. 414 d.A.). Die für das Jahr 2009 mitgeteilte „Große Zahl“ von 514.626 gewerblichen Arbeitnehmern wird von der in dem Geschäftsbericht für 2009 gemachten Angabe von 458.762 gemeldeten gewerblichen Arbeitnehmern unterschritten (Kopie

Bl. 424 d.A.). Auch danach bestand kein Anhaltspunkt dafür, dass die jeweils mitgeteilte „Große Zahl“ zu niedrig angesetzt wurde.

d)

- 101 Die jährlich veröffentlichten Daten des Statistischen Bundesamts zum Baugewerbe und die Daten der Agentur für Arbeit über die sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in den dem Baugewerbe zugehörigen Wirtschaftsabteilungen und -gruppen sind nicht besser geeignet zur Überprüfung der Halbmächtigkeit als die der ZVK-Bau, sondern schlechter verwendbar.
- 102 Zur Kontrolle der von der ZVK-Bau jeweils mitgeteilten „Großen Zahl“ ist mit erheblichen Einschränkungen nur eine gemeinsame Auswertung der Daten des Statistischen Bundesamtes und der Agentur für Arbeit durchführbar, wie nachstehend vollzogen.
- 103 Als ungeeignet erscheinen die im Internet veröffentlichten Zahlen der Berufsgenossenschaft BG Bau. Die IG Bauen-Agrar-Umwelt hat auf die Anfrage durch Beschluss vom 05. Februar 2014 in ihrer Auskunft vom 31. März 2014 (Bl. 282 f. d.A.) erklärt, über keine anderen Zahlen zu verfügen als von der ZVK-Bau bzw. den Arbeitgeberverbänden bereitgestellt.

aa)

- 104 Die auch von dem BMAS benutzte Fachserie Baugewerbe des Statistischen Bundesamtes ist nur bedingt zur Feststellung der „Großen Zahl“ verwendbar.
- 105 Nach den allgemeinen und methodischen Erläuterungen der durch das BMAS verwendeten Ausgaben von März 2008 (Daten Ende Juni 2007, s. Bl. 118 ff. der Beiakte IIIa3-31241-Ü-14b/62) und Februar 2009 (Daten Ende Juni 2008, s. Bl. 122 ff. der Beiakte IIIa3-31241-Ü-14b/64) ist Erhebungseinheit der „Betrieb“. Dieser Betriebsbegriff ist nicht identisch mit dem des VTV, es handelt sich um örtliche Einheiten, so dass ein Unternehmen mit mehreren Betrieben mehrfach erfasst wird. Auch Arbeitsgemeinschaften zählen zu den Betrieben. Aus der Gesamtzahl der „Tätigen Personen“, zu denen auch die Betriebsinhaber und Organvertreter im Dienstverhältnis zählen, können diese für den Teilbereich der Bauinstallation (ab WZ 2008: Ausbaugewerbe) deshalb nicht einfach mit Hilfe der ebenfalls angegebenen Gesamtzahl der Betriebe herausgerechnet werden. Es fehlt auch eine Rubrik „Tätige Inhaber, mithelfende Familienangehörige“, wie diese für das Bauhauptgewerbe existiert. Schließlich erfolgt die Zuordnung der Betriebe nach dem Schwerpunkt ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit, nicht nach dem zeitlichen Schwerpunkt der Tätigkeiten ihrer Arbeitnehmer.
- 106 Hinsichtlich der durch das BMAS verwendeten Ausgaben ist klarzustellen, dass zum Zeitpunkt der Überprüfung der „Großen Zahl“ für die AVE 2010 am 01. Februar 2010 (S. 120 der BMAS-Akten) die Statistischen Zahlen von Ende Juni 2009 noch nicht vorlagen, welche erst am 11. Februar 2010 veröffentlicht wurden. Das BMAS hat daher die 2009 veröffentlichten Daten von Ende Juni 2008 verwendet.
- 107 Greift man gleichwohl auf die Zahlen des Statistischen Bundesamts mit der Unterstellung zurück, dass im Regelfall der wirtschaftliche und zeitliche Schwerpunkt eines Betriebs übereinstimmen, und beschränkt sich auf die für die gewerblichen Arbeitnehmer angegeben oder errechenbaren Werte, so ist die Aussagekraft der Zahlen weiter dadurch beschränkt, dass in den WZ-Nr. 45.3 bis 45.5 [WZ 2003], welche die so genannte Bauinstallation betrafen, nur Betriebe mit mehr als 10 tätigen Personen oder Betriebe von Unternehmen mit mehr als 10 tätigen Personen erfasst wurden. Sowohl der durch das BMAS verwendeten Ausgabe von März 2008 (Daten Ende Juni 2007) als auch der Ausgabe von Februar 2009 Daten Ende Juni 2008) lag noch die Klassifikation der Wirtschaftszweige Ausgabe 2003 [WZ 2003] zu Grunde, was bei einem

Vergleich der Zahlen des Statistischen Bundesamtes mit denen der Agentur für Arbeit (s. unten) zu berücksichtigen ist.

