

## Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

### Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung.....	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen.....	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Zentralverband Deutsches Baugewerbe (ZDB) .....	4
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, Köln.....	12
Dr. Thomas Möller, Osnabrück .....	18
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.....	20
Gregor Asshoff.....	21
Deutscher Gewerkschaftsbund .....	26
Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) .....	31
Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke .....	39
Dr. Thomas Klein, Trier .....	43
Thomas Berger, Berlin .....	48
Prof. Dr. Frank Bayreuther, Passau.....	57
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) .....	62

## Mitteilung

Berlin, den 16. Januar 2017

**Die 102. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 23. Januar 2017, 13:30 bis ca. 14:30 Uhr  
10557 Berlin  
Paul-Löbe-Haus, 4.900**

Sekretariat  
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87  
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal  
Telefon: +49 30 - 227 3 33 08  
Fax: +49 30 - 227 3 63 32

**Achtung!**  
**Abweichende Sitzungszeit!**  
**Abweichender Sitzungsort!**

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### **Einzigster Punkt der Tagesordnung**

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

**Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG)**

**BT-Drucksache 18/10631**

**Federführend:**  
Ausschuss für Arbeit und Soziales

**Mitberatend:**  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz  
Finanzausschuss  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie  
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Kerstin Griese, MdB  
Vorsitzende

**Liste der Sachverständigen**

zur öffentlichen Anhörung am Montag, 23. Januar 2017, 13.30 – 14.30 Uhr

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZdB)

Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke (ZVEH)

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)

Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG Bau)

Dr. Thomas Möller

Prof. Dr. Frank Bayreuther

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis

Gregor Asshoff

Thomas Berger

Dr. Thomas Klein

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 18(11)879

13. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

### Zentralverband Deutsches Baugewerbe (ZDB)

#### I. Der ZDB:

Der ZDB ist der Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband des mittelständischen deutschen Baugewerbes. Er vertritt die Interessen von 35.000 kleinen- und mittelständischen inhabergeführten Bauunternehmen verschiedenster Sparten, in denen mehr als 70 % aller Arbeitnehmer und Auszubildenden der Bauwirtschaft beschäftigt werden. Als größter Branchenverband repräsentiert er das gesamte Spektrum des Baugewerbes: Vom klassischen Hochbau, Straßen- und Tiefbau bis zum Ausbau. Dazu gehören u. a. Fliesenleger, klassische Zimmerer, Holzbauer, Brunnenbauer, Spezialtiefbauer, Estrichleger bis hin zum Schlüsselfertigbauer sowie Firmen, die von der Projektentwicklung bis hin zum Facility Management alle Dienstleistungen anbieten sowie komplette ÖPP-Projekte abwickeln. Unter dem Dach des ZDB sind sowohl handwerklich geprägte, inhabergeführte kleinere Unternehmen sowie große Mittelständler versammelt.

#### II. Positionierung des ZDB im Gesetzgebungsverfahren:

Der ZDB spricht sich für eine rasche Verabschiedung des vorgelegten Gesetzesentwurfs für ein SokaSiG durch den Deutschen Bundestag und Bundesrat aus. Nur so können schwerwiegende Nachteile für die Bauwirtschaft und die Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Branche vermieden werden. Dazu gehört vor allen Dingen die Sicherstellung

- einer qualitativ hochwertigen Berufsausbildung und damit des Fachkräftenachwuchs in der Branche,
- des kontinuierlichen Aufbaus einer Altersvorsorge im Rahmen der zweiten Säule, die den besonderen Problemen der Bauwirtschaft Rechnung trägt,
- einer Urlaubsgewährung für die Arbeitnehmer.

**Bleibt der Gesetzgeber nach den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichtes vom 21.09.2016 - 10 ABR 48/15 und 10 ABR 33/15 - tatenlos bzw. bleibt ein rasches Handeln im Sinne des vorgelegten Gesetzesentwurfs aus, so würde ein über Jahrzehnte von den Tarifvertragsparteien des Bauhauptgewerbes entwickeltes und gemeinsam getragenes System, welches eine tragende Säule der Tarif- und Sozialpolitik und der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Branche darstellt, unwiederbringlich verlorengehen - mit erheblichen negativen Konsequenzen für die Qualität der Arbeitsbedingungen der Branche, die Qualität von Bauleistungen, die Baukonjunktur und die gesamtwirtschaftliche Entwicklung in Deutschland.**

#### III. Zusammenfassung der Stellungnahme

- Das Bundesarbeitsgericht wendet sich überraschend gegen ein langjährig vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) geübtes Verfahren im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Tarifverträgen für den Bereich SOKA-BAU und begründet damit die Unwirksamkeit der AVen der Sozialkassentarifverträge der Jahre 2008, 2010, 2014.
- Die SOKA-BAU ist ein nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtetes gemeinsames Unternehmen der Tarifvertragsparteien, über die wichtige Verfahren beitrags- und leistungsgemäß abgewickelt werden. Diese Verfahren (Finanzierung der betrieblichen Altersvorsorge und der Berufsausbildung sowie der Urlaubssicherung) beheben strukturelle Probleme der Baubranche und gewährleisten so gute Arbeits- und Ausbildungsbedingungen in der Branche. Gleichzeitig ist die SOKA-BAU seit vielen Jahren ein zentraler Partner des Zolls bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit.

- Durch den Wegfall der AVE hätten nicht-tarifgebundene Unternehmen die Möglichkeit, ihre Beiträge zurückzufordern. Für die non-profit-Organisation SOKA-BAU birgt dies sehr schnell die Gefahr der Insolvenz aufgrund Überschuldung. Damit steht die Existenz der Finanzierung der betrieblichen Altersvorsorge sowie der Berufsausbildung sowie die Sicherung des Urlaubs unmittelbar auf dem Spiel - mit massiven negativen Konsequenzen bis hin zu Auswirkungen auf die konjunkturelle Situation der Bauwirtschaft.
- Eine Abwendung dieser Situation ist durch das SokaSiG möglich, welches per Gesetz die AVE der einschlägigen Tarifverträge für die Vergangenheit herbeiführen würde. Zukünftige AVE n würden alleine auf der Basis der bestehenden gesetzlichen Regelungen des Tarifvertragsgesetzes (TVG) erfolgen.
- Das SokaSiG beschränkt sich in seiner Wirkung alleine auf den Kreis der Unternehmen, die auch bisher schon aufgrund der AVE verpflichtet waren, Beiträge an die SOKA-BAU abzuführen.
- Nicht abschließend geklärt ist, ob das Gesetz eine echte Rückwirkung darstellt. Sollte eine Rückwirkung angenommen werden, so wäre diese dann gerechtfertigt. Hierfür spricht die Annahme, dass die vom Bundesverfassungsgericht hierfür aufgestellten hohen Anforderungen (wie mangelnder Vertrauensschutz, die Zielsetzung der Beseitigung einer unklaren Rechtslage und Gründe des Gemeinwohls) erfüllt sind.

#### IV. Hintergrund des Gesetzgebungsverfahrens: Bundesarbeitsgerichtsentscheidungen vom 21.09.2016

##### 1.

Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts stützt seine Entscheidungen, in der die Unwirksamkeit zurückliegender AVE n festgestellt wird, im Wesentlichen auf zwei Säulen.

- Die AVE ist unwirksam, da im Rahmen des vom BMAS durchzuführenden Verfahrens keine Ministerbefassung erfolgt ist, eine solche aber zwingend notwendig sei.
- Die AVE ist unwirksam, da nicht festgestellt werden konnte, ob die tarifgebundenen Arbeitgeber bei Erlass der AVE mindestens 50 Prozent der unter den Geltungsbereich der Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigt haben. Das Bundesarbeitsgericht vertritt dabei die Auffassung, dass bei der Ermittlung der Zahl der den Tarifverträgen unterfallenden Arbeitnehmern (sog. „Große Zahl“) auch Arbeitnehmer in denjenigen Betrieben mitgezählt werden müssten, für die aufgrund der Einschränkung der AVE die Sozialkassentarifverträge überhaupt keine Anwendung finden.

Hinzuweisen ist weiterhin darauf, dass das der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts bislang die Unwirksamkeit der AVE n der Jahre 2008, 2010, 2014 festgestellt hat. Allerdings ist damit zu rechnen, dass das Gericht in den bereits terminierten weiteren Verfahren am 25.01.2016 mit der gleichen Begründung

auch die AVE n aus den Jahren 2012 und 2013 für unwirksam erklären wird.

##### 2.

Beide Einwände richten sich gegen eine seit Jahren gelebte Praxis, die bisher in allen höchstrichterlichen Entscheidungen unbeanstandet geblieben ist. Der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich in der Vergangenheit wiederholt mit der AVE von Tarifverträgen befasst, auch mit denen des Bauhauptgewerbes, so beispielsweise in den Verfahren BAG vom 23.06.2010 - 10 AZR 463/09, BAG vom 13.04.2011 - 10 AZR 838/09, BAG vom 18.5.2011 - 10 AZR 190/10, BAG vom 17. Oktober 2012 - 10 AZR 500/11. In keinem dieser Verfahren wurde bisher die Frage thematisiert, ob es für die Rechtswirksamkeit einer AVE einer Ministerbefassung bedarf. In keinem dieser Verfahren hat sich das Bundesarbeitsgerichtsgesetz auf den Standpunkt gestellt, dass bei der Ermittlung der sogenannten „Großen Zahl“ - also der Feststellung, ob der Tarifvertrag bereits vor der AVE mehr als 50 Prozent der Arbeitnehmer erfasst - die sogenannte „Große Einschränkungsklausel“, durch die bestimmte Arbeitnehmergruppen vom Geltungsbereich der AVE ausgenommen werden sollen, unberücksichtigt bleiben muss. Von daher stellen die nunmehrigen Beschlüsse des Zehnten Senats vom 21.09.2016 und die diese tragenden Begründungen überraschende Entscheidungen dar.

##### 3.

Der ZDB macht darauf aufmerksam, dass nach dem im Rahmen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes zum 01.01.2015 neu eingeführten § 5 Absatz 1a Tarifvertragsgesetz (TVG) für eine AVE der Tarifverträge über das Sozialkassenverfahren der Nachweis der Erfüllung der 50-Prozent-Quote ausdrücklich nicht mehr erforderlich ist. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, für gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, die den Aufgabekatalog des § 5 Absatz 1a TVG erfüllen, kein Mindestquorum vorzusehen, auch nicht in Form der ebenfalls durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz modifizierten Regelung des § 5 Absatz 1 TVG. Dies aus gutem Grund:

#### Auszug aus der Gesetzesbegründung:

BT-Drucksache 18/1558, Zu Artikel 5 (Änderung des Tarifvertragsgesetzes) zu Nummer 1 zu Buchstabe b, S. 48:

*„Nach Absatz 1 wird ein neuer Absatz 1a eingefügt, der eine Sonderregelung für die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien mit den dort genannten Gegenständen beinhaltet. Diesen kommt die besondere Wirkung nach § 5 Absatz 4 Satz 2 zu.*

*Ein öffentliches Interesse ist nach Satz 1 bereits grundsätzlich dann gegeben, wenn durch die Allgemeinverbindlicherklärung die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien gesichert werden soll. Dies war auch bislang in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BAG vom 24. Januar 1979, 4 AZR 377/77; BAG vom 28. März 1990, 4*

AZR 536/89). Tarifnormen über gemeinsame Einrichtungen müssen zumeist von vornherein darauf angelegt sein, umfassend alle Arbeitgeber im Geltungsbereich zur Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung einzubeziehen. Die Erstreckung solcher Tarifverträge ermöglicht es damit den Tarifvertragsparteien überhaupt erst, ihre Normsetzungsbefugnis auch in Bezug auf die Regelung gemeinsamer Einrichtungen wirksam wahrnehmen zu können. Zugleich wird sichergestellt, dass sozialpolitisch wünschenswerte Einrichtungen durch die sachnahen Tarifpartner und nicht durch den Staat geregelt werden.

Dabei berücksichtigt der Normgeber im Rahmen des öffentlichen Interesses auch, ob sich die betreffenden tariflichen Regelungen in der Praxis bewährt haben und ob durch die gemeinsame Einrichtung Leistungen an die Arbeitnehmer gewährt werden, die vom einzelnen Arbeitgeber nicht erfüllt werden könnten (branchenbezogener Anspruchserwerb).“

Hätte daher das Bundesarbeitsgericht die AVE der Tarifverträge bereits auf der Grundlage der neuen Gesetzeslage zu prüfen gehabt, dann wäre der Einwand, dass die 50-Prozent-Abdeckung mangels verwertbarer Daten nicht positiv festgestellt werden konnte, irrelevant und es bliebe alleine der Makel der fehlenden Ministerbefassung. Von daher können, sollten und dürfen allerdings die Motive, die den Gesetzgeber zu der Neuregelung von § 5 Absatz 1 a TVG bewogen haben, nun nicht mehr auf das 50-Prozent-Kriterium abstellen, in die Überlegungen zur Verabschiedung des SokaSiG einfließen.

## V. Notwendigkeit einer Gesetzgebung: Was steht auf dem Spiel?

### 1.

Unter dem Dach der SOKA-BAU sind zwei Institutionen vereint: Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) sowie die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK). Beides sind Einrichtungen der Tarifvertragsparteien des Bauhauptgewerbes, die sich aus dem Zentralverband der Deutschen Bauwirtschaft, dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt zusammensetzen.

Das Bauhauptgewerbe ist geprägt von häufigen Arbeitgeberwechseln, kleingewerblichen Unternehmensstrukturen sowie einer starken Witterungsabhängigkeit. Um die hierdurch entstehenden branchenspezifischen Nachteile auszugleichen, erbringt die SOKA-BAU seit 1949 eine Vielzahl von Leistungen im Bereich Urlaub, Ausbildung und Altersvorsorge, die auf die besondere Situation der Branche zugeschnitten sind. Um diese Leistungen zu finanzieren, müssen alle Baubetriebe, die in Deutschland tätig sind, einen Sozialkassenbeitrag bei der SOKA-BAU einzahlen. Aus diesen Beiträgen zahlt die SOKA-BAU die oben genannten Leistungen aus.

