Hessisches Landesarbeitsgericht

Az.: 10 Sa 1647/21 SK
(Arbeitsgericht Wiesbaden: 7 Ca 58/20 SK)

Verkündet am:
16. Dezember 2022

[redacted]

WV.
EINGEGANGEN
27. Jan. 2023
AMETHYST Rechtsanwälte

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Berufungsverfahren

[redacted] Kläger und Berufungskläger

[redacted]

gegen

[redacted] eklagte und erufungsbeklagte

Proz.-Bev.:
AMETHYST Rechtsanwälte, Mommsenstr. 73, 10629 Berlin

hat das Hessische Landesarbeitsgericht, Kammer 10,
auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 2022

[redacted]

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 13. Juli 2021 – 7 Ca 58/20 SK – wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um eine Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Beiträgen zu dem Sozialkassenverfahren im Baugewerbe.

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Baugewerbe. Auf der Grundlage des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe *(VTV)* nimmt er die Beklagte auf Zahlung von Beiträgen in Höhe von 2.753.271,19 Euro in Anspruch. Dabei handelt es sich um Beiträge für gewerbliche Arbeitnehmer und Angestellte in dem Zeitraum Januar 2016 bis Oktober 2019. Die Beitragsforderung für gewerbliche Arbeitnehmer hat der Kläger zunächst im Wege einer sog. Mindestbeitragsklage geltend gemacht und dabei zugrunde gelegt, dass pro Monat mindestens 90 Arbeitnehmer beschäftigt waren. [redacted]. Aus der mitgeteilten Übersichtstabelle lässt sich entnehmen, dass bis Juni 2017 die mitgeteilten Bruttolohnsummen zu einem geringeren Beitrag führten als die Mindestbeiträge. Ab Juli 2017 hat der Kläger weiterhin (nur) die Mindestbeiträge zugrunde gelegt. Für Angestellte macht er die im VTV vorgesehenen Festbeiträge geltend. Wegen der Einzelheiten der zuletzt vorgenommenen Berechnung wird auf den klägerischen Schriftsatz vom 19. Mai 2021 und die dortige Aufstellung *(Bl. 227 bis 228 der Akte)* Bezug genommen.

Die Beklagte ist ein Unternehmen, welches zum [redacted] gehört und bundesweit mit einem Team von mehr als 300 Mitarbeitern an mehr als 50 Standorten Wohnungsbestände der [redacted] einem führenden Immobilienunternehmen in Deutschland, und anderen Konzernunternehmen betreut. Sie hat

nach eigenen Angaben das „infrastrukturelle Facility Management" zum Geschäftsgegenstand. In dem Betrieb werden drei große Aufgabenbereiche angeboten, nämlich Hausmeisterservice, Gebäudereinigung und Grünarbeiten. In dem Bereich des Hausmeisterservice fielen Tätigkeiten wie Überwachen der Hausordnung, Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflichten, Leerung der Müllkörbe, Meldung von Schäden usw. an. Darüber hinaus wurden Grünpflegearbeiten erbracht, wie das Mähen von Rasen, Schneiden von Hecken usw. Ferner wurden Objektreinigungstätigkeiten erbracht, indem Innenräume, Flure, Treppen usw. von Gebäuden gereinigt wurden. Hinsichtlich der zur Akte gereichten Leistungsverzeichnisse wird verwiesen auf Bl. 37 - 50 der Akte. Die Beklagte erbrachte des Weiteren Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten an und in Gebäuden wie z.B. Maler-, Fliesen-, Elektro- oder Reparaturarbeiten. Zu diesem Zwecke wurden teilweise Mitarbeiter mit einer handwerklichen Ausbildung, z.B. als Elektriker, beschäftigt.

[redacted]

Aus dem Jahresabschluss und Lagebericht für das Geschäftsjahr 2019 *(Anl. B4)* ergibt sich, dass Umsätze zum Unternehmensgewinn in den Kalenderjahren 2018 und 2019 wie folgt angefallen sind *(Bl. 148 der Akte)*:

	2018	2019
Hausmeistertätigkeiten	39 %	39,6 %
Grün-/Gartenarbeiten	29,6 %	33,7 %
Reinigungsarbeiten	23,7 %	19,9 %
Übrige (Elektro-, Tischler-, Wartungs-, Sanitär- und Handwerkerleistungen)	7,7 %	6,8 %