- 108 Die Behauptung der Beklagten, durch das Statistische Bundesamt würden nur Arbeitsverhältnisse erfasst, die bereits 6 Monate oder länger bestehen würden, ist nicht zutreffend. Dies ist den allgemeinen und methodischen Erläuterungen nicht zu entnehmen.
- 109 Hinzu kommt ein weiteres Problem. Geht man, wie oben vertreten, davon aus, dass bei der Feststellung der „Großen Zahl“ die Einschränkung des Geltungsbereichs des VTV durch § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV und die AVE-Einschränkungen berücksichtigt werden müssen, dürfen nicht die Daten aller Gewerke der Rubrik Bauinstallation (ab WZ 2008: Ausbaugewerbe) herangezogen werden. Es ist eine Auswahl erforderlich. Weiter sind in der Tabelle Bauhauptgewerbe 1.2 die Daten der „Tätigen Personen“ für die Rubriken 45.22.1 „Dachdeckerei und Bauspenglerei“ und 45.25.4 „Gerüstbau“ herauszurechnen.
- 110 Das BMAS hat in den Prüfungsverfahren der AVE 2008 und AVE 2010 die Zahlen des Bauhauptgewerbes entsprechend reduziert und für das Ausbaugewerbe nur die Daten der Rubriken [WZ 2003] 45.32 „Dämmung gegen Kälte, Wärme, Schall und Erschütterung“, 45.41 „Stuckateurgewerbe, Gipserei u. Verputzerei“, 45.42 „Bautischlerei und -schlosserei“, 45.43.2 „Fliesen-, Platten- und Mosaiklegerei“ und 45.43.3 „Estrichlegerei“ berücksichtigt. Da die Kriterien für die Zuordnung nach Wirtschaftszweigen und die des VTV für die Einbeziehung baulicher Tätigkeiten in den Geltungsbereich bzw. deren Herausnahme nicht übereinstimmen, ist mit einer erheblichen Ungenauigkeit zu rechnen. Nach den allgemeinen und methodischen Erläuterungen ist lediglich auszuschließen, dass ein Betrieb unter mehreren Klassifikationen entsprechend dem möglichen Anteil der unterschiedlichen Gewerke an der gesamten betrieblichen Tätigkeit aufgeführt wird. Die Zuordnung eines Betriebes bei den Jahresehebungen erfolgt „...nach dem Schwerpunkt der baugewerblichen Tätigkeit.“ Dagegen dürfte davon auszugehen sein, dass nach dem Maßstab der Kriterien für eine Prüfung, ob ein Betrieb dem Geltungsbereich des VTV unterfällt, die Zahl derjenigen Betriebe zu hoch ist, die sich nach eigener Einschätzung einem in § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV angeführten Ausnahmewerken zurechnen und daher statistisch in den Klassifikationen der Bauinstallation erfasst wurden.

bb)

- 111 Die Beschäftigungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit über die sozialversicherungspflichtig Beschäftigten für die dem Baugewerbe zuzurechnenden Wirtschaftszweige ist isoliert betrachtet keine taugliche Grundlage für die Feststellung der „Großen Zahl“.
- 112 Die Daten der Agentur für Arbeit sind über das Internet zugänglich. Die Kammer geht davon aus, dass sie eine hohe Richtigkeitsgewähr haben, da ihnen die Meldungen aller sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisse bei den Krankenkassen als Einzugsstellen zu Grunde liegen. Verwendet man die Excel-Tabelle „Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte nach Wirtschaftsgruppen in Deutschland“ (s. <http://statistik.arbeitsagentur.de> → Statistik nach Themen → Beschäftigung → Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte → nach Wirtschaftszweigen – Deutschland, Länder) erhält man Daten, für die nur Arbeitsverhältnisse in Baubetrieben entsprechend der Klassifikation der Wirtschaftszweige [WZ 2003 oder WZ 2008] erfasst wurden.
- 113 Die Behauptung des Klägers, die Beschäftigtenzahlen der Bundesagentur für Arbeit seien höher als die Zahlen des Statistischen Bundesamtes, weil Arbeitnehmer mit Bauberufen von der

Agentur für Arbeit statistisch auch noch als dem Baugewerbe zuzurechnende Arbeitnehmer erfasst würden, wenn sie längst baufremd arbeiteten, ist für die von der Kammer verwendeten Statistiken nicht zutreffend. Die Statistiken der Bundesagentur für Arbeit über sozialversicherungspflichtige Beschäftigte klassifizieren u.a. sowohl nach Berufen wie nach Wirtschaftszweigen. Diese unterschiedlichen Klassifizierungen führen zu unterschiedlichen statistischen Daten. Der Klassifikation nach Wirtschaftszweigen und der nach dieser Klassifikation erhobenen Daten über die sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten, welcher die Kammer genutzt hat, liegen die WZ 2003 bzw. seit 2008 die WZ 2008 zu Grunde (s. <http://statistik.arbeitsagentur.de> → Grundlagen → Beschäftigung → Klassifikation der Berufe und Klassifikation der Wirtschaftszweige).