Die SOKA-BAU ist nicht gewinnorientiert. Alle Gelder fließen zurück in die Baubranche. Hiervon profitieren insgesamt bis zu 700.000 Arbeitnehmer, 35.000 Auszubildende sowie mehr als 370.000 Rentner.

### 2.

#### Die Urlaubssicherung:

Das von der SOKA-BAU über die ULAK organisierte Urlaubskassenverfahren, stellt sicher, dass in einer Branche, die durch Witterungsausfälle und häufige Arbeitgeberwechsel der Bauarbeitnehmer geprägt ist, die Arbeitnehmer auch die Möglichkeit haben, ihren Urlaub überhaupt zu nehmen und auch längere Zeiten der Urlaubnahme am Stück zu organisieren. Die Regelung stellt damit einen wichtigen Baustein für den Arbeitsschutz der Branche und die Gesundheit der Mitarbeiter dar. Die im Bauhauptgewerbe anzutreffende hohe Quote mehrerer kurzer Arbeitsverhältnisse über das Jahr hinweg und häufige Arbeitgeberwechsel führen dazu, dass Arbeitnehmer oftmals keinen zusammenhängenden Urlaubsanspruch erwerben. Auch aus Arbeitgebersicht ist es misslich, bei einem weniger als einem Jahr andauernden Arbeitsverhältnis den nach sechsmonatiger Beschäftigung entstehenden vollen Jahresurlaub zu gewähren. Über das Urlaubskassenverfahren können Arbeitnehmer ihre Urlaubsansprüche bei verschiedenen Arbeitgebern in der Bauwirtschaft ansparen und zu gegebener Zeit gegenüber dem aktuellen Arbeitgeber geltend machen.

Nach wie vor sind im Bauhauptgewerbe 53 % der gewerblichen Arbeitnehmer weniger als 12 Monate beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt, 36 % sogar weniger als sechs Monate. Damit gewährleistet diese Umlage nicht nur eine gerechte Lastenverteilung auf alle Arbeitgeber, sondern auch einen dem Erholungsdanken und der Gesundheit des Arbeitnehmers dienenden zusammenhängenden Jahresurlaub. Das Ansparmodell über SOKA-BAU ermöglicht Kostentransparenz für die Arbeitgeber und eine gleichmäßige finanzielle Belastung abhängig von der jeweiligen Beschäftigungsdauer. Auf der anderen Seite werden die Unternehmen im Gegenzug für die Beitragszahlung zur ULAK von den Kosten der Zahlung der Urlaubsvergütung (Urlaubsentgelt und zusätzlichem Urlaubsgeld) entlastet. Der diesbezügliche Beitragsanteil für die ULAK stellt daher tatsächlich keine zusätzliche Belastung dar, sondern es handelt sich um eine andere Form der Finanzierung der Zahlung der Urlaubsvergütung, die den Besonderheiten der Branche Rechnung trägt.

In dieses Verfahren sind seit 1997 auch ausländische Betriebe, die Arbeitnehmer auf deutsche Baustellen entsenden, einbezogen. Damit sichert die SOKA-BAU auch ausländischen Arbeitnehmern bezahlten Urlaub und gewährleistet gleiche Arbeitsbedingungen innerhalb Deutschlands.

Die Sinnhaftigkeit einer solchen branchenweiten Urlaubskassenregelung zeigt sich auch darin, dass derartige Regelungen auch in anderen europäischen Ländern eingeführt worden sind (Belgien, Dänemark, Frankreich, Italien, Österreich). Es wäre daher unklug, den Bestand eines bereits eingeführten Systems, welches Vorbildcharakter genießt, nun zu gefährden.

Es würde sich auch die Frage stellen, ob der Gesetzgeber bereit wäre, bei einem Wegfall der ULAK an seiner Stelle ein eigenes, staatliches System zu orga-

nisieren, welches eine Möglichkeit der Urlaubsgewährung sowie -finanzierung im Bauhauptgewerbe organisiert. Hier muss an die oben bereits zitierte Gesetzesbegründung zu § 5 Absatz 1a TVG erinnert werden („Zugleich wird sichergestellt, dass sozialpolitisch wünschenswerte Einrichtungen durch die sachnahen Tarifpartner und nicht durch den Staat geregelt werden.“).

### **Somit sichert das SokaSiG mit dem SOKA-BAU-Urlaubskassenverfahren**

- **für den Arbeitgeber Urlaubskosten nur in Höhe der tatsächlichen Beschäftigungszeiten,**
- **für den Arbeitnehmer eine branchenweite Absicherung der individuellen Urlaubsansprüche,**
- **für den Arbeitnehmer die Möglichkeit der Mitnahme von Urlaubsansprüchen zu anderen Arbeitgebern.**

### **3.**

#### **Die Finanzierung der überbetrieblichen Altersvorsorge:**

Über die SOKA-BAU wird eine arbeitgeberfinanzierte überbetriebliche zusätzliche Altersversorgung gewährt, wozu u.a. eine zusätzliche Altersrente zählt. Eine solche ist im Bauhauptgewerbe dringend notwendig, da in dieser Branche typischerweise eine diskontinuierliche Beschäftigung besteht, die Lücken in der Rentenbiografie nach sich ziehen.

Ein wichtiger Baustein ist die vor knapp einem Jahr bundesweit eingeführte „Tarifrente Bau“. Die Umstellung auf eine kapitalgedeckte Zusatzversorgung wurde insbesondere deshalb notwendig, um eine branchenspezifische Antwort auf die zukünftig deutlich niedrigere gesetzliche Rente zu geben. Sie sichert gerade auch für die Beschäftigten in kleinen und mittelständischen Unternehmen eine attraktive Zusatzversorgung. Nach diesem Konzept erwirbt jeder Arbeitnehmer und Auszubildende von Anfang an kapitalgedeckte individuelle Rentenbausteine für eine gute zusätzliche Absicherung im Alter und bei Erwerbsminderung. Wartezeiten gibt es nicht; Ansprüche aus der Tarifrente Bau können nicht verfallen. Wer vor Eintritt des Versicherungsfalls aus dem Baugewerbe ausscheidet, behält vielmehr einen Leistungsanspruch, der sich aus den bis dahin gezahlten Beiträgen ergibt. Das Rentenbeihilfeverfahren erleichtert bei den in der Branche häufigen Arbeitgeberwechseln zudem die Mitnahme der Rentenanwartschaften und erleichtert so den kontinuierlichen Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung. Zum Beispiel hat ein Bauarbeiter die Möglichkeit, eine zusätzliche Rente von bis zu 250,00 € zu erwerben.

Ein Wegfall der SOKA-BAU und damit der ZVK würde das Vertrauen der Arbeitnehmer in den Aufbau einer zusätzlichen Altersvorsorge im Rahmen der zweiten Säule schwer erschüttern. Die ZVK ist zuständig für die Administration der zusätzlichen Altersvorsorge im Baugewerbe und verwirklicht damit in der täglichen Praxis den Gedanken, dass für eine auskömmliche Altersvorsorge in Deutschland die sogenannte zweite Säule von erheblicher Bedeutung ist.

In den Diskussionen über die Frage, wie die Branchen in Deutschland den Aufbau einer zusätzlichen Altersvorsorge betreiben können, war die über die SOKA-BAU organisierte ZVK bisher stets das Musterbeispiel für ein effizientes, von den Tarifvertragsparteien gemeinsam getragenes Verfahren. Bei einem Wegfall der SOKA-BAU würden auch die aktuellen, im Rahmen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes forcierten Bemühungen, für den Aufbau einer zusätzlichen Altersvorsorge im Rahmen der zweiten Säule zu werben, konterkariert. Der Vertrauensverlust, dass Formfehler im AVE-Verfahren nicht mehr korrigierbar sind, wäre so groß, dass sich aller Voraussicht nach weder Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch Partner aus der Versicherungswirtschaft finden würden, die den Aufbau neuer Systeme riskieren würden. Der Reformgedanke des gerade erst in Kraft getretenen § 5 Absatz 1a TVG, die AVE derartiger Tarifverträge zu vereinfachen, liefe ins Leere.

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass insbesondere für die Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes aufgrund der witterungsbedingten Arbeitsausfälle durch das Vorhandensein einer funktionierenden Einrichtung der tariflichen Altersvorsorge wichtige Grundlagen für die Vermeidung von Altersarmut gelegt werden. Der Neuaufbau eines Systems würde daher für die aktuelle Generation der Beschäftigten, die mit den Folgen des demografischen Wandels zu kämpfen haben, zu erheblichen finanziellen Nachteilen im Alter führen. Ein Wegfall der SOKA-BAU hätte daher eine fatale Signalwirkung und würde in der Baubranche die Bemühungen der Regierungskoalition in Richtung Stärkung der zweiten Säule der Altersvorsorge konterkarieren.

### **Somit sichert das SokaSiG mit dem SOKA-BAU-Modell der überbetrieblichen Altersversorgung**

- **für die Arbeitgeber durch das Angebot einer leistungsstarken zusätzlichen überbetrieblichen Altersversorgung die Attraktivität der Baubranche gegenüber Auszubildenden und Arbeitnehmern,**
- **für die Arbeitnehmer den Ausgleich branchenspezifischer Versorgungslücken,**
- **für die Arbeitnehmer die Portabilität erworbener Ansprüche,**
- **für die Steuer- und Sozialsysteme die Vermeidung von Altersarmut und die damit verbundenen Inanspruchnahmen von Fürsorgeleistungen.**

### **4.**

#### **Die Ausbildungsfinanzierung:**

Die Ausbildung (Stufenausbildung) in den Ausbildungsberufen dauert nach der Handwerksordnung in der Regel 36 Monate und gliedert sich in Phasen der betrieblichen Ausbildung, der überbetrieblichen Ausbildung und der Berufsschule. Im Rahmen der Ausbildung erhalten die Auszubildenden eine (tarifliche) Ausbildungsvergütung, die im Vergleich zu allen anderen Wirtschafts- und Handwerkszweigen weit überdurchschnittlich ist.

Durch die ULAK werden die Kosten der überbetrieblichen Ausbildung in den Ausbildungszentren des Bauhauptgewerbes und ein Teil der betrieblichen Ausbildungskosten finanziert. Die Kosten belaufen

sich jährlich auf mehr als 300 Mio. €. Das macht für jeden der rund 35.000 Auszubildenden in 15.000 Ausbildungsbetrieben rund 28.000 € aus. Die für eine qualitativ gute Ausbildung erforderlichen 200 überbetrieblichen Ausbildungszentren werden mit rund 100 Mio. € jährlich gefördert. Das Finanzierungssystem sichert der Branche mit ihren kleinen Betriebsgrößen eine sehr qualifizierte Berufsausbildung durch die Vollfinanzierung der Ausbildungsabschnitte in den Ausbildungszentren und sichert die Ausbildungsbereitschaft und Ausbildungsfähigkeit der Unternehmen durch die Entlastung bei den betrieblichen Kosten. Davon profitieren alle Betriebe der Baubranche, spätestens wenn es um die Suche nach Fachkräften geht.

Mit dem laufenden Projekt „Berufsstart Bau“ werden darüber hinaus Maßnahmen zur Ausbildungsvorbereitung im Sinne einer Einstiegsqualifizierung finanziert. Dieses Programm steht auch Flüchtlingen offen, was die Integration in den Arbeitsmarkt erleichtert. Auch hier wäre eine Finanzierung nicht mehr gewährleistet.

Zudem organisiert die SOKA-BAU die regelmäßige Prüfung der bundesweit 200 überbetrieblichen Ausbildungszentren mit der Zielsetzung, einheitliche Qualitätsstandards in der Berufsausbildung zu gewährleisten.

Bleibt eine gesetzliche Regelung aus, müsste die ULAK auch die geleisteten Erstattungszahlungen an die bundesweit fast 200 überbetrieblichen Ausbildungszentren der Bauwirtschaft in Höhe von jährlich 100 Mio. € zurückfordern. Damit würde die Existenz aller Ausbildungszentren und die gesamte Berufsausbildung im Bauhauptgewerbe, für deren Qualität die überbetrieblichen Ausbildungszentren unerlässlich sind, in Frage gestellt. Dies hätte erhebliche negative Auswirkungen auf die Befriedigung des Fachkräftebedarfs, die durch den Fachkräftemangel bereits gebremste Baukonjunktur und damit auch die gesamtwirtschaftliche Lage in Deutschland.

#### **Somit sichert das SokaSiG mit dem SOKA-BAU-Verfahren zur Ausbildungsfinanzierung**

- **für die Arbeitgeber die Sicherung des Fachkräftebedarfs in der Branche,**
- **für die Arbeitgeber die Finanzierung der Berufsausbildung im Betrieb,**
- **für die Arbeitgeber durch die Finanzierung der überbetrieblichen Ausbildungszentren eine qualitativ gute Berufsausbildung,**
- **für die Arbeitnehmer eine qualifizierte Berufsausbildung mit überbetrieblichen Ausbildungsanteilen,**
- **für den Standort Deutschland einen zur Befriedigung der Baunachfrage notwendigen Fachkräftenachwuchs, qualitativ hochwertige Bauleistungen und gute Rahmenbedingungen für die Baukonjunktur und die damit zusammenhängende positive Entwicklung des Wirtschaftsstandorts Deutschland.**

5.

#### **Weitere Leistungen:**

Die Verstetigung der ganzjährigen Beschäftigung im Baugewerbe und die Verringerung der Winterarbeitslosigkeit der Bauarbeitnehmer ist ein wesentlicher Eckpfeiler im Bauhauptgewerbe. Neben dem bewährten Saison-Kurzarbeitergeld, spielt in diesem Zusammenhang auch die Winterbeschäftigungsumlage eine wichtige Rolle. Durch die Winterbeschäftigungsumlage erfolgt die Finanzierung der ergänzenden Leistungen (Sozialaufwandserstattung, Zuschuss-Wintergeld, Mehraufwands-Wintergeld). Diese Winterbeschäftigungsumlage wird sowohl von den Bauarbeitgebern sowie Arbeitnehmern gemeinsam erbracht. Im Auftrag der Bundesagentur für Arbeit zieht SOKA-BAU diese Winterbeschäftigungsumlage ein.