Hinsichtlich der streitigen Tatsachenbehauptungen und Rechtsansichten der Parteien wird nach § 69 Abs. 2 ArbGG auf den Tatbestand des Urteils des Arbeitsgerichts verwiesen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.753.271,19 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht Wiesbaden hat mit Urteil vom 13. Juli 2021 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe zunächst schlüssig behauptet, dass der betriebliche Geltungsbereich eröffnet sei. Nach Auffassung der Kammer sei allerdings auch das Bestreiten der Beklagten erheblich. Sie habe unter Bezugnahme auf die Leistungsverzeichnisse vorgetragen, dass in den streitgegenständlichen Kalenderjahren arbeitszeitlich überwiegend baufremde Tätigkeiten, nämlich Reinigungs-, Grün- und nicht als baulich zu qualifizierende Hausmeisterarbeiten erbracht worden seien. Zwar würden sich aus den vorgelegten Leistungsverzeichnisse bei den Hausmeisterarbeiten auch ergeben, dass dabei Tätigkeiten angefallen seien, die unter § 1 Abs. 2 Abschnitt II VTV fielen. Darunter falle etwa die Überprüfung von Beleuchtungs-, Elektroenergie- und Heizungsanlagen. Unter der Annahme, dass nur etwa 60 % der von

der Beklagten verrichteten Hausmeistertätigkeiten als baufremd zu qualifizieren sei, betrage der jeweilige Anteil baufremder Tätigkeit in den Kalenderjahren 2016 bis 2019 noch immer mehr als 50 %. Der Kläger habe kein ordnungsgemäßes Beweisangebot vorgelegt. Die Namen und Beschäftigungszeiten der Zeugen seien zum Teil nicht lesbar gewesen. Eine vorrangige Vernehmung von drei namentlich benannten Bereichsleitern sei nicht in Betracht gekommen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Urteils der ersten Instanz wird Bezug genommen auf Bl. 247 bis 254 der Akte.

Dieses Urteil ist der Beklagten am 9. Dezember 2021 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist am 22. Dezember 2021 bei dem Hessischen Landesarbeitsgericht eingegangen. Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 9. März 2022 ist die Berufungsbegründung am 9. März 2022 beim Berufungsgericht eingegangen.

In der Berufungsbegründung vertritt der Kläger die Ansicht, dass das Arbeitsgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen habe. Er meint, dass das Arbeitsgericht noch zutreffend erkannt habe, dass sein Vortrag in der ersten Instanz unter Bezugnahme auf die Eintragungen im Gewerberegister und im Handelsregister als schlüssig anzusehen sei. Hingegen sei das Bestreiten der Beklagten nicht erheblich. Ein Vortrag zu einzelnen Arbeitszeiten bezüglich der Arbeitnehmer oder deren Aufteilung habe diese nicht gehalten. Es sei nicht genügend, dass die Beklagte Leistungsverzeichnisse vorlege. Auch Reinigungsarbeiten könnten, sofern sie im Zusammenhang mit baulichen Maler- oder Bauschreinertätigkeiten angefallen seien, bauliche Zusammenhangstätigkeiten darstellen. Auch der Begriff Hausmeistertätigkeit sei zu weit gefasst. Darunter würden üblicherweise auch Renovierungsarbeiten an Wohnungen fallen, aber auch Instandsetzungsarbeiten an Fenstern etc. Selbst wenn man von einem erheblichen Bestreiten ausgehen wollte, hätte das Arbeitsgericht Beweis erheben müssen. Jedenfalls könne er in

zweiter Instanz - mit der Berufungsbegründung hat der Kläger insgesamt 92 Zeugen für die vier streitgegenständlichen Kalenderjahre benannt - die Zeugen mit den ladungsfähigen Anschriften nachschieben.

Der Kläger stellt den Antrag,

> das Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 13. Juli 2021 - 7 Ca 58/20 SK - abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.753.271,19 Euro zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts und trägt unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Behauptung aus der ersten Instanz vor, dass sie einen Mischbetrieb unterhalten habe, in dem die baufremden Tätigkeiten, nämlich Grünpflege-, Reinigungs- und Hausmeistertätigkeiten, überwogen hätten. Das Arbeitsgericht habe zutreffend angenommen, dass das Bestreiten als erheblich anzusehen sei. Insbesondere sei es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, personen- oder stundenbezogen detailliert vorzutragen. Das Arbeitsgericht habe pauschal 60 % bei den Hausmeistertätigkeiten als baufremd angesehen, dies sei allerdings noch deutlich zu gering. Die bei ihr erbrachten Hausmeistertätigkeiten seien ganz überwiegend baufremd. Tätigkeiten wie die Reparatur von Fenstern, Innentüren und Haustürschließanlage würden überwiegend durch Subunternehmer im Bereich Tischler und Elektro fremdvergeben. Der Bereich der Wartung an Rohren habe im Jahr 2016 5,79 Prozent, im Jahr 2017 2 %, im Jahr 2018 1,04 % ausgemacht, er sei im März 2018 voll eingestellt worden.