- 114 Wie den Parteien in der Verhandlung am 02. Juli 2014 mitgeteilt, hat eine telefonische Nachfrage bei dem Datenzentrum Statistik der Agentur für Arbeit (s. <http://statistik.arbeitsagentur.de> → Kontakt) außerdem Folgendes ergeben: Die statistischen Daten werden erst 6 Monate nach dem jeweiligen Stichtag erhoben. Damit werde Korrekturmeldungen zu den sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen abgewartet, um eine höhere Richtigkeit zu erhalten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nur Beschäftigungsverhältnisse erfasst werden, die 6 Monate oder länger bestehen. Vielmehr geben die Daten alle sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse zum Stichtag wieder. Außerdem werden Doppelbeschäftigungen ausgeschieden, jeder Arbeitnehmer wird nur einmal erfasst, auch wenn er zum Stichtag in mehreren Beschäftigungsverhältnissen stand.
- 115 Es ist deshalb von einer hohen Genauigkeit der statistischen Daten über die Zahl der Arbeitsverhältnisse im Baugewerbe auszugehen. Damit muss aber auch untersucht werden, warum die Daten der Agentur für Arbeit einerseits und die des Statistischen Bundesamts andererseits bei identischer Klassifizierung nach Wirtschaftsgruppen hinsichtlich der Zahl der Beschäftigungsverhältnisse insgesamt deutlich voneinander abweichen. So führt die Statistik des Statistischen Bundesamtes für Juni 2007 insgesamt 1.131.635 im Baugewerbe Tätige auf (WZ-Nr. 45.1 und 45.2 = 720.165, WZ-Nr. 45.3 bis 45.5 = 411.470), die Statistik der Agentur für Arbeit 1.541.573 sozialversicherungspflichtige Beschäftigte.
- 116 Wie am 02. Juli 2014 erörtert, kann dies nach Einschätzung der Kammer nur darauf zurückzuführen sein, dass das Statistische Bundesamt für die Wirtschaftsabteilungen „Bauinstallation und sonstiges Baugewerbe“ [WZ 2003] bzw. „Ausbaugewerbe“ [WZ 2008] nur Betriebe und Unternehmen mit mehr als 10 tätigen Personen erfasst. Die meisten Beschäftigten im Ausbaugewerbe scheinen in kleineren Betrieben zu arbeiten. Dies entspricht auch dem Eindruck der Kammer nach den vor ihr geführten Rechtsstreiten um die Geltung des VTV für Betriebe dieses Teilbereichs.
- 117 Trotz der von der Kammer angenommenen hohen Genauigkeit der Daten der Agentur für Arbeit sind diese isoliert nicht geeignet, die nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG maßgebliche „Große Zahl“ zu ermitteln. Wie unter II. 2. b) ausgeführt, sind Arbeitnehmer solcher Betriebe, welche nach § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV fallen oder für die eine Einschränkung der AVE gilt, für die „Große Zahl“ nicht zu berücksichtigen. Die Statistik der Bundesagentur für Arbeit über die sozialversicherungspflichtig Beschäftigten für die dem Baugewerbe zuzurechnenden Wirtschaftszweige differenziert innerhalb der Wirtschaftsabteilung 45 [WZ 2003, verwendet bis Ende 2007] bzw. dem Kennzahlbereich/Abteilung 41. bis 43. [WZ 2008, verwendet ab 2008] nur gering. Es werden für die WZ 2003 wie für die WZ 2008 nur bis 3 Ziffern (Wirtschaftsgruppen) Einzeldaten aufgeführt. Dies schließt es für den Bereich des Ausbaugewerbes (nach WZ 2003: Bauinstallation und

sonstiges Baugewerbe) aus, diejenigen Beschäftigten herauszurechnen, die in Betrieben arbeiten, die nach § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV nicht vom VTV erfasst werden oder für die eine AVE-Einschränkung gilt. Auch eine Auswertung bis auf die Ebene der Wirtschaftsklassen und – unterklassen, wie bei der Agentur für Arbeit anforderbar, differenziert in deutlich geringerem Umfang als die Statistik des Statistischen Bundesamtes in der Fachserie Baugewerbe nach der WZ 2003 (vgl. die von der Beklagten angeforderte Auswertung nach der WZ 2008 laut E-Mail der Agentur für Arbeit vom 10. Januar 2013, Kopien als Anlage zum Sitzungsprotokoll vom 16. Januar 2013, Bl. 116-120 d.A.).

- 118 Die Kammer hat daher eine Kontrollberechnung der von der ZVK-Bau jeweils mitgeteilten „Großen Zahl“ anhand kombinierter Daten des Statistischen Bundesamtes und der Agentur für Arbeit vorgenommen, s.u. dd).

cc)

- 119 Als ungeeignet zur Feststellung oder Kontrolle der „Großen Zahl“ beurteilt die Kammer die im Internet zugänglichen Zahlen der BG Bau. Die Zahl der bei der BG-Bau Versicherten (recherchiert für 2011: 2.709.293 Personen, s. www.bgbau.de → Die BG-Bau → Publikationen → Flyer Zahlen, Daten, Fakten → Basisdaten allgemein) erfasst nicht nur die im Baugewerbe tätigen Personen. Die BG-Bau ist die gesetzliche Unfallversicherung für die Bauwirtschaft und baunahe Dienstleistungen. Damit hat sie nicht nur Zuständigkeiten im WZ-Bereich [WZ 2008] „Abschnitt F Baugewerbe/Bau“ sondern ist nach per E-Mail kurzfristig durch die Kammer eingeholten Auskunft der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) auch zuständig für die Kennzahlbereiche/Abteilungen 23 (Herstellung von Glas und Glaswaren, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden), 30 (sonstiger Fahrzeugbau), 38 (Sammlung, Behandlung und Beseitigung von Abfällen; Rückgewinnung), 62 (Erbringung von Dienstleistungen der Informationstechnologie) und 81 (Gebäudebetreuung; Garten- und Landschaftsbau). Damit können keine Rückschlüsse aus den zu den Versicherten der BG-Bau erhobenen Zahlen über die Beschäftigten in den dem VTV unterfallenden Betrieben gezogen werden.

dd)

- 120 Ausgehend von der Bewertung, dass zur Feststellung der „Großen Zahl“ die von der ZVK-Bau mitgeteilten Zahlen heranzuziehen sind und die statistischen Daten des Statistischen Bundesamtes (Fachserie Baugewerbe) sowie der Agentur für Arbeit über sozialversicherungspflichtig Beschäftigte nach Wirtschaftszweigen keine genauen Rückschlüsse auf die Zahl der Arbeitnehmer in den unter den VTV fallenden und nicht von der AVE ausgenommenen Betriebe zulassen, hat die Kammer gleichwohl eine Kontrollberechnung durchgeführt. Die Zahlenangaben der ZVK-Bau sind anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes und der Agentur für Arbeit überprüft worden. Die Überprüfung hat ergeben, dass die Angaben der ZVK-Bau zur „Großen Zahl“, bezogen auf den September 2007 und den September 2009, belastbar waren, vor allen Dingen nicht zu niedrig.