Darüber hinaus ist die SOKA-BAU ein wesentlicher Partner bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit. Als mobiler Wirtschaftszweig mit ständig wechselnden Baustellen war und ist das Baugewerbe anfällig für unlautere Wettbewerbsbedingungen und soziale Verwerfungen. Das Ausmaß und die Erscheinungsformen von Schwarzarbeit reichen in der Baubranche von Bauleistungen „ohne Rechnung“ bis zu mafiösen Strukturen, in denen mit hoher krimineller Energie gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen und Lohnsteuern, Sozialversicherungsbeiträge und Sozialkassenbeiträge hinterzogen werden. Die SOKA-BAU unterstützt den Zoll, indem sie auf der Grundlage der monatlichen Meldedaten im Zusammenhang mit dem Urlaubskassenverfahren die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften bei in- und ausländischen Baubetrieben prüft.

6.

Die Sozialkassenverfahren, die auf Tarifverträgen basieren, können nur dann umgesetzt werden, wenn alle Baubetriebe in die Verfahren einbezogen werden. Diese Erstreckung auf alle Baubetriebe erfolgt durch die AVE der Tarifverträge, die durch das BMAS ausgesprochen wird. Der vorliegende Referentenentwurf sieht vor, dass die bislang stets nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, die den Sozialkassenverfahren zugrunde liegen, beginnend mit dem 1. Januar 2006, kraft Gesetzes für alle Baubetriebe angeordnet wird, so dass die Sozialkassenverfahren fortgeführt werden können. Damit hebt das Gesetz den Status quo lediglich auf eine gesetzliche statt tarifvertragliche Grundlage, ohne dass sich materiell für die Betriebe etwas ändert.

Der Hinweis aus Kreisen der SOKA-BAU-Gegner, eine Beibehaltung des SOKA-BAU-Verfahrens führe zu einer *„drastischen Verteuerung der von unseren Handwerkern angebotenen Leistungen um bestimmt 20 %“*, ist weder rechnerisch noch logisch nachvollziehbar. Der Fall würde nur dann zutreffen, wenn ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern bislang weder Erholungsurlaub noch eine zusätzliche Altersvorsorge gewährt und keine Auszubildenden beschäftigt.

Hinzuweisen ist weiterhin darauf, dass das der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts bislang die



Unwirksamkeit der AVen der Jahre 2008, 2010, 2014 festgestellt hat. Allerdings ist damit zu rechnen, dass das Gericht in den bereits terminierten weiteren Verfahren am 25.01.2016 mit der gleichen Begründung auch die AVE aus den Jahren 2012 und 2013 für unwirksam erklären wird.

Aus Sicht der SOKA-BAU ist dabei zu berücksichtigen, dass die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen aller Voraussicht nach den Tatbestand der Überschuldung erfüllt. Nur durch den vorgesehenen Weg, die verpflichtende Wirkung der Sozialkassentarifverträge für alle Baubetriebe auf eine neue gesetzliche Grundlage zu stellen, können eine soziale Absicherung der Arbeitnehmer und der Fortbestand der Sozialkassen gesichert werden. Die Bilanzsummen der beiden Kassen sind für deren finanzielle Robustheit nicht aussagekräftig. Die Mittel, die für die Erfüllung von Rückforderungsansprüchen zur Verfügung stehen, ergeben sich allein aus dem Eigenkapital. Das beträgt lediglich 340 Mio. Euro. Wenn nur 2.800 Betriebe (das sind 4 % aller Baubetriebe) mit durchschnittlich zehn Arbeitnehmern für zehn Jahre Rückforderungsansprüche in Höhe der Differenz zwischen den Beiträgen und den Erstattungen geltend machen (20 % der gezahlten Beiträge = 1.200 € je Arbeitnehmer und Kalenderjahr), ist das Eigenkapital bereits aufgebraucht und die ULAK überschuldet.

Auch das Überleben von fast 200 überbetrieblichen Ausbildungszentren der Bauwirtschaft hängt von dem Gesetz ab. Käme es nicht zu einer gesetzlichen Regelung, müsste die ULAK die geleisteten Erstattungszahlungen an die überbetrieblichen Ausbildungszentren von jährlich 100 Mio. € von diesen zurückfordern. Damit wären die Existenz aller Ausbildungszentren und die gesamte Berufsausbildung im Bauhauptgewerbe sowohl quantitativ wie auch qualitativ in Frage gestellt. Von daher sind die Konsequenzen der BAG-Entscheidung für die SOKA-BAU in jedem Fall existenzbedrohend, so dass ein Eingreifen des Gesetzgebers durch das SokaSiG die einzige Chance ist, diese gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien und die damit realisierten Verbesserungen für die Arbeits- und Ausbildungsbedingungen in der Baubranche zu retten.

#### **VI. Keine Relevanz der sogenannten Großen Einschränkungsklausel für das Gesetzgebungsverfahren**

##### **1.**

Sinn und Zweck der Großen Einschränkungsklausel ist es, Tarifkonkurrenzen zwischen dem Bauhauptgewerbe und angrenzenden Branchen aufzulösen und die Mitgliedsbetriebe baunaher Verbände vor der Inanspruchnahme durch SOKA-BAU auszuschließen. Derartige Klauseln gibt es in fast allen anderen allgemeinverbindlichen tariflichen Branchenregelungen bzw. Mindestlohnregelungen nach dem Arbeitnehmerentendengesetz. Hierzu zählen beispielsweise die Abfallwirtschaft, Gebäudereinigung, Geld- und Wertdienste, Hotel- und Gaststättenbereich (siehe hierzu die Übersicht auf der Internetseite „zoll.de“, dort unter *Startseite > Fachthemen > Arbeit > Mindestarbeitsbedingungen > Mindestlohn nach dem AentG, Lohnuntergrenze nach dem AÜG >*

*Branchen mit Mindestlohn nach dem AEntG, Lohnuntergrenze nach dem AÜG.*) Sie sind also keine Besonderheit des Bauhauptgewerbes.

##### **2.**

Die Große Einschränkungsklausel dient dazu, Tarifkonkurrenzen zwischen dem Bauhauptgewerbe und angrenzenden Branchen aufzulösen und die Mitgliedsbetriebe baunaher Verbände vor der Inanspruchnahme durch die SOKA-BAU zu schützen. Derartige Klauseln sind keineswegs eine Besonderheit im Bauhauptgewerbe, sondern finden sich in zahlreichen Branchen wieder (z. B. in der Abfallwirtschaft oder dem Gaststätten- und Hotelgewerbe).

Die Verhandlungen zwischen den Baurarifvertragsparteien und den baunahen Verbänden fanden in der Vergangenheit etliche Male unter Moderation der BDA, dem ZDH und dem DGB statt. Hier wurden keine Regelungen getroffen, denen nicht auch alle Beteiligten zugestimmt hätten. Die Große Einschränkungsklausel wurde durch die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts nie in Frage gestellt und wird auch durch das SokaSiG nicht geändert. Obwohl kein Zusammenhang zwischen dem Gesetzgebungsverfahren und der Großen Einschränkungsklausel besteht, bleiben die Tarifvertragsparteien mit den betroffenen Verbänden in einem ständigen Dialog.

**Inhalt und die Ausgestaltung der Großen Einschränkungsklausel sind vom Bundesarbeitsgericht nicht beanstandet worden ist. Von daher ist sie für das eigentliche Gesetzgebungsverfahren zum SokaSiG von keinerlei Relevanz.**

#### **VII. SokaSiG verfassungsgemäß**

Das Gesetz wahrt den Vertrauensschutz. Es sieht vor, dass alle Betriebe, die schon bisher von den Sozialkassenverfahren ausgenommen waren, auch von der gesetzlichen Regelung ausgenommen bleiben. Sicherlich sind die Hürden für den Erlass eines Gesetzes mit echter Rückwirkung sehr hoch. Das Bundesverfassungsgericht hat sich jedoch wiederholt hiermit befasst und die Möglichkeit einer echten Rückwirkung für verschiedene Fallgruppen bejaht.

##### **1.**

So ist eine Rückwirkung zulässig, wenn kein schutzwürdiges Vertrauen in den Stand der alten Regelung entstanden ist (BVerfGE vom 23.11.1999 - 1 BvF 1/94). Hierzu kann ausgeführt werden, dass es jedenfalls kein schutzwürdiges Vertrauen in die Unwirksamkeit der AVE gegeben hat. Das SokaSiG soll nicht mehr und nicht weniger tun, als den alten Rechtszustand wieder herzustellen. Der einzige, für die Normadressaten allerdings nicht relevante Unterschied besteht darin, dass die im Beitragspflichten sich nicht aus der AVE eines Tarifvertrages, einem staatlichen Hoheitsakt sui generis ergeben, sondern nunmehr aus einem anderen staatlichen Hoheitsakt, einer gesetzlichen Regelung, der die tariflichen Regelungen zum Gegenstand hat. Inhaltlich ändert sich dadurch für die Normadressaten nichts.

##### **2.**

Eine Rückwirkung ist zudem zulässig, um eine unklare und verworrene Rechtslage zu bereinigen

(BVerfG vom 23.03.1971 - 2 BvL 2/66). Auch diese Begründung ist hier tragfähig. So ist beispielsweise nicht geklärt, wie damit umzugehen ist, dass einzelne vorangegangene AVen unangefochten geblieben sind bzw. wie aktuell geschehen im Verfahren BAG - 10 ABR 52/15 - durch Rücknahme der Rechtsbeschwerden rechtskräftig die Wirksamkeit festgestellt wurde. Damit stellt sich die Frage, ob diese AVE ggfs. fortwirken. Die Gesetzesbegründung des SokaSiG weist zu Recht auf diese Problematik hin. Auch die Pressemeldung des BAG vom 21.09.2016 zeigt auf, dass die Rechtslage nach den BAG-Entscheidungen keineswegs eindeutig und klar ist:

„... *Ob im Übrigen unter Beachtung der Verjährungsfristen wechselseitige Rückforderungsansprüche hinsichtlich erbrachter Beitrags- und Erstattungsleistungen bestehen und ob die Feststellung der Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen des VTV aus den Jahren 2008 und 2010 einer Vollstreckung von Beitragsansprüchen aus rechtskräftigen Entscheidungen entgegensteht,*

*hatte der Senat nicht zu entscheiden.*“ Von daher würde ohne ein Gesetzgebungsverfahren für eine so wichtige Institution wie das Urlaubskassenverfahren, die Zusatzversorgung und das Ausbildungsumlageverfahren Unklarheit bestehen. Das ist auch in Hinblick auf die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vollkommen inakzeptabel.

### 3.

Eine echte Rückwirkung eines Gesetzes ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere zulässig, wenn dafür überragende Gründe des Gemeinwohls sprechen (Bundesverfassungsgericht vom 19.12.1961 - 2 BvL 6/59). Interessanterweise befasste sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil mit der Frage, ob eine echte Rückwirkung zulässig ist, wenn die zu beseitigende Problemlage auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht. Hier der Kernsatz aus der Urteilsbegründung Rn 43): „*Dass der Gesetzgeber ein ihm bei der Gesetzesfassung unterlaufenes Versehen berichtigen will, berechtigt ihn noch nicht, dies für einen vergangenen Veranlagungszeitraum zu tun. Nur wenn sein Versehen zu erheblichen Unklarheiten oder zu objektiven Lücken in der ursprünglichen gesetzlichen Regelung geführt hätte, wäre eine Rückwirkung ausnahmsweise zulässig.*“

An dieser Stelle ist daher der Hinweis angebracht, dass die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 21.09.2016 im Wesentlichen auf einen Verfahrensfehler des BMAS beruht. Das Gericht stellt qualifiziert zudem die AVE ausdrücklich als „*staatlichen Hoheitsakt*“ dar (also durchaus mit gesetzesähnlichen Wirkungen). Das Gericht betont weiterhin, dass die AVE „*als Ausübung von Staatsgewalt der demokratischen Legitimation*“ (Rn. 150) bedarf und stellt dazu eine Legitimationskette vom Parlament über den Bundeskanzler bis zum Minister fest (Rn. 161). Von daher ist der Fall der aufgrund ministerieller Formfehler unwirksamen AVE durchaus mit dem Fall eines dem Gesetzgeber bei der Gesetzesfassung unterlaufenden Versehens vergleichbar, wie ihm das Bundesverfassungsgericht vorschwebt. Auch hier geht es wie in dem vom Bundesverfassungsgericht zitierten Beispiel nun darum, die daraus entstanden

Unklarheiten, die auch in der Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichtes zu der Entscheidung vom 21.09.2016 klar ihren Ausdruck gefunden habe ( „...*Ob im Übrigen unter Beachtung der Verjährungsfristen wechselseitige Rückforderungsansprüche hinsichtlich erbrachter Beitrags- und Erstattungsleistungen bestehen und ob die Feststellung der Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen des VTV aus den Jahren 2008 und 2010 einer Vollstreckung von Beitragsansprüchen aus rechtskräftigen Entscheidungen entgegensteht, hatte der Senat nicht zu entscheiden.*“), zu beseitigen.