Der jetzige Vortrag des Klägers in Bezug auf den Zeugenbeweis sei als verspätet zurückzuweisen und nicht mehr zu berücksichtigen. Die Kläger habe auch in

zweiter Instanz nur 92 Zeugen benannt, um den Gesamtzeitraum von Januar 2016 bis Oktober 2019 abzudecken. Damit habe er die notwendige Schwelle von 50 % der Gesamtarbeitszeit noch nicht erreicht. Im Jahr 2016 würden konkrete Beschäftigungszeiten für gerade einmal 14 Arbeitnehmer vorgetragen, nämlich [redacted] Unter Bezugnahme auf die insgesamt in diesem Jahr geleisteten Lohnzahlungen würde sich ein Vollzeitäquivalent von 71 Arbeitnehmern bei einem überschlägigen durchschnittlichen Gehalt von 30.000 Euro brutto ergeben. Damit hätte der Kläger allenfalls ca. 19 % aller Arbeitnehmer als Zeugen benannt. Auch in den folgenden Jahren 2017 bis 2019 habe der Kläger deutlich unter 50 % der Arbeitnehmer benannt. Im Jahr 2017 seien absolut 251, im Jahr 2018 383 und im Jahr 2019 443 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird ergänzend Bezug genommen auf sämtliche gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zwar zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat mit Recht die Beitragsklage abgewiesen. Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass das Bestreiten der Beklagten in Bezug auf die Eröffnung des betrieblichen Anwendungsbereichs des VTV erheblich war. Das Beweisangebot des Klägers war in der ersten Instanz nicht genügend. Auch in der Berufungsinstanz hat der Kläger - obwohl er nunmehr insgesamt 92 Zeugen benannt hat - in jedem Kalenderjahr weniger als die Hälfte der beschäftigten Arbeitnehmer benannt. Die sodann erforderliche Beweisaufnahme der als „Bereichsleiter" benannten Zeugen ging zulasten des Klägers aus. Diese vier Personen haben nicht bestätigen können, dass im Gesamtbetrieb der Beklagten überwiegend bauliche Leistungen erbracht worden sind.

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist vom Wert her unproblematisch statthaft *(§§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG)*. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt *(§§ 519 ZPO, 66 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. ArbGG)* sowie innerhalb der bis zum 9. März 2022 verlängerten Berufungsbegründungsfrist auch rechtzeitig begründet worden *(§ 66 Abs. 1 Satz 1 2. Alt., Abs. 1 Satz 5 ArbGG)*.

II. Die Berufung ist unbegründet.

Die Beitragsklage ist zunächst zulässig. Sie ist insbesondere (noch) hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO *(vgl. BAG 24. Februar 2021 - 10 AZR 43/19 - Rn. 15, NZA 2021, 1729; BAG 27. November 2019 - 10 AZR 476/18 - Rn. 41, Juris)*. Wegen der Einzelheiten der zuletzt vorgenommenen Berechnung wird auf den klägerischen Schriftsatz vom 19. Mai 2021 und die dortige Aufstellung *(Bl. 227 bis 228 der Akte)* Bezug genommen. Der Kläger hat die Klageforderung teilweise auf die gemeldeten Bruttolöhne umgestellt (bis Juni 2017) und teilweise die Forderung aus Gründen des Verfalls weiter auf den geltend gemachten Mindestbeitrag gestützt (ab Juli 2017).

Der Kläger kann nicht Zahlung von 2.753.271,19 Euro gemäß der §§ 15 Abs. 2, 16, 18 VTV verlangen. Denn der betriebliche Geltungsbereich dieses Tarifvertrags ist nicht eröffnet.

1. Der betriebliche Geltungsbereich des VTV hängt davon ab, ob in dem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt werden, die unter die Abschnitte I bis V des § 1 Abs. 2 VTV fallen. Für die Beurteilung der Frage, ob in einem Betrieb überwiegend bauliche Leistungen erbracht werden, ist auf die überwiegende Arbeitszeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer in einem Kalenderjahr abzustellen *(vgl. BAG 27. März 2019 - 10 AZR 512/17 - Rn. 17, NZA 2019, 1508)*. Werden baugewerbliche Tätigkeiten in diesem Sinne erbracht,

sind ihnen diejenigen Nebenarbeiten ebenfalls zuzuordnen, die zu einer sachgerechten Ausführung der baulichen Leistung notwendig sind und deshalb mit ihnen im Zusammenhang stehen. Auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst und auch handels- oder gewerberechtliche Kriterien kommt es dabei nicht an *(st. Rspr., vgl. BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 337/18 - Rn. 28, NZA-RR 2020, 651; BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 18, NZA 2019, 1508)*.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in einem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet werden, obliegt dem Kläger. Sein Sachvortrag ist schlüssig, wenn er Tatsachen vorträgt, die den Schluss zulassen, der Betrieb des Arbeitgebers werde vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst. Dazu gehört neben der Darlegung von Arbeiten, die sich § 1 Abs. 2 VTV zuordnen lassen, auch die Darlegung, dass diese Tätigkeiten insgesamt arbeitszeitlich überwiegen. Nicht erforderlich ist, dass der Kläger jede Einzelheit der behaupteten Tätigkeiten vorträgt *(BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 19, NZA 2019, 1508)*.