- 121 Die Kammer ist dabei so vorgegangen:

(1)

- 122 In einem ersten Schritt wurde nach der Fachserie Baugewerbe die Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer zu Ende Juni 2007 und Ende Juni 2008 ermittelt. Damit hat die Kammer auf dieselben Daten zurückgegriffen wie das BMAS, für die AVE 2010 sind die Daten für Juni 2009 später in einer weiteren Kontrollberechnung hinzugezogen worden. Die Beschränkung zunächst auf die Daten für Juni 2007 und Juni 2008 war auch deshalb geboten, weil das Statistische

Bundesamt die Daten der Fachserie für 2008 noch nach der WZ 2003 erhoben hat, die Daten für 2009 wurden entsprechend der WZ 2008 erfasst. Wegen der Änderung der Wirtschaftszweigsystematik sind die Daten ab 2009 gegenüber den Daten der Vorjahre nur eingeschränkt vergleichbar (vgl. Anm. zur Fachserie 4/Reihe 5.1 vom 11. Februar 2010, Stand Ende Juni 2009, s. www.destatis.de). Die Daten der Fachserie werden nur einmal jährlich erhoben, Daten zu dem von der ZVK-Bau gewählten Stichtag 30. September liegen nicht vor.

- 123 Anders als durch das BMAS wurden für das Bauhauptgewerbe (WZ-Nr. 45.1 und 45.2) nur die Daten der Spalte „Arbeiter (einschließlich Poliere, Schachtmeister u. Meister)“ herangezogen. Herauszurechnen waren die Wirtschaftsklassen bzw. Wirtschaftsunterklassen 45.22.1 „Dachdeckerei und Bauspenglerei“ und 45.25.4 „Gerüstbau“. Es ist zu berücksichtigen, dass die Zahl der so ermittelten gewerblichen Arbeitnehmer zu hoch sein kann, da sich die in der Abteilung „vorbereitende Baustellenarbeiten“ (Wirtschaftsunterklassen 45.11.1, 45.11.2 und 45.11.4) im Abbruch und in der Abteilung „Errichtung von Fertigteilbau“ (Wirtschaftsunterklassen 45.21.3 bis 45.21.5) bei Fertigbauarbeiten iSd. VTV tätigen gewerblichen Arbeitnehmer nicht herausrechnen lassen (s. die „Allgemeinen und methodischen Erläuterungen zu den betrieblichen Jahresherhebungen im Baugewerbe“, www.destatis.de). Dies ergab für Juni 2007 446.396 gewerbliche Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe und für Juni 2008 440.915 gewerbliche Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe (berücksichtigt wurden: 45.1, 45.21, 45.22.2 und 45.22.3, 45.23, 45.24 sowie 45.25 ohne 45.25.4).
- 124 Für den Bereich des Ausbaugewerbes („Bauinstallation und sonstiges Baugewerbe“) hat die Kammer die Zahlen der Spalte „darunter gewerbl. Arbeitnehmer“ der Fachserie Baugewerbe verwendet. Wegen der Einschränkungen nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV wurden nur die Wirtschaftsklassen und Wirtschaftsunterklassen 45.32, 45.34, 45.41, 45.42, 45.43.2, 45.43.3, 45.45.3 und 45.5 berücksichtigt. Damit hat die Kammer mehr Gewerke einbezogen als das BMAS bei seinen Prüfungen, nämlich auch „Sonstige Bauinstallation“ (45.34), „Ausbaugewerbe a.n.g.“ (45.45.3) und „Vermietung v. Baumaschinen u. -geräten mit Bedienungspersonal“ (45.5). Dies ergab für Juni 2007 weitere 66.064 gewerbliche Arbeitnehmer im Ausbaugewerbe und für Juni 2008 weitere 63.923 gewerbliche Arbeitnehmer im Ausbaugewerbe.

(2)

- 125 In einem zweiten Schritt wurde die Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer des Ausbaugewerbes in Betrieben und Unternehmen mit weniger als 10 tätigen Personen geschätzt. Da die statistischen Daten der Agentur für Arbeit über die sozialversicherungspflichtig Beschäftigten eine Auswertung bis auf die Ebene der Wirtschaftsklassen und -unterklassen, wie bei den Daten der Fachserie Baugewerbe [WZ 2003], nicht zulassen, hat die Kammer folgenden Weg gewählt. Für die Jahre 2005, 2006 und 2007, für welche sowohl die Agentur für Arbeit als auch das Statistische Bundesamt ihre Daten noch nach der Klassifikation WZ 2003 erhoben haben, wurde berechnet, in welchem Verhältnis die Zahl aller Beschäftigten des Ausbaugewerbes („Bauinstallation und sonstiges Baugewerbe“ 45.3 bis 45.5) nach den Daten der Bundesagentur für Arbeit und des Statistischen Bundesamtes zueinander standen. Für das Jahr 2008 war dies bereits nicht mehr durchführbar, da die Agentur für Arbeit die Daten nach der WZ 2008, das Statistische Bundesamt nach der WZ 2003 erhob. Dabei hat die Kammer jeweils die Daten den Monats Juni verwertet, obwohl bei der Agentur für Arbeit auch Daten für den September eines jeden Jahres vorliegen, da nach der Fachserie Baugewerbe die Daten nur einmal jährlich im Juni erhoben werden.

126 Dies führte zu diesem tabellarisch dargestellten Ergebnis:

127

WZ-Nr. 45.3 bis 45.5	Jun 05	Jun 06	Jun 07
Beschäftigte Agentur für Arbeit	816.706	809.631	824.457
Beschäftigte Stat. Bundesamt	412.615	403.708	411.470
Faktor	1,98	2,00	2,00

128 Die Kammer hat die unter (1) angeführten Zahlen nach der Fachserie Baugewerbe für die Bereiche „Bauinstallation und sonstiges Baugewerbe“ mit dem Faktor 2,00 multipliziert, um die nach dieser Statistik für Juni 2007 und Juni 2008 nach Gewerken ausgewählten Zahlen auf alle gewerblichen Beschäftigten, also auch in kleineren Betrieben, hochzurechnen. Dabei wurde angenommen, dass das Verhältnis der Gesamtzahl aller Beschäftigten des Ausbaugewerbes einschließlich der in den ausgewählten Gewerken zu der Zahl der Beschäftigten in Betrieben und Unternehmen ab 10 Tätigen, ebenfalls auch für die ausgewählten Gewerke, gleichbleibend war.