Das Bundesarbeitsgericht zweifelt in seinen Entscheidungen vom 21.09.2016 nicht daran, dass an der AVE - also der Wirksamkeit der tariflichen Regelungen ein öffentliches Interesse besteht. Die Entscheidungsgründe (BAG vom 21.09.2016 - 10 ABR 33/15, Rn. 128, 129) sprechen insoweit für sich:

*“Für die AVE sprechen mehrere Umstände von erheblichem Gewicht. Nicht tarifgebundenen Arbeitgebern entstehen dadurch keine so großen Nachteile, dass die Entscheidung des Beteiligten zu 4. schlecht hin unvertretbar oder unverhältnismäßig und damit das ihm zustehende normative Ermessen bei Rechtssetzungsakten überschritten wäre.*

*Für die Annahme eines öffentlichen Interesses bei den AVE VTV 2008 und 2010 spricht, dass das im VTV geregelte Urlaubskassenverfahren das vom Gesetzgeber sozialpolitisch gewollte Ziel verfolgt, Arbeitnehmern auch dann den Erwerb zusammenhängender Urlaubsansprüche zu ermöglichen - wie es § 7 Abs. 2 BUrlG vorsieht - und damit die vom Gesetz grundsätzlich nicht gewollte Urlaubsabgeltung (vgl. § 7 Abs. 4 BUrlG) zu vermeiden, wenn sie im laufenden Urlaubsjahr den Arbeitgeber wechseln. Dabei hat der Gesetzgeber in § 13 Abs. 2 BUrlG insbesondere für den Bereich des Baugewerbes vom BUrlG abweichende tarifvertragliche Regelungen zur Sicherung eines zusammenhängenden Jahresurlaubs zugelassen. Deshalb liegt es nahe, ein öffentliches Interesse dafür anzunehmen, eine solche Regelung - wie sie im Urlaubskassenverfahren bestimmt ist - nicht nur auf unmittelbar tarifgebundene Arbeitsverhältnisse dieser Branche anzuwenden, sondern auf alle Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Tarifbindung. Auch die vom VTV mit umfasste zusätzliche Altersversorgung (ZVK) verfolgt ein vom Gesetzgeber sozialpolitisch gewolltes Ziel. Ihr Zweck ist daran ausgerichtet, den Arbeitnehmern unverfallbare Anwartschaften auf eine zusätzliche Altersversorgung zu sichern, wie es der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des BetrAVG erreichen will. Die Ausbildungsumlage steht vor dem Hintergrund einer vom Gesetzgeber für sinnvoll gehaltenen geordneten und einheitlichen Berufsausbildung (vgl. § 4 Abs. 1 BBiG), deren Lasten verteilt werden sollen.“*

Auch aktuelle Entscheidungen der Instanzgerichte betonen ausdrücklich die Feststellung eines öffentlichen Interesses an der AVE der Sozialkassentarifverträge (zuletzt LAG Berlin-Brandenburg vom 21.07.2016 - 14 BVL 5007/15 u. a.).

Sowohl das Bundesverfassungsgericht (BVerfG vom 15.07.1980 - 1 BvR 439/79) wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGH MR 02.06.2016 - 3646/09) haben sich bereits mit der AVE der Sozialkassentarifverträge befasst. In beiden Fällen haben die Gerichte die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Regelungen bejaht und die Art und Weise des Zustandekommens der AVE nicht beanstandet. In seiner Entscheidung stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass die Unternehmen „basierend auf dem Grundgedanken der Solidarität, im Interesse aller Arbeitnehmer im Baugewerbe zur Zahlung von Beiträgen an die Sozialkasse verpflichtet war ... Die beabsichtigte soziale Absicherung aller Arbeitnehmer in dieser Branche wäre nicht zu erreichen, wenn nur die auf Grund ihrer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband tarifgebundenen teilnehmen müssten. Um den beabsichtigten sozialen Schutz zu gewährleisten, setzten die Sozialkassen voraus, dass alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Baugewerbe. Vor allem die nicht-tarifgebundenen, in das Sozialkassenverfahren einbezogen werden.“ (Rn. 83). Im Rahmen der Prüfung, ob ein Allgemeininteresse vorlag und konkret ein gerechter Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses und den Anforderungen des Schutzes des Grundrechtes Einzelner, stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausdrücklich fest, dass die AVE der tariflichen Regelungen der SOKA-BAU ein rechtmäßiges Ziel im Einklang mit dem Allgemeininteresse verfolgen. (Rn. 109). Gäbe es daher keine allgemeinverbindliche tarifliche Regelung, dann wäre angesichts der geschilderten

Problemlagen der Gesetzgeber aufgerufen, zu handeln (BT-Drucksache 18/1558, Zu Artikel 5 (Änderung des Tarifvertragsgesetzes) zu Nummer 1 zu Buchstabe b, S. 48: „Zugleich wird sichergestellt, dass sozialpolitisch wünschenswerte Einrichtungen durch die sachnahen Tarifpartner und nicht durch den Staat geregelt werden.“).

**Für den Erlass des Gesetzes sprechen daher eindeutige überragende Gründe des Gemeinwohls. Ohne eine gesetzliche Regelung würde**

- **die Altersvorsorgeplanung der Arbeitnehmer der Bauwirtschaft in der immer wichtiger werdenden zweiten Säule unkalkulierbar und die Bemühungen um eine Stärkung dieser Säule im Sinne des Betriebsrentenstärkungsgesetzes konterkariert,**
- **die Möglichkeit einer dem Erholungsgedanken entsprechenden Urlaubsgewährung für hunderttausende Beschäftigte drastisch eingeschränkt,**
- **die Möglichkeit der flächendeckende Durchführung einer qualitativ hochwertigen Berufsausbildung im Baubereich unter Einbeziehung und Unterstützung der überwiegend mittelständischen Unternehmen drastisch eingeschränkt. Ein Rückgang der Ausbildung hätte fatale Folgen für die Baukonjunktur, die ein wesentlicher Motor der gesamtwirtschaftlichen Konjunktur in Deutschland ist. Auch die durch den drohenden Verlust der überbetrieblichen Ausbildungszentren absehbaren Qualifikationsdefizite der Auszubildenden würden sich am Ende volkswirtschaftlich massiv auswirken.**

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 18(11)880

16. Januar 2017

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

**Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, Köln**

**A. Zusammenfassende Stellungnahme**

1. Der Gesetzentwurf der CDU/CSU und SPD zum **Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz** (SoKaSiG) unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.
2. Der Gesetzentwurf ist – im Gegenteil – verfassungsrechtlich geboten, weil eine seit Jahrzehnten gelebte Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) durch eine nicht vorhersehbare Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die soziale Institution der Gemeinsamen Einrichtungen der Sozialpartner des Baugewerbes gefährdet.

**B. Begründung****I. Sozialstaatliche Bedeutung der Sozialkassenverfahren des Baugewerbes**

Das Baugewerbe ist seit jeher durch besondere tatsächliche und wirtschaftliche Arbeits- und Produktionsbedingungen gekennzeichnet. Anders als in anderen Wirtschaftsbereichen bewirken diese Rahmenbedingungen, dass die Fluktuation hinsichtlich eines Wechsels von Bau- und Arbeitsstellen groß ist. Die eingegangenen Arbeitsverhältnisse sind oft kurzzeitig.

Die Sozialkassenverfahren des Baugewerbes haben eine bis in die Weimarer Republik zurückreichende Tradition. Auf der Basis des seit 1949 geltenden TVG haben die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes mit der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft sowie mit der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes Gemeinsame Einrichtungen errichtet. Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft gewährleistet die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie eine hochwertige Berufsausbildung. Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes schafft mit der Renten-

beihilfe einen Ausgleich für strukturbedingte Nachteile bei der Altersversorgung. Von den Leistungen der Sozialkassen des Baugewerbes profitieren bis zu 700.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, mehr als 35.000 Auszubildende sowie mehr als 370.000 Rentnerinnen und Rentner. Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse sorgt durch die gleichmäßige Belastung für einen fairen Wettbewerb in der Branche.

Die im Rahmen des Sozialkassenverfahren des Baugewerbes geltenden tarifvertraglichen Regelungen, die auch durch arbeits- und sozialrechtliche Gesetzgebung geregelt werden könnten, streben nach allgemeiner Geltung. Von den Sozialkassen werden Leistungen gewährt, zu deren Erbringung der einzelne Arbeitgeber nicht in der Lage wäre. Sie setzen voraus, dass die Lasten von den Arbeitgebern gemeinsam und solidarisch – unabhängig von der Tarifbindung des Arbeitgebers - getragen werden. Das ist der Grund, weshalb die dem Sozialkassenverfahren zugrunde liegenden Tarifverträge seit jeher nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Zugleich wird sichergestellt, dass die Sozialleistungen durch sachnahe Tarifpartner gestaltet werden.

**II. Die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vom 21. September 2016 (10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15)****1. Inhalt der Beschlüsse**

- a) In den oben genannten Verfahren hat das Bundesarbeitsgericht die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen (AVE) des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe aus den Jahren 2008, 2010 und 2014 für unwirksam erklärt. Diese rückwirkende Unwirksamkeit gefährdet den weiteren Bestand der Sozialkassen. Denn die Sozialkassen des Baugewerbes müssen infolge der Entscheidungen damit rechnen, auf die

Rückzahlung von Beiträgen in Anspruch genommen zu werden. Die Feststellung der Unwirksamkeit der AVE wirkt gemäß § 98 Abs. 4 ArbGG für und gegen jedermann. Sie hätte zur Folge, dass im maßgeblichen Zeitraum nur für tarifgebundene Arbeitgeber eine Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes bestand. Andere Arbeitgeber der Baubranche wären nicht verpflichtet, für diesen Zeitraum Beiträge zu leisten.

- b) Begründet wird die Unwirksamkeit mit zwei Aspekten:
- Weder habe sich der zuständige Minister bzw. die zuständige Ministerin für Arbeit und Soziales mit der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) befasst
  - noch war die nach damaligem Rechtsstand erforderliche 50%-Quote erreicht.
- c) Nach Auffassung des BAG sind die AVE vom 15.5.2008, vom 20.6.2010 und vom 17.3.2014 des VTV deshalb unwirksam, weil es sich bei der AVE von Tarifverträgen um Normsetzung handele, die nach dem in Art. 20 GG verankerten Demokratieprinzip die Befassung des zuständigen Ministers für Arbeit und Soziales erfordere. Die AVE eines Tarifvertrags bedürfe als Akt der Normsetzung der demokratischen Legitimation in Form der zustimmenden Befassung des zuständigen Ministers oder seines Staatssekretärs mit der Angelegenheit. Dieses Erfordernis bestünde unabhängig von konkreten Inhalten des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags. Eine solche Befassung sei jedoch weder durch den Minister Olaf Scholz in Bezug auf die AVE VTV 2008 noch hinsichtlich der AVE VTV 2010 durch die Ministerin Dr. Ursula von der Leyen erfolgt. Im Unterschied zu diesen Verfahren sei eine solche Befassung hinsichtlich der AVE VTV 2014 durch die Ministerin Andrea Nahles erfolgt. Sie habe aufgrund des Einspruchs des Freistaats Sachsen nach § 5 Abs. 3 TVG die Zustimmung der Bundesregierung zur beabsichtigten AVE eingeholt.
- d) Darüber hinaus gebe es keine tragfähige Grundlage für die Annahme des BMAS, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der AVE VTV 2008 und 2010 in der Baubranche mindestens 50% der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt waren. Insbesondere dürfte, anders als vom BMAS angenommen, die in der jeweiligen AVE vorgenommene Einschränkung des betrieblichen Geltungsbereichs bei der Berechnung der 50%-Quote nicht berücksichtigt werden.
- e) Auf den Aspekt unter d) wird nachfolgend nicht weiter eingegangen. Denn es herrscht seit 2014 insoweit Rechtssicherheit, als mit Wirkung zum 16.8.2014 der Gesetzgeber § 5 TVG durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz (BGBl I 2014, 1348) neu gefasst hat und

auf das Quorum verzichtet wurde. Das vorliegende Verfahren verdeutlicht geradezu, dass die Rechtsänderung zur Stabilisierung der erforderlich war.

## 2. Kritik der Beschlüsse

Gegenstand der Kritik sollen nachfolgend allein die überraschenden Entscheidungen des BAG insoweit sein, als bisher nicht bekannte Anforderungen an die Unterzeichnung einer AVE durch Minister oder Staatssekretär gestellt werden. Die AVE sind nach Auffassung des BAG unwirksam, wenn sich der zuständige Minister nicht mit ihnen befasst hat. Da es sich bei der AVE eines Tarifvertrags um einen Akt der exekutiven Normsetzung handele, müsse sich der zuständige Minister in einer Weise damit befasst haben, die aktenkundig verdeutlicht, dass er die beabsichtigte AVE billigt. Dies folge aus den Grundsätzen des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips.

### a) Rechtsunsicherheit durch richterliche Rechtsfortbildung

Diese Entscheidungen sind in ihrem Ergebnis alles andere als zwingend. Das Bundesarbeitsgericht selbst listet in seiner Entscheidung eine Vielzahl von Rechtsunsicherheitstatbeständen auf (Rn. 139 bis 145). Denn weder in Rechtsprechung noch in Literatur hat es eine eindeutige Festlegung dahingehend gegeben, ob die Unterschrift und persönliche Befassung des Ministers Voraussetzung für die Wirksamkeit einer AVE ist. Das Bundesarbeitsgericht bezieht jetzt zu dieser für die Wirksamkeit der AVG zentralen Frage Stellung, die nach der Rechtsprechungs- und Literaturlage so nicht erwartet werden konnte. Das gilt zum einen, soweit das BAG seine Ausführungen auf Einzelmeinungen in der Literatur stützt (etwa Rn. 163) und zum anderen, soweit das BAG eigene Rechtsgestaltung betreibt. Nicht vorhersehbar war die Entscheidung auch deshalb, weil es eine jahrzehntelang abweichende Praxis gab (die das BAG ausführlich darstellt), die auf den Wortlaut des § 5 TVG gestützt werden konnte. Mit Fug und Recht konnte vertreten werden, dass es ausreicht, wenn verantwortliche Ministerialbeamte - durch den Minister legitimiert -, prüfen und unterzeichnen. So erklärt sich auch, dass das Gesetz eben nicht spezifisch den Minister, sondern das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für zuständig erklärt. So hat das Bundesarbeitsgericht durch seine Entscheidung erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen. Denn es ist fraglich, ob andere Senate des BAG im Lichte des Wortlauts des § 5 TVG die Dinge ähnlich oder ganz anders sehen. So wäre eine Anfrage an die anderen Senate des BAG möglich gewesen (§ 45 Abs. 2 ArbGG) oder es hätte unmittelbar der Große Senat nach Maßgabe des § 45 Abs. 4 ArbGG angerufen werden können.