Dem Arbeitgeber obliegt es, sich nach § 138 Abs. 2 ZPO zu dem schlüssigen Tatsachenvortrag des Klägers zu der Eröffnung des betrieblichen Geltungsbereichs zu erklären. Regelmäßig trifft ihn die Last des substantiierten Bestreitens, weil der Kläger außerhalb des Geschehensablaufs steht und er keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Arbeitgeber sie kennt und ihm die entsprechenden Angaben zuzumuten sind. Das substantiierte Bestreiten kann sich auf die Art und/oder den Umfang der versehenen Arbeiten beziehen. Um feststellen zu können, welche Tätigkeiten in welchem Umfang ausgeübt wurden, muss der Arbeitgeber substantiiert bestreiten und entsprechende Tatsachen vortragen. Dazu gehört, dass er die zeitlichen Anteile der verschiedenen Tätigkeiten darlegt *(BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 21, NZA 2019, 1508)*.

2. Danach ist der betriebliche Geltungsbereich des VTV nicht eröffnet.

a) Allerdings hat der Kläger zunächst schlüssig behauptet, dass der betriebliche Geltungsbereich eröffnet sei. Er hat nämlich die Behauptung aufgestellt, dass die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu mehr als 50 % ihrer persönlichen Arbeitszeit die folgenden Arbeiten erbracht hätten: Instandsetzungen und Instandhaltungen durch Verrichtung handwerklicher Leistungen (z.B. als Bauschreiner) an Gebäuden und Gebäudeteilen, wie z.B. der Austausch einzelner schadhafter Fliesen, Reparaturen an eingebauten Fenstern und Türen, Reparaturen von eingebauten Bauelementen (z.B. aus Holz und Kunststoff) usw.; Verrichtung von Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten - im Sinne der arbeitsgerichtlichen Ausbaurechtsprechung (jeweils weniger als ca. 20 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit der nachfolgend benannten Gewerke) - in und an Gebäuden, nämlich Reparatur von Heizungs- und Sanitäranlagen in Gebäuden; Reparatur von Elektroinstallationen in Gebäuden; Maler- und Anstreicharbeiten in und an Gebäuden. Diese Arbeiten fallen unter § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV. Die in § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV enthaltenen Handwerkerleistungen unterfallen im Grundsatz dem VTV, sonst hätte es einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung nicht bedurft. Eine „Geringfügigkeitsgrenze" besteht hier nicht, auch kleinere Reparatur- und Ausbesserungsarbeiten an Gebäuden werden erfasst *(vgl. BAG 27. März 2019 - 10 AZR 512/17 - Rn. 24, NZA 2019, 1508; Hess. LAG 17. Dezember 2021 - 10 Sa 403/21 SK - Rn. 39, Juris*). Diese Behauptungen erfolgten auch nichts ins Blaue hinein, weil sich der Kläger auf die Eintragungen im Gewerbe- und Handelsregister stützen konnte.

b) Demgegenüber ist das Bestreiten der Beklagten, wie das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, ebenfalls als erheblich anzusehen. Die Beklagte hat nämlich die Behauptung aufgestellt, dass in jedem der streitigen Kalenderjahre die Hausmeistertätigkeiten zusammen mit den Reinigungs- und Grünpflegearbeiten arbeitszeitlich überwogen hätten. Im Jahr 2016 seien auf die Elektro-, Maler-, Tischler-, Fliesenleger- und Sanitärarbeiten zusammen 23,14 % entfallen, während auf die Hausmeistertätigkeiten 24,79 %, auf die Grünpflegearbeiten 36,36

% und auf die Reinigungsarbeiten 9,92 % entfallen seien. In den anderen Kalenderjahren ist das angegebene Verhältnis ähnlich, wobei die Reinigungsleistungen kontinuierlich zunahmen und im Jahr 2019 bei 32,28 % lagen, während die Handwerkerleistungen aus dem Bereich Maler, Sanitär etc. abnahmen und zuletzt nur noch 5,42 % betrugen. Dies ist auch glaubhaft gemacht durch die Vorlage des Jahresabschlusses und Lageberichts für das Geschäftsjahr 2019 *(Anl. B4)*; daraus ergibt sich, dass die Umsätze in den Kalenderjahren 2018/2019 in dem Bereich Grünpflegearbeiten und Reinigungsleistungen zusammen bereits mehr als 50 % ausmachten, während die sonstigen Handwerkerleistungen nur einen unbedeutenden Anteil ausmachten.

Die Reinigungsleistungen sind entgegen der Ansicht des Klägers als durchweg baufremd zu bewerten. Die Beklagte hat Leistungsverzeichnisse *(Anl. B5, Bl. 158 ff. der Akte)* vorgelegt, aus denen sich der Umfang der insoweit geschuldeten Arbeiten ergibt. Daraus ist ersichtlich, dass es sich um „klassische" Objektreinigung in Gebäuden handelt. Soweit der Kläger mutmaßt, in den Reinigungsleistungen könnten Zusammenhangstätigkeiten zu den baulichen Maler-, Sanitär- oder Fliesenlegerarbeiten enthalten sein, gibt es dafür keinerlei Anhaltspunkte.