129 Danach war für das Ausbaugewerbe für Juni 2007 geschätzt von 132.128 gewerblichen Arbeitnehmern ($66.064 \times 2,00$) und für Juni 2008 geschätzt von 127.846 gewerblichen Arbeitnehmern ($63.923 \times 2,00$) auszugehen.

130 Nach den unter Berücksichtigung der Daten der Agentur für Arbeit hochgerechneten Daten der Fachserie Baugewerbe des Statistischen Bundesamtes geht die Kammer daher von 578.524 gewerblichen Arbeitnehmern im Juni 2007 ($446.396 + 132.128$) in vom VTV erfassten Betrieben und von 568.761 gewerblichen Arbeitnehmern im Juni 2008 ($440.915 + 127.846$) in vom VTV erfassten Betrieben aus.

(3)

131 Die Kammer hat weiter geprüft, wie auf vergleichbarem Weg Zahlen für September 2009 ermittelt werden können.

132 Sie hat zunächst für das Bauhauptgewerbe (WZ-Nr. 41.2, 42, 43.1 und 43.9 nach der WZ 2008) wieder die Daten der Spalte „Arbeiter (einschließlich Poliere, Schachtmeister u. Meister)“ verwendet. Zusammenzurechnen waren die Abteilungen, Gruppen und Unterklassen 41.2 „Bau von Gebäuden“, 42 „Tiefbau“, und 43.91.2 „Zimmerei und Ingenieurholzbau“. Außerdem war die Klasse 43.99 „Sonstige spezialisierte Bautätigkeiten, a.n.g.“ nach Abzug der Unterklasse 43.99.1 „Gerüstbau“ zu addieren. Dies ergab 419.890 gewerbliche Arbeitnehmer. Auch dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zahl der so ermittelten gewerblichen Arbeitnehmer zu hoch sein kann, da die bei der „Errichtung von Fertigteilmbauten“ (41.20.2) tätigen gewerblichen Arbeitnehmer auch Fertigbauarbeiten iSd. VTV ausführen können.

133 Für den Bereich des Ausbaugewerbes hat die Kammer wieder die Zahlen der Spalte „darunter gewerbl. Arbeitnehmer“ der Fachserie Baugewerbe verwendet. Die unter (2) geschilderte Berechnung für das Ausbaugewerbe ist nach der WZ 2008 aber nicht mehr einfach durchführbar. Das unter den (neuen) WZ-Nr. 43.2 und 43.3 zusammenfasste „Ausbaugewebe insgesamt“ ist nicht mehr so stark untergliedert. Das schließt es aus, innerhalb der Klasse 43.33 „Fußboden-, Fliesen- und Plattenlegerei, Tapeziererei“ weiter zu differenzieren. Für eine

annähernd zutreffende Berücksichtigung der Einschränkungen nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV wurden nach der WZ 2008 die Wirtschaftsklassen 43.29, 43.31, 43.32, 43.33 und 43.39 berücksichtigt. Dies ergab - wie zu erwarten - eine gegenüber Juni 2008 höhere Zahl gewerbliche Arbeitnehmer, nämlich 78.689.

134 Vergleichbar der unter (2) geschilderten Vorgehensweise ist dann weiter ermittelt worden, mit welchem Faktor die Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer im Ausbaugewerbe unter Berücksichtigung der Daten der Agentur für Arbeit zu multiplizieren ist, um auch diejenigen gewerblichen Arbeitnehmer mit der Schätzung zu erfassen, welche in kleineren Betrieben und Unternehmen arbeiten.

135 Zur Ermittlung dieses Faktors hat die Kammer erneut berechnet, in welchem Verhältnis die Zahl aller Beschäftigten des Ausbaugewerbes (WZ-Nr. 43.2 und 43.3) nach den Daten der Bundesagentur für Arbeit und des Statistischen Bundesamtes zueinander standen, bezogen jeweils auf den Monat Juni. Dabei sind die Daten der Jahre 2009, 2010 und 2011 herangezogen worden. Das Jahr 2008 schied aus, da in diesem Jahr Daten nach unterschiedlichen Klassifikationen der Wirtschaftszweige erhoben wurden. Das nachfolgend tabellarisch dargestellte Ergebnis bestätigte die Einschätzung, dass der Faktor geringfügig sinken würde, da bestimmte Tätigkeiten nach der Änderung der Klassifikationen von WZ 2003 zu WZ 2008 dem Bauhauptgewerbe zugerechnet werden, bei dem auch das Statistische Bundesamt alle Tätigen erfasst, unabhängig von der Betriebs- oder Unternehmensgröße.

136

WZ-Nr. 43.2 und 43.3	Jun 09	Jun 10	Jun 11
Beschäftigte Agentur für Arbeit	849.437	867.275	886.693
Beschäftigte Stat. Bundesamt	434.193	445.198	458.477
Faktor	1,96	1,95	1,93

137 Die Kammer hat die Zahl von 78.689 gewerblichen Arbeitnehmern im Ausbaugewerbe mit dem Faktor 1,96 multipliziert und deshalb für Juni 2009 insgesamt 154.230 gewerbliche Arbeitnehmer angenommen. Daraus ergab sich eine Schätzung von 574.120 gewerblichen Arbeitnehmern (419.890 + 154.230).

ee)

138 Die nach der dargestellten Vorgehensweise zu Kontrollzwecken nachberechneten Zahlen der gewerblichen Arbeitnehmer liegen nicht erheblich über den von der ZVK-Bau mitgeteilten „Großen Zahlen“, wie die Gegenüberstellung zeigt:

139

	Sept. 07:	Sept. 08:	Sept. 09:
ZVK-Bau	516.773	-----	514.626
	Juni 07:	Juni 08:	Juni 09:
Nachberechnung	578.524	568.761	574.120

140 Hierauf wird nach den Ausführungen zur „Kleinen Zahl“ zurückgekommen.

e)

- 141 Die im Verfahren der AVE 2008 und der AVE 2010 jeweils verwendete „Kleine Zahl“ erscheint nach Prüfung zulässig ermittelt und belastbar.
- 142 Zunächst ist festzustellen, dass der ZDB und der HDB zu den Stichtagen 30. September 2007 und 30. September 2009 nur die Zahl der in den Mitgliedsbetrieben beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer mitteilten, nicht aller Beschäftigten. Dies ist von beiden Verbänden auf die Anfrage der Kammer vom 05. Februar 2014 klargestellt worden (vgl. Auskunft des ZDB vom 26. März 2014, Bl. 271-277 d.A., und Auskunft des HDB vom 31. März 2014, Bl. 327-329 d.A.). Damit war ein Vergleich von „Großer Zahl“ mit „Kleiner Zahl“ durchführbar.
- 143 Die Ermittlung der „Kleinen Zahl“ erfolgte zu demselben Stichtag wie für die „Große Zahl“ durch standardisierte Anfragen bei den Mitgliedsbetrieben. Die Antwortschreiben der einzelnen Mitgliedsbetriebe liegen in den Verfahrensakten der AVE 2008 und der AVE 2010 vor. Die Richtigkeit der Übertragung und der Addition sind jeweils kontrolliert worden. Insoweit ist nur anzumerken, dass der antragstellenden IG Bauen-Agrar-Umwelt in ihrem Schreiben vom 18. Dezember 2009 im Verfahren für die AVE 2010 bei der „Kleinen Zahl“ ein Zahlendreher unterlaufen ist. Der HDB hatte 91.732 gewerbliche Arbeitnehmer mitgeteilt, der ZDB 237.551, die Summe daraus sind 329.283 gewerbliche Arbeitnehmer, nicht 329.238, wie fälschlich mitgeteilt. Dieser Schreibfehler ist im Verfahren jedoch fortgeführt und nicht korrigiert worden.
- 144 Eine Verfälschung der „Kleinen Zahl“ durch Doppelmitgliedschaften, wie von der Beklagten befürchtet, kann weitestgehend ausgeschlossen werden. Soweit gemeinsame baugewerbliche und bauindustrielle Landesverbände (Doppelverband) existieren, erfolgt die Zuordnung der Arbeitnehmer durch den Verband selbst, Doppelzählungen sind ausgeschlossen. Soweit im Übrigen davon auszugehen ist, dass größere Unternehmen mit ihren Betrieben oder Betriebsteilen sowohl Mitglied im ZDB wie auch im HDB sind, darf angenommen werden, dass durch die Unternehmen selbst eine Aufteilung der Arbeitnehmer erfolgt, da sonst doppelte Verbandsbeiträge zu zahlen wären. Dies ist von beiden Verbänden so geschildert worden. Schließlich lässt sich aus den erteilten Auskünften und den in den Verfahrensakten vorliegenden Rücklaufbögen der Mitgliedsverbände folgern, dass den Zahlenangaben überwiegend keine echte Zählung der gewerblichen Arbeitnehmer zu Grunde liegt, sondern eine Berechnung der Anzahl der gewerblichen Arbeitnehmer aus den Beiträgen, welche die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen zu entrichten haben. Da die Mitgliedsbeiträge aus den Bruttolöhnen errechnet werden, ist die Folgerung zulässig, dass auch die „Kleinen Zahl“ tendenziell zu niedrig ist, da über die mitgeteilten Bruttolöhne auch die Veranlagung gesteuert werden kann. Eine Berücksichtigung von Arbeitnehmern aus möglichen OT-Mitgliedsbetrieben kann wegen der notwendig anderen Beitragsstruktur bei einer OT-Mitgliedschaft ausgeschlossen werden.
- 145 Es ist nicht ersichtlich, dass die Zahl der bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer an einer anderen Stelle und mit höherer Genauigkeit abgefragt werden könnten als bei den Dachorganisationen der Verbände des Baugewerbes und der Bauindustrie.

f)

- 146 Es konnten daher folgende Zahlen zur Überprüfung des Quorums von 50 % mittelbarer Tarifbindung im Sinn des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG verwendet werden:

	Sept. 07:		Sept. 09:
"Kleine Zahl"	345.302		329.283
"Große Zahl"			
	Sept. 07:	Sept. 08:	Sept. 09:
ZVK-Bau	516.773	-----	514.626
	Juni 07:	Juni 08:	Juni 09:
Nachberechnung Kammer	578.524	568.761	574.120

aa)