Die Kritik soll allerdings dahingehend fokussiert werden, dass es nicht so sehr um die Frage geht, ob die Position des BAG staatsrechtlich richtig oder falsch ist. Sie ist zwar m. E. Rechtschöpfung contra legem, möglicherweise aber verfassungsrechtlich vertretbar. Herauszustellen ist allerdings, und das ist insoweit für die Frage der rückwirkenden Gesetzes-

korrektur relevant, ob irgendein Beteiligter mit dieser Entscheidung hat rechnen können. Das ist nach diesseitiger Ansicht schon nicht der Fall, weil das BAG rechtschöpfend tätig wird, indem es sich über den Wortlaut des § 5 TVG hinwegsetzt und ein modifizierendes Konzept der rechtswirksamen Befassung durch einen politisch Verantwortlichen konstruiert, etwa soweit das Gericht „erlaubt“, dass die Unterschrift eines Staatssekretärs genüge. Wie rechtsgestaltend das BAG in dem Verfahren tätig wird zeigen die Randnummern 163-165 der Entscheidung beispielhaft:

„d) Bei der Beantwortung der Frage, in welcher Weise der demokratischen Legitimation bei Erlass einer AVE Rechnung zu tragen ist, darf allerdings nicht außer Acht bleiben, dass die AVE keine Rechtsverordnung, sondern ein Normsetzungsakt eigener Art ist. Daher können die für eine Rechtsverordnung erforderlichen Voraussetzungen nicht uneingeschränkt auf die AVE übertragen werden. So kann nach wohl allgemeiner Meinung aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 80 Abs. 1 GG ein Staatssekretär nicht zum Erlass einer Rechtsverordnung bevollmächtigt werden (vgl. Epping/Hillgruber/Uhle GG 2. Aufl. Art. 80 Rn. 12; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Sannwald GG 13. Aufl. Art. 80 Rn. 93). Ein solcher „klarer Wortlaut“ kann § 5 Abs. 1 TVG nicht entnommen werden. Vielmehr ist ergänzend die Regelung in § 14 Abs. 3 GOBReg, § 6 Abs. 1 Satz 2 GGO zu berücksichtigen, wonach der Staatssekretär den Minister als Leiter einer Obersten Bundesbehörde vertritt. Der Staatssekretär ist ein politischer Beamter iSv. § 54 Abs. 1 Nr. 1 BBG, was zum Ausdruck bringt, dass er nicht allein exekutive Aufgaben vollzieht, sondern auch im Bereich politischer Gestaltung tätig ist. Hierzu rechnet in besonderem Maße die Normsetzung. Der Staatssekretär ist unmittelbar vom Vertrauen des Ministers abhängig. Dies lässt es als gerechtfertigt erscheinen, die Legitimationskette auch noch bis zum Staatssekretär unter dem Blickwinkel des Legitimationsniveaus als ausreichend anzusehen (so im Ergebnis auch Löwisch/Rieble TVG § 5 Rn. 165).

164

e) Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung kann zur Einhaltung der Verantwortungsgrenze und Sicherung der demokratischen Legitimation der Normsetzungsbefugnis auch nicht eine förmliche Zeichnung der AVE durch den Minister (oder den Staatssekretär) verlangt werden. Es genügt insoweit eine materielle Zurechenbarkeit der AVE in Bezug auf den Minister, die seiner parlamentarischen Verantwortlichkeit gerecht wird. Die gebotene Höhe des Legitimationsniveaus und die parlamentarische Verantwortlichkeit verlangen eine zustimmende Befassung des Ministers mit der AVE vor deren Erlass. Diese kann beispielsweise durch die förmliche Zeichnung zum Ausdruck gebracht werden. Sie kann aber auch in anderer Weise erfolgen, etwa in der zustimmenden Kenntnisnahme

des Bearbeitungsvermerks eines Ministerialbeamten.

165

f) Aus rechtsstaatlichen Gründen muss die materielle Zurechenbarkeit der AVE in Bezug auf den Minister aktenkundig dokumentiert sein, da nur so eine verlässliche, effektive gerichtliche Kontrolle exekutiven Handelns möglich ist.“

Wie ist dieses Legitimationserfordernis inhaltlich zu füllen? Das BAG verlangt die „Entscheidung“ des Ministers oder Staatssekretärs, der sich persönlich mit der AVE gedanklich auseinandergesetzt und dies aktenkundig dokumentiert haben muss. Ist diese „Befassung“ ein legitimatorisches „Mehr“ an inhaltlicher Würdigung des Vorgangs oder reine Formalie? Man muss sich einmal die fachgerichtliche Kontrolle vorstellen: Ob der Minister sich persönlich mit der AVE auseinandergesetzt oder sich die abwägenden Gedanken eines Ministerialrats zu Eigen gemacht hat, ist gerichtlich kaum nachprüfbar. Schwer vorstellbar ist, wie die Minister künftig vor Gericht detaillierte Darlegungen zu machen haben, wie sie mit sich abwägend gerungen haben.

Es steht zu erwarten, dass über die Frage der persönlichen Unterzeichnung und der persönlichen Befassung in den nächsten Jahren intensiv juristisch diskutiert werden wird. Hierbei wird es insbesondere auf die Frage der Vergleichbarkeit AVE mit der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung ankommen. Das BAG orientiert sich an den Voraussetzungen zum Erlass einer Ordnungsgebung, die grundsätzlich die persönliche Entscheidung eines Ministers erfordere. Außerdem, so das BAG, sei die AVE angesichts verwandter Rechtsverordnungsverfahren, etwa nach Maßgabe des AEntG, mit der Rechtsverordnung vergleichbar (BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, Rn. 158). Widersprüchlich erscheint die Entscheidung des BAG aber dann insoweit, als - anders als bei Rechtsverordnungen - auch dem Staatssekretär eine Entscheidungskompetenz zugestanden wird. Hier betätigt sich das Bundesarbeitsgericht eindeutig rechtsschöpferisch und nicht sonderlich konsequent. Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Die Verfassung legitimiert für diesen Rechtsetzungsakt nur bestimmte, hochrangige und politisch verantwortliche Organe. Eine weitergehende tiefere Delegation setzt nach Maßgabe des Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG voraus, dass diese Ermächtigung durch Gesetz vorgesehen ist. Zusätzlich bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung. Diese Rechtslage bei Rechtsverordnungen ist nicht ohne weiteres auf die AVE nach Maßgabe des § 5 TVG übertragbar. Das gilt schon deshalb, weil die entscheidende Norm des § 5 TVG ausdrücklich erklärt, dass das „Bundesministerium für Arbeit und Soziales“ nach Maßgabe der dort genannten Voraussetzungen einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären kann. Insoweit stellt es schon einen mutigen Akt der Gesetzeskorrektur dar, den der 10. Senat des BAG unternimmt.

## b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in vergleichbaren Fragen

Wesentlich verständiger ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in vergleichbaren Fällen. In dem Beschluss vom 11.10.1994 - 1 BvR 337/92, BVerfGE 91, 148 ging es ebenfalls um eine fehlerhafte Staatspraxis der Bundesregierung beim Erlass von Rechtsverordnungen. Die Entscheidung zeigt, dass verfassungsrechtlich durchaus eine schonendere Handhabung möglich gewesen wäre, die nicht zu einem staatsrechtlichen Chaos führt. Denn auch die genannte Entscheidung des BVerfG hätte für eine Vielzahl von Rechtsverordnungen das Aus bedeuten können bzw. umfängliche neue Beschlussfassungen und Verkündungen von Rechtsverordnungen mit Rückwirkung erforderlich gemacht.

Das BVerfG entschied, dass im Falle der Übertragung von Normsetzungsbefugnissen durch das Parlament gemäß Art 80 Abs 1 Satz 1 GG auf die Bundesregierung als Kollegium, sichergestellt sein müsse, dass die Verordnungen in einer Weise beschlossen werden, die es erlaubt, sie der Bundesregierung zuzurechnen. Das sei allerdings nur der Fall, wenn alle Mitglieder der Bundesregierung Gelegenheit zur Mitwirkung an der Entscheidung erhalten hätten, eine hinreichende Zahl von ihnen am Beschlussverfahren teilgenommen und eine Mehrheit von diesen der Vorlage zugestimmt habe. Für die Beschlussfassung im Umlaufverfahren folge daraus, dass die Zustimmung nicht unterstellt oder fingiert werden dürfe. Das von der Bundesregierung praktizierte Umlaufverfahren stand mit dem GG nicht in Einklang, da die Einhaltung der aus Art 80. Abs. 1 S. 1 GG abgeleiteten Anforderungen an Information, Quorum und Majorität nicht gewährleistet war.

Der festgestellte Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG führte allerdings nicht zur Nichtigkeit der streitgegenständlichen Verordnung. Das BVerfG führte in Rn. 132f. aus:

*„Wie das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Prüfung des Ersten Hessischen Besoldungsanpassungsgesetzes festgestellt hat, muss hinsichtlich der Folgen eines Verfassungsverstößes zwischen der inhaltlichen Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz einschließlich der inhaltlichen Überschreitung von Kompetenzbegrenzungen einerseits und einem Mangel im Gesetzgebungsverfahren andererseits unterschieden werden (vgl. BVerfGE 34, 9 <25>). Während bei inhaltlichen Fehlern die Nichtigkeit die regelmäßige Folge des Verfassungsverstößes bildet, führt ein Verfahrensfehler nur dann zur Nichtigkeit der Norm, wenn er evident ist. Das gebietet die Rücksicht auf die Rechtssicherheit.*

*Der Verfahrensfehler, der beim Erlass der Verordnungen vorgekommen ist, war nicht evident. Die Bundesregierung verfuhr vielmehr gemäß einer ständigen Staatspraxis. Diese war, soweit ersichtlich, bis zu dem Ausgangsverfahren in dieser Sache nicht beanstandet worden. Die so beschlossenen Normen wurden allgemein als gültig angesehen und bildeten die Rechtsgrundlage für zahlreiche Anwendungsakte. Verwaltung und Adressaten haben auf ihre Gültigkeit vertraut. Wären die im Umlaufverfahren zustande gekommenen Rechtsverordnungen auch*

*nur vorübergehend unanwendbar, so müsste das zu einer Lage führen, die mit der Verfassungsordnung noch weniger in Einklang stünde als die Hinnahme der verfassungswidrigen Staatspraxis für die Vergangenheit.*

*Einer rückwirkenden Behebung dieses Mangels, wie sie das Bundesverfassungsgericht in anderem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 34, 9 <26>) verlangt und wie sie der Bundestag in dem Gesetz zur Bereinigung von Verfahrensmängeln beim Erlass einiger Gesetze vom 25. März 1974 (BGBl. I S. 769) vorgenommen hat, bedarf es hier nicht. Mit der Klarstellung der Rechtslage durch diese Entscheidung ist der verfassungsrechtliche Mangel jedoch für die Zukunft evident. Künftig wäre eine im Umlaufverfahren nach der bisher geübten Praxis beschlossene Rechtsverordnung nichtig.“*

Es ist nicht nachvollziehbar, dass das BAG nicht den Weg der schonenden Rechtsfolgen beschreitet. Es setzt sich zwar in seinen Beschlüssen (Rn. 173ff.) mit der Entscheidung des BVerfG auseinander. Dies geschieht aber nur kursorisch. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das BAG nicht den schonenderen Weg gewählt hat, zumal seine Auffassung keinesfalls zweifelsfrei ist.

## III. Verfassungsmäßigkeit des SoKaSiG-E

1. Dass die im Sozialkassenverfahren gefundenen sozialpolitischen Regelungen sozialpolitisch von hohem Rang und materiell verfassungsrechtlich und unionsrechtlich unbedenklich sind, wird immerhin umfänglich in den Entscheidungen des BAG bestätigt. Bedeutsam sind die Ausführungen des 10. BAG-Senats zur prinzipiellen rechtlichen Anerkennung der staatlichen Geltungserstreckung von Tarifnormen, insbesondere in dem Verfahren nach § 5 TVG. Das BAG betont wiederholt, dass die AVE **weder gegen das Grundgesetz** (BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, Rn. 95; so bereits BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, BVerfGE 55, 7; BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202) **noch Art. 11 EMRK oder die konventionsrechtliche Garantie des Eigentumsrechts** (Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK) verstoße (BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, Rn. 96 unter Verweis auf EGMR 2.6.2016 – 23646/09). Vertieft geht der Senat darauf ein, dass eine Vorlage an den EuGH (Art. 267 III AEUV) wegen nicht hinreichendem Bezug zum **Unionsrecht** (BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, Rn. 97 ff.) nicht erforderlich ist.
2. Fraglich kann allein sein, ob die vorliegenden Regelungen des SoKaSiG-E, die den Fortbestand der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe sichern sollen, aus dem Gesichtspunkt der (unechten) Rückwirkung angreifbar sind. In der Sache werden durch das SoKaSiG-E die bislang stets nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, die dem Sozialkassenverfahren

zugrunde liegen, beginnend mit dem 1. Januar 2006 kraft Gesetzes mittels statischer Verweisung für alle Arbeitgeber gesetzlich verpflichtend angeordnet. Das Gesetz schafft damit eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Sozialkassenverfahren im Baugewerbe. Damit wird der fortlaufende Beitragseinzug gesichert. Ferner werden die Risiken für das Sozialkassenverfahren, die aus etwaig bestehenden Rückforderungsansprüchen folgen können, abgewendet. Das Gesetz schafft einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der eingezogenen Beiträge im Sinne der §§ 812 ff. Bürgerliches Gesetzbuch.

3. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der im (SokaSiG-E) vorgesehenen **Rückwirkung** nehme ich wie folgt Stellung:
  - Nach der Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip das Gebot des Vertrauensschutzes. Hieraus folgt wiederum das grundsätzliche Verbot, nachträglich den Bürger belastender Gesetze.
  - Das BVerfG unterscheidet zwischen einer grundsätzlich zulässigen „unechten Rückwirkung“ und einer grundsätzlich unzulässigen „echten Rückwirkung“ (Erster Senat) bzw. zwischen einer grundsätzlich zulässigen „tatbestandlichen Rückkanknüpfung“ und einer grundsätzlich unzulässigen „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ (Zweiter Senat).

Für die nachfolgende Stellungnahme wird einmal unterstellt, die im SokaSiG-E angeordnete rückwirkende Heilung einer formal unwirksamen AVE falle in die Kategorie der prinzipiell unzulässigen Rückwirkung. Unter dieser Prämisse stellt sich nur die Frage, ob die Rückwirkung ausnahmsweise zulässig ist.

Eine solche vom BVerfG anerkannte Ausnahme betrifft den Fall, dass der Gesetzgeber eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung korrigiert, wenn diese zur Nichtigkeit einer Vielzahl von Verträgen führt, über die Rechtsfolgen der Nichtigkeit noch keine rechtliche Klarheit herrscht und die Gesetzgebungsarbeiten alsbald nach der Rechtsprechungsänderung aufgenommen werden. Unter diesen Voraussetzungen kann sich dem BVerfG zufolge kein schutzwürdiges Vertrauen bilden.

Die Leitentscheidung hierzu ist BVerfG v. 12.6.1986 – 2 BvL 5/80, 2 BvL 17/82 und 2 BvR 635/80 – BVerfGE 72, 302 = NJW 1986, 2817. Der Hintergrund dieser Entscheidung war, dass der BGH seine Rechtsprechung zur notariellen Beurkundung geändert hatte. Mit drei Entscheidungen aus dem Jahr 1979 (v. 23.2.1979 – V ZR 99/77 – NJW 1979, 1495; 6.4.1979 – V ZR 72/74 – NJW 1979, 1496 und 27.4.1979 – V ZR 175/77 – NJW 1979, 1498) hatte der BGH recht überraschend die Anforderungen an die notarielle Beurkundung verschärft. Grob gesprochen war er nunmehr der Ansicht, dass in dem notariell beurkundeten Dokument bloß in Bezug genommene Urkunden ihrerseits nicht notariell beurkundet seien. Danach waren insbesondere Grundstückskaufverträge

formnichtig, wenn sich das zu übereignende Grundstück nicht aus dem notariell beurkundeten Vertrag selbst, sondern nur aus einem in ihm in Bezug genommenen Bauplan ergab. Eine Vielzahl von Verträgen wäre nach der geänderten Rechtsprechung des BGH gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig gewesen. Im September 1979 wurde der Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften“ eingebracht. Es trat im Februar 1980 in Kraft und heilte rückwirkend die Verträge, die infolge der Rechtsprechungsänderung des BGH unwirksam gewesen wären.

Im Kern entschied das BVerfG (Hervorhebungen diesseits):

*„Indessen herrschte in dem Zeitraum zwischen dem Bekanntwerden der Änderung der Rechtsprechung und dem - öffentlich weithin bekannt gewordenen - Beginn der Gesetzgebungsarbeiten ein **Zustand von Rechtsunsicherheit**. Es mag zwar sein, dass die neue Rechtsprechung des BGH schon früher erkennbare Entwicklungslinien folgerichtig fortgesetzt hat. Indessen legen sowohl die Reaktion in der Öffentlichkeit als auch die Auffassung des entscheidenden Senats des BGH selbst (der ausdrücklich davon spricht, dass an gewissen früheren Erkenntnissen nicht festgehalten werde) es nahe, davon auszugehen, dass in der Tat ein Zustand allgemeiner und erheblicher Rechtsunsicherheit eingetreten war und für eine **Vielzahl Betroffener** Unklarheit darüber herrschte, was Rechtens sei.*

*Damit war eine der Voraussetzungen für ein verfassungsrechtlich zulässiges rückwirkendes Eingreifen des Gesetzgebers gegeben.*

*Gefestigtes und damit schutzwürdiges Vertrauen in die Beständigkeit eines bestimmten Rechtszustands konnte sich unter den gegebenen Umständen kaum entwickeln. Wer in dem **Zeitraum zwischen dem Bekanntwerden der Rechtsprechungsänderung und dem Gesetzesbeschluss** Folgerungen aus der Nichtigkeit seines Vertrages ziehen wollte, musste von vornherein mehrere Risiken bedenken: Er konnte noch nicht völlig sicher sein, ob es sich wirklich um einen **gefestigten Rechtsprechungswandel** handelte, oder ob nicht der BGH selbst - in Reaktion auf Kritik oder auch abweichende Rechtsprechung der Untergerichte - oder unter Umständen ein übergeordneter Spruchkörper (Großer, Gemeinsamer Senat) die zunächst eingeschlagene neue Richtung wieder ändern würde. Schließlich war auch durchaus noch nicht sicher, **welche Rechtsfolgen** die Rechtsprechungsänderung für die vor ihrem Bekanntwerden abgeschlossenen Verträge im Einzelfall haben würde, insbesondere mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Gebot privatrechtlichen Vertrauensschutzes; Rechtsprechung hierzu wurde in der Tat bald bekannt. Auch der allgemeine Umstand, dass bei den betroffenen Grundstücksveräußerungsverträgen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einer Heilung der Formnichtigkeit durch Eintragung in das Grundbuch nicht ausgeschlossen werden konnte, bildete schließlich insoweit einen Unsicherheitsfaktor. Dass sich angesichts dessen ohne weiteres schon hinreichend gefestigtes, schutzwürdiges Vertrauen in die Nichtig-*



*keit von Verträgen aufgrund der Rechtsprechungsänderung entwickeln konnte, ist deshalb nicht anzunehmen.“*

- Das lässt sich sinngemäß auf den SokaSiG-E übertragen:

- (1) Der Beschluss des BAG vom 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – zu § 5 TVG beruht nicht auf einer gefestigten Rechtsprechung. Das BAG hat eingeräumt, dass weder das BVerfG noch es selbst jemals zur Befassung des Ministers bei einer AVE entschieden hat (Rn. 178). Es ist denkbar, dass der Zehnte Senat des BAG seine Rechtsprechung künftig revidiert oder möglicherweise ein anderer Senat des BAG den Großen Senat anruft. Auf die bislang nur vereinzelte Entscheidung des BAG konnte sich noch kein verfassungsrechtlich bedeutsames Vertrauen bilden.
- (2) Nachträglich wirkt sich der SokaSiG-E nur für diejenigen Personen nachteilig aus, die die Rückwirkung des BAG-Beschlusses vom 21.9.2016 begünstigt. Das betrifft die Außenseiter-Arbeitgeber, soweit deren Pflicht zur Zahlung von Sozialkassenbeiträgen für die Vergangenheit entfällt. Ob und unter welchen Voraussetzungen das BAG aber Rückforderungsansprüche anerkennen wird, ist noch ungeklärt. Im Übrigen konnten die begünstigten Außenseiter-Arbeitgeber nach der Entscheidung des BAG kaum vertrauensschutzrelevante Dispositionen treffen. Der Beschluss des BAG dürfte keinen Begünstigten veranlassen haben, im Vertrauen auf seinen Bestand hernach nicht mehr umkehrbare Dispositionen zu treffen.
- (3) War aber die – zwischenzeitliche – Rechtslage nicht geeignet, aus dem Vertrauen auf ihr Fortbestehen heraus Entscheidungen oder Dispositionen herbeizuführen oder zu veranlassen, die sich bei nach der späteren Änderung der Rechtslage als nachteilig erweisen, scheidet Vertrauensschutz aus (BVerfG v. 23.3.1971 – 2 BvL 2/66 u.a. –

BVerfGE 30, 367, 389). Nur betätigtes Vertrauen wird rechtsstaatlich geschützt. Der SokaSiG-E nimmt den nachteilig von ihm betroffenen Arbeitgebern keine Verhaltensalternative, die ihnen der BAG-Beschluss vom 21.9.2016 eröffnet hätte. Auch bei Kenntnis der nach dem SokaSiG-E eintretenden Rechtslage wären sie nicht zu einem anderen Verhalten veranlasst worden (vgl. zu diesem Erfordernis des Vertrauensschutzes: BVerwG v. 3.7.2003 – 2 C 36/02 – NJW 2004, 308, 311).

- (4) Zwischen der Verkündung der Rechtsprechungsänderung am 21.9.2016 sind bis zur Einbringung des SokaSiG-E in den Deutschen Bundestag am 13.12.2016 nicht einmal drei Monate verstrichen. Über den Gesetzentwurf war bereits zuvor in der Tagespresse berichtet worden (Der Spiegel, 49/2016 v. 3.12.2016, S. 85). Es steht zu erwarten, dass niemand in diesem kurzen Zeitraum die ihm günstigen Rechtsfolgen aus der Entscheidung des BAG vom 21.9.2016 (gerichtlich) durchzusetzen konnte.
- (5) Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber zuletzt im Rahmen der Reform der Rechtsgrundlagen der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) – in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BAG vom 24. Januar 1979, 4 AZR 377/77; BAG vom 28. März, 4 AZR 536/89) – durch die Reform des § 5 TVG ausdrücklich anerkannt hat, dass die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen – wie sie im Baugewerbe bestehen – zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegt.

Kurzum: An der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der im SokaSiG-E vorgesehenen Rückwirkung bestehen keine seriösen Zweifel.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 18(11)882

17. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

**Dr. Thomas Möller, Osnabrück**

## I.

Das Sozialkassenverfahren des Baugewerbes ist auf § 4 Absatz 2 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) vom 9. April 1949 begründet. Auf dieser Grundlage haben die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes mit der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft sowie mit der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes gemeinsame Einrichtungen errichtet (Soka-Bau).

## II.

Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung schädigen in erheblichem Maß die Volkswirtschaft, haben gravierende Beitragsausfälle in der Sozialversicherung zur Folge und gehen dadurch zulasten der Solidargemeinschaft. Darüber hinaus beeinträchtigen Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung den Wettbewerb. Gesetzestreue Unternehmen können im Wettbewerb gegen die illegal handelnden Anbieter, die oft erheblich günstigere Angebote abgeben, nicht bestehen und werden in ihrer Existenz bedroht. Dies führt zum Verlust von legalen Arbeitsplätzen und verhindert die Schaffung neuer legaler Arbeitsplätze. Zusätzlich schädigen illegale Beschäftigungsverhältnisse rechtstreue Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die mit ihren Sozialversicherungsbeiträgen die entstehenden Ausfälle ausgleichen müssen.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) prüft u.a. bereits seit 1997 Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), seit 2012 nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und seit 2015 nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG). Daneben hat die FKS eine Vielzahl weiterer Prüfaufgaben (§ 2 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz - SchwarzArbG).

Unter anderem prüft die FKS, ob die Sozialkassenbeiträge an die Soka-Bau abgeführt wurde (§ 2 Abs. 1

Ziffer 5 SchwarzArbG). Ausschlaggebend für die Beitragspflicht sind grundsätzlich die Tätigkeiten, die ein Betrieb arbeitszeitlich überwiegend, das heißt zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit, erbringt.

Die FKS verfolgt einen ganzheitlichen Prüfansatz, d. h., seit dem 1. Januar 2015 beinhaltet grundsätzlich jede Prüfung der FKS z.B. auch eine Mindestlohnprüfung nach dem MiLoG. Dabei prüft die FKS risikoorientiert, jedoch grundsätzlich verdachtsunabhängig, d. h. es erfolgt eine risikoorientierte Auswahl der zu prüfenden Sachverhalte, bei der einzelne oder mehrere Risikokriterien ausschlaggebend sein können. Es finden zudem Prüfungen auf Grundlage von Hinweisen und aufgrund von Erkenntnissen aus Prüfungen oder Ermittlungsverfahren statt. Die FKS tauscht auch Informationen mit der Soka-Bau aus.

## III.

Stellt die FKS fest, dass ein beitragspflichtiger Arbeitgeber seiner Beitragspflicht nicht nachkommt (z.B. keine Anmeldung bei der Soka-Bau vorgenommen), teilt sie diese Feststellung der Soka-Bau mit. Die Soka-Bau wird gegebenenfalls selbstständig in einem eigenen Verwaltungsverfahren die nichtgezahlten Sozialkassenbeiträge von dem Arbeitgeber nachfordern.

Neben dem fiskalischen Aspekt stellen sich wegen der Nichtzahlung des Sozialkassenbeitrags Fragen der Sanktion. Aktuell kommen eine strafrechtliche Ahndung und eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung in Betracht.

Strafrechtlich kommt § 263 Strafgesetzbuch (StGB) wegen Betrugs in Betracht. Die Vermögensinteressen der Soka-Bau eröffnen grundsätzlich den Schutzbereich von § 263 StGB. Ob dieser Straftatbestand bei Nichtzahlung der Sozialkassenbeitrag verwirklicht wird, ist wegen der erforderlichen Irrtumserregung

strittig. Eine Meinung geht davon, dass ein Betrug deswegen nicht verwirklicht werden kann, da gar keine Vermögensverschiebung stattfindet. Wenn keine Sozialkassenbeiträge gezahlt werden, werden auch keine Leistungen ausgezahlt und wenn keine Verwaltung für den unbekanntem Arbeitgeber stattfindet, entstehen insoweit auch keine Ausgaben für die Verwaltung. Einer anderen Meinung folgend findet hingegen eine Vermögensverschiebung statt, so dass § 263 StGB wegen einer Irrtumserregung verwirklicht wird.

Die Zollverwaltung ermittelt wegen des Verdachts des Betrugs gemäß § 263 StGB, wenn durch Falschmeldung (Vorspiegelung falscherer Tatsachen) bei der Soka-Bau ein Irrtum erregt und dadurch bewirkt wird, dass Zahlungen an die Soka-Bau nicht oder nicht in der richtigen Höhe geleistet werden (Vermögensvorteil).