Entsprechendes gilt für die Grünpflegearbeiten. Nach dem vorgelegten Leistungsverzeichnis über Grün- und Graupflegeleistungen geht es um die Pflege und Instandhaltung von Außenanlagen, die zu den Wohngebäuden gehören. Es geht um Mäh-, Müllbeseitigungs-, Laubrechenarbeiten, Schneiden von Hecken und das Entfernen von Unkraut *(vgl. Anl. B6 Bl. 161 ff. der Akte)*. Es spricht nichts dafür, dass die Beklagte in diesem Bereich Leistungen erbracht hätte, die von ihr - das Leistungsverzeichnis zugrunde gelegt - nicht geschuldet waren.

Nach den substantiierten Darlegungen der Beklagten sind die Hausmeistertätigkeiten ganz überwiegend als baufremd einzuordnen. Generell ist der Begriff „Hausmeistertätigkeit" in Bezug auf den Anwendungsbereich des VTV zwar nicht aussagekräftig. Üblicherweise fallen im Rahmen von „Hausmeistertätigkeiten"

gerade auch - zumindest kleinere - Instandsetzungsarbeiten an, die von § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV erfasst werden *(vgl. BAG 27. März 2019 - 10 AZR 512/17 - Rn. 31, NZA 2019, 1508; BAG 16. September 2020 - 10 AZR 54/19 - Rn. 50, NZA 2021, 361; Hess. LAG 28. Juni 2019 - 10 Sa 158/19 SK - Rn. 44, Juris*). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte aber näher ausgeführt, welche Teiltätigkeiten sie unter den Begriff fassen will. Danach fielen insoweit das Freihalten von Räumen, Fluren und Hauseingängen von Unrat an, Leerung der Müll- und Papierkörbe, Kontrolle von Spielplätzen, Winterdienst, Kontrollpflichten bei Sturm, Sichtkontrolle der Objekte nach wetterbedingten Ereignissen, Kontrolle und Überwachung der technischen Anlagen, Überwachung und Kontrolle der Verkehrssicherheit der Gebäude, z.B. Sicherstellung des Zugangs zu Hydranten, Prüfung von Brandverhütungsanlagen, Verständigung von Fachfirmen, Austausch von Leuchtmitteln im Gebäude sowie Laubentfernung von Gebäudeteilen. Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann allenfalls der Austausch von Leuchtmitteln dem Baubereich zugeschrieben werden, da dies auch eine Tätigkeit des Elektrohandwerks ist. Der Vortrag der Beklagten ist aber erkennbar so zu verstehen, dass dies keine zeitlich im erheblichen Umfang angefallene Tätigkeit war. Selbst wenn man im Wege einer großzügigen Schätzung annehmen wollte, dass auf den Austausch von Leuchtmitteln ca. 40 % der Tätigkeit der Hausmeister entfallen sei, ergibt sich zusammen mit den Grünpflege-, Reinigungs- und sonstigen Hausmeistertätigkeiten noch immer ein deutliches Überwiegen baufremder Tätigkeiten.

c) Bei dieser Sachlage war an sich Beweis zu erheben. Soweit sich der Kläger auf sämtliche gewerblichen Arbeitnehmer als Zeugen berufen hat, war sein Beweisangebot unzureichend. Soweit er ein geeignetes Beweisangebot durch Benennung der vier Bereichsleiter vorgebracht hat, ist die Beweisaufnahme nicht zugunsten des Klägers ausgegangen.

aa) Im Beitragsverfahren der ULAK beruft sich der Kläger üblicherweise darauf, dass die im Betrieb beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer die von ihm behaupteten baulichen Tätigkeiten jeweils zu mehr als 50 % ihrer persönlichen Arbeitszeit erbracht hätten. Dabei handelt es sich im Grundsatz um einen schlüssigen Beweisantrag, denn wenn jeder der vernommenen Zeugen aussagt, zu mehr als 50 % seiner persönlichen Arbeitszeit eine bauliche Tätigkeit verrichtet zu haben, ist der Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache, nämlich das arbeitszeitliche Überwiegen von baulichen Tätigkeiten im Betrieb in einem Kalenderjahr, möglich. Zu einem ordnungsgemäßen Beweisantritt zählt in dem Beitragsverfahren der ULAK nach § 373 ZPO nicht nur der Name und die ladungsfähige Anschrift des Zeugen, sondern es ist ebenfalls die Benennung der Betriebszugehörigkeit in den jeweiligen Kalenderjahren erforderlich. Ansonsten kann eine Aussage der Zeugen nicht richtig in das Verhältnis zu der zu beweisenden Haupttatsache gesetzt werden (*vgl. Hess. LAG 27. Januar 2017 - 10 Sa 1747/14 - Rn. 82, Juris).* Die Aussage eines Zeugen, der z.B. bekundet, dass er zu 100 % baulich tätig war, hat einen verhältnismäßig geringen Beweiswert, wenn er in dem betreffenden Kalenderjahr nur einen Monat gearbeitet hat. Diese langjährig von der Rechtsprechung etablierten Grundsätze sind dem prozesserfahrenen Kläger seit Jahren hinlänglich bekannt.