- 148 Die von der Beklagten angesprochenen zusätzlichen Unsicherheitsfaktoren bei der Feststellung der „Großen Zahl“, wie die Erfassung von Betriebsabteilungen, die Zahl der insgesamt nicht „entdeckten“ Betriebe, die ausländischen Arbeitgeber, der Abbildung der AVE-Einschränkungen und die Zahl der Schwarzarbeiter müssen differenziert betrachtet werden.
- 149 Zunächst können die Betriebe ausländische Arbeitgeber mit Sitz im Ausland als unproblematisch ausgeschieden werden. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG fallen die Arbeitnehmer solcher Betriebe nicht unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages, auch wenn sie in Deutschland arbeiten. Die Anwendung tarifvertraglicher Regelungen des VTV trotz Geltung des jeweiligen nationalen Arbeitsrechts für die jeweiligen Arbeitsverhältnisse folgt aus §§ 3, 4 Nr. 1 AEntG.
- 150 Die Zahl der Betriebe, welche von der ZVK-Bau nicht erfasst werden und daher auch nicht mit der Zahl ihrer Arbeitnehmern in der „Geltungsbereichsprüfung“ erscheinen, dürfte nach den oben stehenden Ausführungen als relativ gering anzusetzen sein. Die ZVK-Bau hat in ihrer Auskunft vom 31. März 2014 (Bl. 293-300 d.A.) mitgeteilt, dass rückwirkende Erhebungen nach 14 Monaten in aller Regel zu einer Reduzierung der Arbeitsverhältnisse „laut Geltungsbereichsprüfung“ führen. Dies lässt möglicherweise den Schluss zu, dass die Vorgehensweise bei Ermittlung der „Großen Zahl“ faktisch schon einen Teil der nicht bekannten Arbeitsverhältnisse abdeckt. Hiergegen sind jedoch die relativ geringen Unterschiede zwischen den Ergebnissen der Geltungsbereichsprüfung einschließlich der gemeldeten Arbeitsverhältnisse einerseits und den Zahlen zur Winterbauumlage andererseits anzuführen (vgl. II. 2. c) cc) (1)). Da die Winterbauumlage nicht von allen Baubetrieben iSd. VTV entrichtet werden muss, wäre eine größere Diskrepanz zwischen der Zahl der geschätzten Arbeitsverhältnisse und der Arbeitsverhältnisse zu erwarten gewesen, für die eine Winterbauumlage zu entrichten war.
- 151 Die Zahl der in selbständigen Betriebsabteilungen iSd. § 1 Abs. 2 Abschn. VI Unterabs. 1 VTV arbeitenden Arbeitnehmer nimmt die ZVK-Bau mit 2% bis 3% an. Richtigerweise dürften nur solche Betriebsabteilungen nach § 1 Abs. 2 Abschn. VI Unterabs. 1 Satz 2 und 3 VTV und deren Arbeitnehmer erfasst werden, bei denen im Sinne eines negativen Tatbestandsmerkmals verneint werden kann, dass diese Zusammenhangstätigkeiten zu baufremden Tätigkeiten ausüben und die Arbeitnehmer im Regelfall nicht zwischen Tätigkeiten für die Betriebsabteilung

und Tätigkeiten für den Betrieb im Übrigen wechseln (vgl. *Hess. LAG Urteil vom 08. Mai 2013 – 12 Sa 1170/12 – veröffentlicht in juris, Revision eingelegt unter – 10 AZR 787/13; Hess. LAG Urteil vom 19. Februar 2014 – 18 Sa 462/13 – veröffentlicht in juris, Revision eingelegt unter – 10 AZR 257/14; Hess. LAG Urteil vom 25. Juni 2014 – 18 Sa 1031/13 – Revision zugelassen*).

- 152 Die Zahl der Schwarzarbeiter ist offen. In der Statistik der Bundesagentur für Arbeit dürften zumindest solche Arbeitnehmer erfasst worden sein, welche teilweise „schwarz“ arbeiten, also neben einer gemeldeten Haupttätigkeit einer nicht erfassten Nebentätigkeit nachgehen oder bei denen nur Teile des Lohns schwarz bezahlt werden. Nicht erfasst sind solche Arbeitsverhältnisse, bei denen nur eine oder mehrere geringfügige Beschäftigungen gemeldet werden, worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat.

bb)

- 153 Die Kammer hält es deshalb für geboten, die selbst errechneten Zahlen, welche aus den Daten der Fachserie Baugewerbe und den Daten der Agentur für Arbeit über sozialversicherungs-pflichtige Beschäftigungsverhältnisse ermittelt wurden, ergänzend für eine Kontrolle des Quorums einzusetzen und dabei um 10% zu erhöhen. Damit sollen die „nicht entdeckten“ Betriebe und deren Arbeitnehmer, die Schwarzarbeiter und eventuelle Minijobber abgedeckt werden. Eine Erhöhung um 10% wird als sicher ausreichend beurteilt. Denn die von der Kammer selbst errechneten Kontrollzahlen vernachlässigen die Zahl der höher mittelbar organisierten Angestellten und Auszubildenden, die AVE-Einschränkungen, wie z.B. für Fertigungsbau und Abbruch, und die überschießende Erfassung bestimmter Betriebe des Ausbaugewerbes aufgrund der WZ-Klassifikation.
- 154 Das Quorum von 50% war danach sowohl bei der AVE 2008 als auch der AVE 2010 nach den jeweils mitgeteilten „Großen Zahlen“ und „Kleinen Zahlen“ als auch nach den Überprüfungsberechnungen der Kammer (einschließlich eines Zuschlags von 10%) erfüllt, wie nachfolgend tabellarisch zusammengefasst. Die als am besten geeignet angesehene „Große Zahl“ der ZVK-Bau kann sogar um einen „Sicherheitszuschlag“ von 20% erhöht werden, was bedeuten würde, dass jedes fünfte Arbeitsverhältnis nicht erfasst worden wäre.

155

	Sept. 07:		Sept. 09:
"Kleine Zahl"	345.302		329.283
"Große Zahl"			
	Sept. 07:	Sept. 08:	Sept. 09:
ZVK-Bau	516.773	-----	514.626
	66,82%		63,98%
	Juni 07:	Juni 08:	Juni 09:
Nachberechnung Kammer	578.524	568.761	574.120
	59,69%		57,35%

	Juni 07:		Juni 09:
Nachberechnung zgl. 10%	636.376		631.552
	54,26%		52,14%

156 Die vom BMAS bei der Prüfung der AVE 2010 zunächst herangezogene Auswertung der Fachserie Baugewerbe zum Stand Juni 2008 und die dazu erfolgten Nachberechnung der Kammer dient lediglich als Indiz für die Plausibilität der mitgeteilten „Großen Zahl“ für September 2009 und den Kontrollberechnungen für Juni 2009.