Wegen einer Beitragsvorenthaltung könnte auch § 266a StGB in Betracht kommen. Wurden neben den Beiträgen zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung auch Beiträge zur Berufsgenossenschaft nicht im tatsächlich geschuldeten Umfang abgeführt und beruht dies auf unrichtigen oder unterlassenen Meldungen des Arbeitgebers, ist der Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB erfüllt. Denn bei den Berufsgenossenschaftsbeiträgen handelt es sich um Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung (§ 150 Abs. 1 SGB VII). Soweit für die Berechnung der Berufsgenossenschaftsbeiträge das Arbeitsentgelt maßgeblich ist, ist nach Meinung des BGH ebenfalls § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV anwendbar. Demgegenüber entschied der BGH mit Beschluss vom 29.10.09 (1 StR

431/09), dass § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV für die Berechnung der Lohnsumme, die der Ermittlung der Beiträge an die SOKA-Bau, Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, zugrunde zu legen ist, keine Anwendung findet. § 266a StGB wird bei der Nichtzahlung der Sozialkassenbeiträge an die Soka-Bau somit nicht verwirklicht.

Als Ordnungswidrigkeit kommt § 23 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 AEntG in Betracht, da eine Arbeitsbedingung nicht oder nicht rechtzeitig gewährt oder einen Beitrag nicht oder nicht rechtzeitig geleistet wurde. Die Vorschrift regelt die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche durch den Staat, was im Normalfall den jeweiligen Tarifvertragsparteien obliegt. Diese Ordnungswidrigkeit wird auch verwirklicht, wenn der Arbeitgeber der Soka-Bau nicht bekannt ist. Der Bußgeldrahmen beträgt bis zu 500.000 Euro.

IV.

Arbeitsrecht und Arbeitsstrafrecht stellen erhebliche Anforderungen an die Beteiligten. Eine kam mehr überschaubare Anzahl in verschiedenen Gesetzen geradezu „versteckter“ Vorschriften werden bei einer Prüfung durch die FKS relevant. Die Unübersichtlichkeit wird dadurch gesteigert, dass sich das Arbeitsrecht auf eine Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen im dreistelligen Bereich erstreckt. Das Zusammenspiel von materiellem Arbeitsrecht und Arbeitsstrafrecht erschwert eine zügige Prüfung durch die FKS.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)884

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

### Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Von den beiden Sozialkassen des Baugewerbes, der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) und der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK), wird lediglich die ZVK von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) beaufsichtigt.

Bei der ZVK handelt es sich um eine regulierte Pensionskasse gemäß § 233 Versicherungsaufsichtsgesetz. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie die technischen Berechnungsgrundlagen für die in der Bilanz zu bildenden versicherungstechnischen (Deckungs-)Rückstellungen sind daher von der BaFin zu genehmigen.

Grundlage der Genehmigung der BaFin sind die von den Tarifparteien des Baugewerbes abgeschlossenen

Tarifverträge sowie die vom zuständigen Bundesministerium erteilten Allgemeinverbindlichkeitserklärungen.

Wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, ist die vom Bundesarbeitsgericht in seinen Beschlüssen vom 21. September 2016 erkannte Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlichkeitserklärungen geeignet, den Bestand der ZVK zu gefährden. Die BaFin begrüßt daher, dass das geplante SokaSiG zur Sicherung des Fortbestandes der ZVK die bislang für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge für alle Arbeitgeber verbindlich anordnet. Dies sichert aus Sicht der BaFin nicht nur die Rechtsgrundlage für die bereits eingezogenen Beiträge, sondern gewährleistet auch die Erfüllung der den Versorgungsberechtigten zugesagten Altersversorgungsleistungen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)891

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631**Gregor Asshoff**

### 1. Zusammenfassung der Stellungnahme

- Der Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und SPD zum Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz (SokaSiG) ist mit diesem Inhalt zwingend erforderlich, um den Bestand der Sozialkassenverfahren in der Bauwirtschaft zu gewährleisten.
- Ohne eine schnelle Verabschiedung des Gesetzentwurfs stehen die Altersversorgungsansprüche von rund 1,2 Millionen Menschen (ca. 370.000 Rentnern und 825.000 Anwärtern), die Urlaubsansprüche von derzeit 770.000 Arbeitnehmern sowie das gesamte Ausbildungssystem der deutschen Bauwirtschaft auf dem Spiel.
- Ohne das SokaSiG verlieren die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft ihre Regelungsfähigkeit. Die Branche wird in ihrer Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit dramatisch geschwächt.
- Der Gesetzentwurf verwirklicht das im Grundgesetz vorgegebene Sozialstaatsgebot und sichert den Fortbestand der Tarifautonomie in der Bauwirtschaft.
- Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Gesetzentwurf bestehen nicht.

### 2. Die Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft

Noch vor Gründung der Bundesrepublik haben sich die Sozialpartner 1949 darauf verständigt, über Sozialkassenverfahren die spezifischen Nachteile von Beschäftigten der Bauwirtschaft auszugleichen. Heute werden über sie in drei unterschiedlichen Systemen Leistungen erbracht:

- Überbetriebliche Altersversorgung;
- Berufsausbildung;
- Urlaubsverfahren.

Die Funktionsfähigkeit dieser Systeme wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) der Sozialkassentarifverträge der Branche sichergestellt. Ohne AVE würden die Systeme wegen der kleinbetrieblichen Struktur und der hohen Konkurrenz in der Branche zusammenbrechen und sich erhebliche Wettbewerbsverzerrungen ergeben. Dies gilt umso mehr, als nur durch eine flächendeckende Anwendung der Sozialkassentarifverträge deren Mindestbedingungen auch für Dienstleistungserbringer aus anderen EU-Staaten verbindlich werden (dazu 4.4.).

#### 2.1. Überbetriebliche Altersversorgung: Ausgleich spezifischer Versorgungslücken

In der Baubranche kommt es durch ihre Witterungsabhängigkeit zwangsläufig zu häufigen Arbeitsausfällen. Diese vermindern die Ansprüche der Arbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die bereits 1957 eingeführte Altersversorgung der Bauwirtschaft schließt diese Versorgungslücken durch eine Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenrente und gilt bundesweit für alle Beschäftigten einschließlich der Auszubildenden.

Die Leistungen umfassen über **330 Mio. EUR** an **370.000 Rentner** jährlich mit einer Leistungssumme von insgesamt durchschnittlich rd. **19.000 EUR je Rentner**. Aktuell sind **825.000 Personen Leistungsanwärter** (Versicherte), womit die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG die größte Pensionskasse Deutschlands ist.

*Die tarifvertragliche Altersversorgung der Bauwirtschaft ist beispielgebend (vgl. den von der Bundesregierung soeben beschlossenen Entwurf eines Betriebsrentenstärkungsgesetzes) für eine betriebliche Altersversorgung, die auch Arbeitnehmern in Kleinbetrieben oder mit geringem Einkommen die notwendigen ergänzenden Leistungen zur gesetzlichen Rente verschafft.*

## 2.2. Berufsausbildung: Ausbildungsfinanzierung für Fachkräftenachwuchs

In der vorrangig kleinbetrieblich geprägten Bauwirtschaft stellt die Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Berufsausbildung eine erhebliche Belastung und Herausforderung für die einzelnen Betriebe dar. Seit 1976 wird die Berufsausbildung daher überbetrieblich organisiert und finanziert. Die Betriebe erhalten die Ausbildungsvergütung für 17 Ausbildungsmonate erstattet. Zur Gewährleistung der hohen Qualität werden zudem 200 Ausbildungszentren für überbetriebliche Ausbildungssteile finanziert. Mit diesem System wird die nach wie vor überdurchschnittliche Ausbildungsbereitschaft und die hohe Ausbildungsqualität in der Branche erfolgreich gesichert. Nur so kann bei sinkenden Schulabgängerzahlen auch zukünftig der Fachkräftebedarf der Bauwirtschaft gedeckt werden.

Schließlich ist zu betonen, dass die Tarifpartner der Bauwirtschaft wie auch SOKA-BAU stets bestrebt waren und sind, möglichst praxisnahe und pragmatische Lösungen in der Anwendung der Sozialkassentarifverträge zu finden. Seit April 2015 sind auch Betriebe ohne Beschäftigte verpflichtet, einen Mindestbeitrag i. H. v. jährlich 900 EUR zum Berufsbildungsverfahren zu leisten. Nach den ersten Erfahrungen in der Praxis haben Nachjustierungen stattgefunden. Einzelbetriebsinhaber sind nun – auch rückwirkend – von der Leistung des Mindestbeitrags ausgenommen, wenn ihr Einkommen unterhalb des steuerlichen Grundfreibetrags i. H. v. jährlich 8.820 EUR (Stand 2017) liegt.

Jährlich werden über **300 Mio. EUR für 35.000 Auszubildende** in rd. **15.000 Betrieben** geleistet. Mit einer Leistungssumme von über **30.000 EUR für eine dreijährige gewerbliche Ausbildung** werden die betrieblichen Gesamtkosten zu rd. **60 Prozent** abgedeckt.

*Nur mit einer Bauwirtschaft, die über ausreichend Fachkräfte verfügt, kann der für Deutschland so wichtige Bedarf an zusätzlichem oder bedarfsgerecht umgestalteten Wohnraum, an Infrastrukturbauten und Wirtschaftsgebäuden in den nächsten Jahren gedeckt werden.*

## 2.3. Urlaubsverfahren: Portabilität von Urlaub bei Arbeitgeberwechsel in der Branche

Häufige Arbeitgeberwechsel sind ein weiteres Strukturmerkmal der Bauwirtschaft – mehr als ein Drittel der gewerblichen Arbeitnehmer ist weniger als sechs Monate, mehr als die Hälfte weniger als zwölf Monate für einen Arbeitgeber tätig. Um zu gewährleisten, dass die Arbeitnehmer dennoch Anspruch auf den vollen Jahresurlaub erhalten, wurde 1949 das branchenweite Urlaubsverfahren eingeführt, das die Portabilität der Urlaubsansprüche bei einem Arbeitgeberwechsel ermöglicht. Der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitnehmer den regelmäßig zumindest teilweise bei anderen Arbeitgebern erworbenen Urlaub in Anspruch nimmt, erhält eine Kostenerstattung für die Ausbildungsvergütung in voller Höhe. Wenn ein Arbeitnehmer die Branche verlässt oder die Urlaubsansprüche verfallen, zahlt SOKA-BAU die Ausbildungsvergütung direkt an den Beschäftigten aus.

Jährlich werden Leistungen in Höhe von über **2,2 Mrd. EUR** für rd. **600.000 gewerbliche Arbeitnehmer** in rd. **80.000 inländischen Betrieben** ausbezahlt. Davon erhalten die Betriebe rd. **2,05 Mrd. EUR** und rd. **0,15 Mrd. EUR** gehen direkt an die Arbeitnehmer.

Im Verfahren für entsandte Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber zahlt SOKA-BAU jährlich rund **76 Mio. EUR** für über **80.000 Arbeitnehmer** in rund **4.500 Betrieben**; über **35 Mio. EUR** erhalten die Betriebe, rund **43 Mio. EUR** die Arbeitnehmer.

*SOKA-BAU leistet damit einen wesentlichen Beitrag dazu, dass für entsandte gewerbliche Arbeitnehmer faire Arbeitsbedingungen und auf dem deutschen Baumarkt faire Wettbewerbsbedingungen gelten.*

## 2.4. Durchführung der Sozialkassenverfahren

Durchgeführt werden die Sozialkassenverfahren von gemeinsamen Einrichtungen der Tarifpartner i.S.v. § 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes (TVG), einer Bestimmung, die 1949 vor allem mit Blick auf die Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft in das TVG aufgenommen worden ist. In der Bauwirtschaft sind diese Einrichtungen heute die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK) sowie die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK), die unter der Dachmarke SOKA-BAU zusammenarbeiten. Regional zuständig sind außerdem die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes (Soka-Berlin) und die Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e.V. (UKB).

An dieser Stelle einige Worte zum Thema der rückwirkenden Erfassung von Betrieben durch SOKA-BAU: Richtig ist, dass Betriebe auch bis zu vier Jahre rückwirkend zu Beitragszahlung herangezogen werden, wenn sie in dieser Zeit überwiegend Bauleistungen im Sinne des Tarifvertrages bzw. der AVE erbracht haben. Dies geschieht jedoch in relativ wenigen Fällen, weil alle Betriebe, die im weitesten Sinne im Bausektor tätig sind, wissen, dass es die Sozialkassenverfahren gibt. Alle Steuerberater sind und werden über deren Dienstleister Datev, mit der SOKA-BAU eng zusammenarbeitet, umfassend informiert. Informiert werden sie ebenso über die Handwerkskammern, die alle Betriebsgründer, die im Bausektor arbeiten (wollen), über SOKA-BAU aufklären. Es gibt also nur eine verschwindend kleine Zahl von Betrieben, die ohne Verschulden nicht schon zu Beginn ihrer baugewerblichen Tätigkeit am Verfahren teilnehmen. Muss gleichwohl ein Betrieb rückwirkend erfasst werden, haben die Beitragsforderungen wegen der ebenfalls rückwirkenden Saldierung mit den Erstattungsansprüchen des Betriebes (§ 18 Abs. 2 VTV) eigentlich nie existenzbedrohenden Charakter. So käme bei einem beispielhaften Betrieb mit fünf Arbeitnehmern und einem Auszubildenden im Tarifgebiet West, wenn der Betrieb jetzt für vier Jahre rückwirkend am Verfahren teilnehmen müsste, ein positiver Saldo von rund 1.630,00 EUR zustande, bei einem Betrieb mit Sitz in Ostdeutschland sogar von rund 18.345,00 EUR. Beide erhielten also noch Geld von SOKA-BAU. Zinsen für Zeiträume rückwirkender Erfassung erhebt SOKA-BAU nicht.