Zwar hat der Kläger in der ersten Instanz mit Schriftsatz vom 15. April 2021 Zeugenlisten vorgelegt, diese waren aber zum Teil als Screenshots vorgelegt und nicht lesbar. Es war auch nicht ausreichend, dass sich der Kläger mit Schriftsatz vom 19. Mai 2021 auf Namen bezogen hat, die die Beklagte zuvor selbst bekannt gegeben hat *(Bl. 229 - 237 der Akte)*, weil es insoweit an der jeweiligen Betriebszugehörigkeit fehlte. Gleiches gilt für die Zeugen, die die Beklagte mit Schreiben vom 26. November 2020 bekanntgegeben hat.

bb) Auch der in der Berufungsinstanz mit der Berufungsbegründung vorgebrachte Beweisantritt ist unzureichend. Dieser ist entgegen der Ansicht der Beklagten nach § 67 ArbGG nicht von vornherein als verspätet zurückzuweisen *(vgl. Horcher FA 2022, 132 ff.)*.

Für das Kalenderjahr 2016 hat der Kläger 14 Arbeitnehmer als Zeugen benannt. Mit dem Schriftsatz vom 24. Februar 2021 hat die Beklagte die genauen Namen und damit auch die Anzahl der Arbeitnehmer in diesem Kalenderjahr mitgeteilt. In dem Kalenderjahr waren 83 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Kläger hat damit nur ca. 17 % der Zeugen benannt. Dies ist für eine Beweisaufnahme ungenügend. Selbst wenn alle Zeugen angeben würde, dass sie ausnahmslos baulich tätig geworden sind, würde dies noch nicht den Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache zulassen.

Für das Kalenderjahr 2017 hat der Kläger 41 Arbeitnehmer als Zeugen benannt. Mit dem Schriftsatz vom 24. Februar 2021 hat die Beklagte die genauen Namen und damit auch die Anzahl der Arbeitnehmer in diesem Kalenderjahr mitgeteilt. In dem Kalenderjahr waren 96 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Kläger hat damit nur ca. 42 % der Zeugen benannt. Dies ist für eine Beweisaufnahme ungenügend. Selbst wenn alle Zeugen angeben würde, dass sie ausnahmslos baulich tätig geworden sind, würde dies noch nicht den Schluss auf die zu beweisende Haupttatsache zulassen. Legt man die Zahlen zugrunde, die mit Schriftsatz vom 5. Mai 2022 vorgetragen wurden, wäre das Verhältnis noch ungünstiger für den Kläger. Dort wird eine Gesamtanzahl von 251 gewerblichen Arbeitnehmern vorgebracht.

In den Kalenderjahren 2018 und 2019 ist das Verhältnis zwischen benannten Arbeitnehmern und tatsächlicher Belegschaft ebenfalls unzureichend. Hier waren jeweils mehr als 200 Mitarbeiter beschäftigt. Selbst wenn man alle benannten Zeugen (nämlich 92) berücksichtigen wollte, hätte der Kläger stets weit unter der Hälfte aller Zeugen benannt. Legt man die Zahlen zugrunde, die mit Schriftsatz

vom 5. Mai 2022 vorgetragen wurden, wäre das Verhältnis noch ungünstiger für den Kläger. Dort wird eine Gesamtanzahl von 383 in 2018 und von 443 in 2019 an gewerblichen Arbeitnehmern vorgebracht.

Dies wird gestützt durch die Überlegungen der Beklagten in der Berufungsbeantwortung. Ausgehend von den im jeweiligen Kalenderjahr erwirtschafteten Lohnsummen und der Annahme, dass ein Arbeitnehmer ca. 30.000 Euro im Jahr verdient, würden sich in 2016 71, in 2017 131, in 2018 206 und in 2019 250 Arbeitnehmer ergeben. Die maximal benannte Anzahl von Zeugen von 92, von denen 12 Personen auch erst nach Oktober 2019 bei der Beklagten angefangen haben, ist somit nicht aussagekräftig.

Durch die an einen Beweisantrag des Klägers zu stellendenden Anforderungen wird vom Kläger auch nichts Unmögliches oder Unzumutbares verlangt. Dem Kläger ist es vor dem Hintergrund des § 69 Abs. 2 Nr. 2 SGB X grundsätzlich möglich, durch Abfrage bei den Krankenkassen sowohl die Betriebszugehörigkeit als auch die Namen und Anschriften der Arbeitnehmer der verklagten Bauarbeitgeber in Erfahrung zu bringen *(vgl. Hess. LAG 12. Oktober 2018 - 10 Sa 1539/17 - Juris)*. Warum dies im vorliegenden Fall unmöglich oder unzumutbar sein soll, erschließt sich aus dem gesamten Akteninhalt nicht. Zwar ist zuzugeben, dass es sich um eine ungewöhnlich große Anzahl von Zeugen handelt. Vor diesem Hintergrund sind auf Seiten des Klägers allerdings auch erhebliche Sorgfaltsanforderungen zu stellen, um seine Obliegenheiten als beweisbelastete Partei zu erfüllen. Dass dem im vorliegenden Fall ausreichend Rechnung getragen worden ist, steht nicht fest. Offenkundig ist es dem Kläger im Verhältnis zu der ersten Instanz ja auch gelungen, weitere Zeugen und deren ladungsfähige Anschrift in Erfahrung zu bringen. Es ist indes im Grundsatz nicht Sache der gegnerischen Partei, den klägerischen Vortrag schlüssig zu machen oder diejenigen Informationen zu liefern, die dieser für sein Beweisangebot benötigt. Dies gilt im Prinzip auch dann, wenn die Formulierung eines ordnungsgemäßen Beweisantrags aufgrund der Vielzahl der Arbeitnehmer eine komplexe Angelegenheit darstellt.