3.

157 Ein öffentliches Interesse gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG für Erklärung der AVE 2008 und AVE 2010 kann nicht verneint werden.

a)

158 Das öffentliche Interesse an einer AVE ist stets gegeben, wenn damit ein anerkanntes Interesse des Gesetzgebers nachvollzogen wird. Der dem Ministerium eingeräumte Beurteilungsspielraum ist weit. Eine gerichtliche Prüfung kommt nur insoweit in Betracht, als der Behörde wesentliche Fehler vorzuwerfen sind (*BAG Urteil vom 22. Oktober 2003 – 10 AZR 13/03 – AP Nr. 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung, Rz 106; BAG Urteil vom 22. September 1993 – 10 AZR 371/92 – NZA 1994, 323, Rz 28 ff.; BAG Urteil vom 28. März 1990 - 4 AZR 536/89 - NZA 1990, 781, Rz 18 ff.; Schaub-Treber, ARHandbuch, 15. Aufl., § 205 Rz 67; Däubler-Lakies, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 93 ff.; strenger: Henssler/Moll/Beppler-Sittard, Der Tarifvertrag, 2013, Teil 7 Rz 50 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., § 5 Rz 178 ff.*)

b)

159 Wesentliche Fehler sind nach diesem Maßstab nicht feststellbar.

160 Die Entscheidung des Ministeriums, einen Verfahrenstarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären, der Zwangsbeiträge für das Ausbildungswesen und eine Zusatzrente anordnet, liegt innerhalb dieses Ermessens. Auch die Fortführung des besonderen tariflichen Urlaubsregimes nach § 8 BRTV-Bau in Verbindung mit dem VTV wird vom weiten Beurteilungsermessen gedeckt. Es kann offen bleiben, welchen Umfang unterjährige Beschäftigungsverhältnisse in der Baubranche noch haben.

161 Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV wird durch die AVE eines Verfahrenstarifvertrags nicht verletzt, wenn die diesem Tarifvertrag unterworfenen Arbeitgeber im Inland verpflichtet werden, einen Beitrag pro Arbeitnehmer an die ZVK-Bau zu zahlen. Die Gewährung einer – wenn auch nur geringen – Zusatzrente an die Arbeitnehmer deutscher Arbeitgeber durch den Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe (TVR), welche vom Willen des Arbeitgebers und eigenen Beiträgen des Arbeitnehmers unabhängig ist, und die Absicherung der dafür notwendigen Beitragserhebung nach §§ 18, 19 VTV durch die AVE bewirken einen Schutz der Arbeitnehmerinteressen. Auch die Verfolgung dieses Ziels als Teil des öffentlichen Interesses ist von dem Beurteilungsspielraum gedeckt. Eine Verdrängung privater Anbieter von Versicherungsleitungen zur finanziellen Absicherung im Alter ist wohl auszuschließen, da der TVR eine branchenbezogene, keine arbeitgeberbezogene, Rente gewährleistet.

162 Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, dass durch den VTV die Tarifzuständigkeit der Verbände überschritten wurde, rechtfertigt dies keine Aussetzung des Verfahrens nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG. Es besteht nach Ansicht der Kammer keine Untersuchungspflicht des erkennenden Gerichts für einen Aussetzungsgrund von Amts wegen. Der Parteivortrag der Beklagten genügt nicht. Zur mangelnden Tariffähigkeit und -willigkeit des HDB und des ZDB fehlt hinreichender Vortrag, der über Andeutungen hinausgeht. Die in Frage gestellte Tarifzuständigkeit der IG Bauen-Agrar-Umwelt für Elektroinstallationen auf Baustellen kann verneint werden. Betriebe des Elektroinstallationshandwerks sind nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 12 VTV vom Anwendungsbereich des Tarifvertrages ausgenommen. Für Betriebe der Metallindustrie greift die AVE-Einschränkung, insoweit wird auf die Ausführungen unter II. 2. b) bb) verwiesen.

III.

163 Die Beklagte unterfiel schließlich in den Kalenderjahren 2007 bis 2011 keiner AVE-Einschränkung. Im Berufungsverfahren ist klaggestellt worden, dass sie erst seit 2012 Mitglied im Verband der Metall- und Elektroindustrie Rheinland Rheinhessen e.V. ist. Es ist nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer AVE-Einschränkung erfüllt waren.

IV.

164 Die Beklagte ist der Forderung des so genannten Mindestbeitrags von monatlich 577,00 € für das Jahr 2007, monatlich 578,00 € im Jahr 2008 und monatlich 584,00 € ab 2009 für jeweils einen gewerblichen Arbeitnehmer nicht entgegengetreten. Der sich daraus ergebende weitere Anspruch für die Monate Oktober 2007 bis Dezember 2011 beträgt 29.691,00 €.

165 Die Mindestbeiträge für Oktober und November 2007 sind nicht verjährt gemäß § 24 Abs. 4 VTV (in den bis 31. Dezember 2009 gültigen Fassungen: § 25 Abs. 4 VTV). Die Verjährung dieser Ansprüche begann gem. § 199 BGB frühestens am 31. Dezember 2007.

166 Der Mahnbescheid ist noch im Dezember 2011 bei dem Arbeitsgericht Wiesbaden eingegangen, dies genügte gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Tarifvertragsparteien haben durch § 24 Abs. 4 VTV (bis 31. Dezember 2009: § 25 Abs. 4 VTV) zulässig die Verjährungsfrist von drei auf vier Jahre verlängert (*BAG Urteil vom 25. November 2009 – 10 AZR 737/08 – NZA 2010, 518*).

V.

167 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO und folgt nach dem Grundsatz der Einheit der Kostenentscheidung einheitlich und schließt das Teilurteil vom 05. Februar 2014 (B. 255-264 d.A.)

168 Die Revision war nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.