cc) Die Kammer teilt allerdings nicht die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass in Fällen der vorliegenden Art die Vernehmung von Vorgesetzten bzw. Leitungspersonen im Betrieb als Zeugen von vornherein als untauglicher Beweisantritt zurückgewiesen werden kann. Der Kläger hatte sich hilfsweise auch auf die Ver-

[redacted]

insoweit nur um mittelbare Zeugen, die direkt zu den von den Arbeitnehmern verrichteten Tätigkeiten aus eigener Wahrnehmung und damit letztlich zu der zu beweisen Haupttatsache des Überwiegens baulicher Tätigkeiten in dem gesamten Betrieb nichts sagen können. Nach der ZPO ist es jedoch auch möglich, den Beweis mit nur mittelbaren Zeugen zu führen *(vgl. BGH 8. Mai 2002 - I ZR 28/00 - Rn. 34, MDR 2003, 78; BAG 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - Rn. 30, NJW 2017, 3547)*. Eine vorweggenommene Beweisantizipation ist nicht zulässig. Es kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass aufgrund der Vernehmung der Bereichsleiter der Schluss auf die zu beweisen Haupttatsache erfolgen kann. Dass der Zeuge nur indirekte Bekundungen abgeben kann, ist dann im Rahmen von § 286 Abs. 1 ZPO zu würdigen.

dd) Die sodann von der Berufungskammer durchgeführte Beweisaufnahme bestätigte die Behauptungen des Klägers nicht.

Vielmehr ergab sich, dass die Behauptung der Beklagten zutrifft, dass der Betrieb in mehrere Bereiche, nämlich Hausmeisterservice, Objektreinigung sowie Grünpflege unterteilt ist. Der Zeuge [redacted] gab an, dass er gar nicht als Bereichsleiter bei der Beklagten gearbeitet habe, sondern als „normaler" Hausmeister. Bei den Hausmeistern hätte die Verkehrsbegehung im Mittelpunkt gestanden. Wenn sie einen Mangel entdeckt hätten, hätten sie das gemeldet und es seien dann Auftragnehmer eingesetzt worden. Die Hausmeister hätten allenfalls Leuchtmittel gewechselt, ansonsten hätten sie keine Reparaturarbeiten erbracht.

Mit dem Bereich Maler und Klempner habe er nichts zu tun gehabt. Dies bestätigt, dass in den Hausmeisterleistungen, wie von der Beklagte behauptet, generell keine oder zu vernachlässigende bauliche Leistungen enthalten waren. Reparaturaufträge wurden offenbar fremdvergeben oder es wurden die hauseigenen Handwerker hinzugezogen. Die Hausmeister waren aufgrund der Größe der jeweils zu betreuenden Objekte auch gar nicht in der Lage, selbst in einem erheblichen Umfang Handwerkerleistungen zu erbringen.

Der Zeuge [redacted] gab bei seiner Vernehmung an, dass er seit 2017 Bereichsleiter im Bereich Grünpflege sei. Es sei unzutreffend, dass in den Kalenderjahren 2016 bis 2019 überwiegend bauliche Tätigkeiten erbracht worden seien. In dem Bereich Gartenpflege seien Tätigkeiten angefallen wie Rasenmähen, Hecke schneiden etc. Allenfalls nur sehr vereinzelt hätten auch Verlegearbeiten bei Terrassen angestanden. Der Zeuge konnte keine Angaben zu den Tätigkeiten in den anderen Bereichen bei der Beklagten machen, hierfür fehle ihm der Überblick. Auch dieser Zeuge hat damit die Behauptung des Klägers nicht bestätigt.

Der Zeuge [redacted] gab an, dass er als Bereichsleiter in der Glas- und Gebäudereinigung gearbeitet habe. Unter der Gebäudereinigung sei zu verstehen, dass Flure, Treppenhäuser, Glasscheiben und Büroräume gereinigt würden. Er könne nicht sagen, ob im Gesamtbetrieb die Tischler- und Malerarbeiten überwogen hätten. Damit konnte der Zeuge die Behauptungen des Klägers ebenfalls nicht stützen.

Der Zeuge [redacted] - der von dem Zeugen [redacted] als „Bereichsleiter für die handwerklichen Tätigkeiten" bezeichnet worden ist - sagte aus, dass er in Wilhelmshaven die Elektroabteilung geleitet habe. In dieser Abteilung seien nur Elektriker beschäftigt gewesen, und zwar neun. Sie hätten ihr Einsatzgebiet vor allem im Norden von Deutschland gehabt. Außerhalb ihres Einsatzgebiets seien Fremdfirmen beauftragt worden. Seiner Kenntnis nach seien ferner acht Maler,

acht Klempner und zwei Maurer beschäftigt worden. Er könne aber nicht sagen, ob diese Handwerker im gesamten Zeitraum 2016 bis 2019 beschäftigt waren. Einen Überblick über den Gesamtbetrieb habe er nicht.

Damit hat der Zeuge die zu beweisende Haupttatsache, nämlich das Überwiegen baulicher Leistungen im Gesamtbetrieb, auch nicht bestätigen können. Die Abdeckung der angefallenen Elektroarbeiten im Norden ist als nicht entscheidend zu bewerten, da dies einen nur relativ kleinen räumlichen Bereich ausmachte und die Beklagte bundesweit tätig ist.

Aufgrund der Zeugenaussagen erscheint auch der Vortrag der Beklagten im Prozess nicht als unplausibel. Zwar haben die Zeugen [redacted] ausgesagt, dass in ihren Bereichen jeweils lediglich 40 bzw. 15 Personen gearbeitet hätten. Nach den Darlegungen der Beklagten seien im Kalenderjahr 2016 83 Arbeitnehmer, im Kalenderjahr 2017 96 Arbeitnehmer und in den Kalenderjahren ab 2018 über 200 Mitarbeiter beschäftigt gewesen. Dies ist aber immer noch möglich, zählt man den Hausmeisterbereich hinzu. In der Beweisaufnahme wurde der Zeuge [redacted] von den Parteien nicht danach gefragt, wie viele Hausmeister in diesem Bereich gearbeitet haben, wobei der Zeuge auch keinen Gesamtüberblick gehabt haben dürfte, da er nicht als Bereichsleiter dort gearbeitet hat, sondern ebenfalls nur als Hausmeister.

Auf ein Überwiegen der baulichen Tätigkeiten kann auch anhand der Anzahl der in den jeweiligen Bereichen beschäftigten Arbeitnehmer nicht rückgeschlossen werden. Die Mitarbeiter im Bereich Handwerk machten nach den Angaben des Zeugen [redacted] insgesamt 27 Personen aus. Demgegenüber gab es nach dem Zeugen [redacted] ca. 30 - 40 Personen im Bereich der Gartenpflege und nach dem Zeugen [redacted] ca. 15 Personen im Bereich Gebäudereinigung; damit war die Anzahl der Mitarbeiter, die im Bereich Gartenpflege und Gebäudereinigung arbeiteten, bereits zahlenmäßig stärker als die Anzahl der Handwerker. Der

Zeuge [redacted] hatte - wie gesagt - keine Angaben zu der Anzahl der Hausmeister gemacht; damit würde sich die Anzahl der Personen pro Kopf, die baufremd tätig waren, noch einmal deutlich erhöhen. Die Anzahl der beschäftigten Handwerker wäre noch zu reduzieren, da der Zeuge [redacted] keine sichere Verteilung auf die streitgegenständlichen Kalenderjahre 2016 bis 2019 vornehmen konnte. Nach der Gewerbeeintragung ist das Installateur- und Heizungsbauerhandwerk zum 9. Januar 2018 abgemeldet worden; es spricht deshalb alles dafür, dass die von ihm benannte Zahl von insgesamt 27 Handwerkern ab 2018 deutlich gesunken ist.

Damit ist dem Kläger der Beweis der von ihm behaupteten Haupttatsache, dass im Betrieb arbeitszeitlich betrachtet überwiegend bauliche Tätigkeiten erbracht worden sind, nicht gelungen. Die Sachlage stellt sich vielmehr so dar, dass die Beklagte einen - bundesweit tätigen - Betrieb unterhalten hat, in dem sie Gebäudeserviceleistungen - wie in ihrem Namen enthalten - erbracht hat. Zu diesen Gebäudeserviceleistungen zählen die drei Bereiche Gebäudereinigung, Grün- und Hausmeistertätigkeiten, wobei bei den letztgenannten Tätigkeiten die Begehung und Sichtkontrolle der Objekte im Vordergrund stand. Fielen den Hausmeistern bauliche Mängel auf, wurden in der Regel Fremdfirmen beauftragt - dies hat der Zeuge [redacted] bekundet und dies deckt sich auch mit dem vorgelegten Leistungsverzeichnis. Die von eigenen Handwerkern erbrachten baulichen Instandsetzungs- und -haltungsarbeiten machten hingegen nur einen untergeordneten arbeitszeitlichen Anteil aus, der zudem in den letzten Jahren noch zurückging.

III. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da hierfür ein gesetzlicher Grund nicht ersichtlich ist, § 72 Abs. 2 ArbGG.

- Die Rechtsmittelbelehrung folgt auf der nächsten Seite -