## 2.5. Einzug der Winterbeschäftigungs-Umlage

Auf gesetzlicher Grundlage (§ 356 SGB III) zieht die ULAK zudem die zur Finanzierung der ergänzenden Leistungen nach § 102 SGB III und deren Verwaltung benötigten Mittel (sog. Winterbeschäftigungs-Umlage) von allen Baubetrieben ein und leitet diese Mittel, **rund 300 Mio. EUR pro Jahr**, an die Bundesagentur für Arbeit weiter.

Die ergänzenden Leistungen bilden zusammen mit dem Saison-Kurzarbeitergeld das seit 2006 geltende System der Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft, das unauflöslich mit den Arbeitszeitbestimmungen im allgemeinverbindlichen Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe verknüpft ist. Die wissenschaftliche Evaluation dieses Systems führte zu dem Ergebnis, dass damit die Winterarbeitslosigkeit im Baugewerbe deutlich verringert und die Bundesagentur für Arbeit jährlich 321 Mio. EUR Mittel einsparen konnte (vgl. BT-Drs. 16/11487, S. 8).

*Auch mit diesem System wird folglich ein erheblicher Beitrag zur Fachkräftesicherung der deutschen Bauwirtschaft geleistet.*

## 2.6. Große Einschränkungsklausel

Um die Anwendungsbereiche der AVE der Tarifverträge der Bauwirtschaft von den Tarifverträgen benachbarter Branchen abzugrenzen, enthält die AVE der Sozialkassentarifverträge regelmäßig eine sog. "Große Einschränkungsklausel". Sie ist das Ergebnis eines historisch gewachsenen Kompromisses und unterliegt bei nahezu jeder AVE Anpassungen, die – häufig unter Vermittlung der BDA – in Absprache der Verbände der Bauwirtschaft mit den Verbänden der angrenzenden Branchen erfolgen. So wurde der Anwendungsbereich der im betrieblichen Geltungsbereich unverändert gebliebenen Sozialkassentarifverträge zugunsten tariflicher Regelungen der angrenzenden Branchen im Laufe der Jahre immer weiter eingeschränkt. Der Gesetzgeber darf hinsichtlich des Geltungsbereichs des Gesetzes nicht vom ursprünglichen Anwendungsbereich der AVE abweichen, um keinen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot zu riskieren. Künftig erforderliche Änderungen des Anwendungsbereichs der AVE sind im bewährten Verfahren – ggf. unter Vermittlung der BDA – zwischen den betroffenen Tarifvertragsparteien zu vereinbaren.

## 3. Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat – für alle unerwartet – am 21.09.2016 die Unwirksamkeit der AVE des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) für den Zeitraum Oktober 2007 bis Ende Dezember 2011 sowie für das ganze Jahr 2014 für unwirksam erklärt (Az. 10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15). Es hat seine Entscheidung ausschließlich auf formale Gründe gestützt: Zum einen seien die damals zuständigen Minister nicht ausreichend mit der AVE befasst gewesen und zum anderen hätten die von der AVE durch die Große Einschränkungsklausel ausgenommenen Betriebe bei der Ermittlung der 50%-Quote mitgezählt werden müssen – entgegen der seit 1949 geübten Praxis. Positiv stellt das Gericht jedoch fest, dass kein Zweifel

besteht, dass für die jeweilige AVE ein öffentliches Interesse bestand.

## 4. Konsequenzen für die Sozialkassenverfahren

Aufgrund der Beschlüsse des BAG stellt die AVE des VTV in den betreffenden Zeiträumen keine wirkungsvolle Rechtsgrundlage für Beitragsansprüche der Sozialkassen mehr dar. Gleichzeitig – und das wird vielfach in der Diskussion vergessen – können sie auch keine Rechtsgrundlage für Leistungsansprüche mehr bieten. Die Beschlüsse wirken aufgrund des durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014 neu eingeführten § 98 Abs. 4 ArbGG für und gegen jedermann.

### 4.1. Auswirkungen auf die weitere Durchführung der Sozialkassenverfahren

Sollte eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach § 812 BGB erforderlich werden, würde sich diese nicht nur als ausgesprochen langwierig und komplex erweisen – sie würde unweigerlich die Existenz der Sozialkassen und mit ihnen auch die Sozialkassenverfahren beenden. Die tarifvertraglichen Beiträge der Betriebe sind so bemessen, dass sie lediglich die Durchführung der Sozialkassenverfahren ermöglichen. Sollte dennoch ein Überschuss erwirtschaftet werden, muss dieser in eine Rücklage fließen, die in der Höhe jedoch beschränkt ist. Sie reicht keinesfalls aus, um etwaige Rückforderungsansprüche in Höhe der Differenz zwischen den Beiträgen und den Erstattungen der nichttarifgebundenen Arbeitgeber für die von den Beschlüssen des BAG erfassten Zeiträume zu bedienen. So wären bspw. die Rücklagen der ULAK bereits durch Rückforderungen von 4 % der Betriebe aufgebraucht.

Jedoch gefährdet bereits die bloße Wahrscheinlichkeit, dass Betriebe erfolgreich Rückforderungsansprüche geltend machen, die Existenz der Sozialkassenverfahren. Die Sozialkassen sind dann nämlich verpflichtet, angemessene Rückstellungen für die möglichen Verbindlichkeiten zu bilden. Angesichts eines jährlichen Leistungsvolumens, bspw. der ULAK i.H.v. 2,5 Mrd. EUR, ist es augenscheinlich, dass sie keine dafür ausreichenden Rückstellungen bilden kann. Die Sozialkassen der Bauwirtschaft arbeiten nicht gewinnorientiert. Da den Beiträgen zu den Verfahren stets entsprechende Leistungen gegenüberstehen, ist die Bildung von Rücklagen bzw. Rückstellungen im erforderlichen Umfang gar nicht möglich (vgl. auch BT-Drs. 18/10631, S. 2).

Gleichzeitig wirkt sich die unklare Rechtslage für die Vergangenheit rein praktisch auch auf die Bereitschaft zur Beitragsleistung der Betriebe im laufenden Beitragseinzug aus, obwohl die aktuelle AVE gar nicht betroffen ist. Dies verschärft die finanzielle Situation zusätzlich.

### 4.2. Auswirkungen auf die Renten- und Urlaubsansprüche der Beschäftigten

Die ZVK müsste ggf. in Absprache mit der BaFin zur Abwendung drohender Zahlungsschwierigkeiten sehr bald massive Kürzungen bei den Rentenbeihilfen vornehmen. Hunderttausende Beschäftigte und Rentner vertrauen seit Jahrzehnten darauf, entsprechend den für allgemeinverbindlich erklärten tarifvertraglichen Regelungen Rentenbeihilfen zu ihren

oft nur geringen gesetzlichen Renten zu erhalten. Das Vertrauen dieser Personen in den Bestand der tarifvertraglichen Regelungen, welche die gesetzliche Rente um fast 10 % erhöhen, würde massiv enttäuscht; viele müssten nunmehr ergänzende staatliche Leistungen beanspruchen.

Die tarifvertraglichen Regelungen über das Urlaubsverfahren liefern zum großen Teil ins Leere, wenn sie nicht für allgemeinverbindlich erklärt wären. Sie könnten die „Portabilität“ der Urlaubsansprüche nicht innerhalb der gesamten Branche gewährleisten, sondern allenfalls, wenn das Arbeitsverhältnis sowohl beim alten Arbeitgeber wie auch beim neuen Arbeitgeber eines mit beidseitiger Tarifbindung wäre (vgl. § 4 Abs. 1 TVG). Zutreffend führte das BAG in seinem Urteil vom 22.09.1993 – 10 AZR 371/92 aus, „das Urlaubskassenverfahren (...) mit seiner sozialpolitisch gewünschten Zielsetzung“ könne „nur dann effektiv werden“, wenn alle Betriebe des Gewerbes einbezogen werden.

#### 4.3. Auswirkungen auf die berufliche Ausbildung

Würden die tariflichen Regelungen über das Berufsbildungsverfahren nicht mehr für die gesamte Branche unabhängig von der Tarifbindung des Arbeitgebers gelten, läge es gerade für die in der Bauwirtschaft häufigen Kleinbetriebe, die nicht durchgängig ausbilden, nahe, während der Ausbildungszeit eines Auszubildenden einem Arbeitgeberverband anzugehören, um die Erstattungsleistungen im Berufsbildungsverfahren zu erhalten, danach aber wieder aus dem Verband auszutreten, um keine Beiträge leisten zu müssen. Dieses für den Betriebsinhaber aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvolle und naheliegende Verhalten würde, wenn es kein Einzelfall bliebe, das Berufsbildungsverfahren insgesamt gefährden. Ein „Wegbrechen“ der Beitragseinnahmen hätte zur Folge, dass die ULAK nicht mehr in der Lage wäre, ihre Erstattungspflichten gegenüber Arbeitgebern und überbetrieblichen Ausbildungszentren vollständig zu erfüllen. Ggf. wäre sie auch insolvenzrechtlich gezwungen, diese Zahlungen an tarifgebundene Betriebe einzustellen.

Nicht verbandsgebundene Betriebe würden in weit geringerem Umfang ausbilden als bisher, weil sie die Kosten der Ausbildung – anders als jetzt – komplett selbst tragen müssten. Der dadurch zu erwartende starke Rückgang der Zahl der Auszubildenden wäre für die gesamte Branche ein enormer Nachteil und würde den Fachkräftemangel erheblich verschärfen. Eine solche Entwicklung brächte auch die überbetrieblichen Ausbildungsstätten und damit die in der Verordnung über die Berufsausbildung im Baugewerbe vorgeschriebene überbetriebliche Ausbildung insgesamt in Gefahr.

#### 4.4. Auswirkungen auf die Konkurrenzfähigkeit der deutschen Bauwirtschaft

Wie bereits unter 2. dargelegt, führt SOKA-BAU das Urlaubsverfahren auch für aus dem Ausland nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer und deren ausländische Arbeitgeber durch. Grundlage dafür ist das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG). Damit ist sichergestellt, dass auch ausländische Betriebe ihren nach Deutschland entsandten Beschäftigten Urlaub

und Urlaubsvergütung auf deutschem Niveau gewähren. Ohne die flächendeckende AVE wäre die Anwendung dieser Urlaubsregelungen auf EU-ausländische Entsendebetriebe europarechtlich nicht zulässig. Damit wäre einem für die deutsche Bauwirtschaft bedrohlichen Dumpingwettbewerb Tür und Tor geöffnet.

#### 4.5. Auswirkungen auf die Durchsetzung arbeits- und sozialrechtlicher Standards

Bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung arbeiten die Behörden der Zollverwaltung eng mit SOKA-BAU zusammen. So erhalten die Behörden der Zollverwaltung bspw. auf Grundlage des § 26 VTV von SOKA-BAU wesentliche Informationen zur Beurteilung des rechtmäßigen Verhaltens der Betriebe. Darüber hinaus prüft SOKA-BAU anhand der eingehenden Meldungen der Betriebe standardisiert die Einhaltung des Mindestlohns sowohl für ausländische als auch für inländische Baubetriebe und informiert diese bei Mindestlohnunterschreitung bzw. fordert die fehlenden Beiträge bei den Betrieben nach. Sofern Unternehmen dies wünschen, stellt SOKA-BAU auftragsunabhängige Entlastungsbescheinigungen für das gesetzlich vorgesehene Präqualifizierungsverfahren aus und unterstützt damit die Bewertung der Bieter im Vergabeverfahren. Ohne die gemeinsamen Einrichtungen der Bauwirtschaft würde das Risiko von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in dieser Branche erheblich steigen.

#### 4.6. Auswirkungen auf die Tarifautonomie

Eine Unterbrechung oder gar das Ende der Sozialkassenverfahren würde höchstwahrscheinlich einen Zusammenbruch wesentlicher Teile der sozialpolitischen Regelungsfähigkeit der Tarifpartner der Bauwirtschaft über viele Jahre nach sich ziehen. Denn die Sozialkassentarifverträge sind – wie fast alle Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen – darauf angewiesen, alle Beschäftigungsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich zu erfassen (vgl. auch BT-Drs. 18/10631, S. 707). Fehlt es an einer Verbindlichkeit der tarifvertraglichen Normen für alle Betriebe, sind zum einen die ausländischen Unternehmen nicht mehr an sie gebunden, zum anderen könnten sich auch inländische Betriebe durch einfachen Verbandsaustritt ihrem Anwendungsbereich entziehen. Angesichts des erheblichen Konkurrenzdrucks in der Bauwirtschaft würden die verbleibenden, qua Verbandsmitgliedschaft tarifgebundenen Betriebe damit einen enormen Wettbewerbsnachteil erleiden. Die Folgen eines solchen Szenarios für die Tariflandschaft der Bauwirtschaft sind offensichtlich und das exakte Gegenteil dessen, was der Gesetzgeber vor annähernd drei Jahren durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz erreichen wollte (vgl. außerdem BT-Drs. 18/10631, S. 1 f.).

Der Anreiz zum Verbandsaustritt würde dadurch dramatisch verstärkt, dass SOKA-BAU für die Zeiträume der unwirksamen AVE rechtlich verpflichtet wäre, von den unmittelbar tarifgebundenen Arbeitgebern weiterhin Beiträge für deren tarifgebundene Beschäftigten zu erheben bzw. ihnen in Bezug auf diese Beschäftigten keine Beiträge zurückzuerstatten, wohingegen tarifungebundene Arbeitgeber zum Teil



hohe Beiträge als Beitragsrückerstattungen geltend machen könnten und damit gegenüber verbandsgebundenen Arbeitgebern auch im Wettbewerb große Vorteile erfahren. Die Arbeitgeberverbände der Bauwirtschaft wären danach voraussichtlich auf längere Zeit weder zur Regelung von Sozialkassenverfahren noch überhaupt zur Vereinbarung von Tarifverträgen in der Lage. Die Bauwirtschaft in Deutschland würde zu einer tarifvertraglosen Branche.

## **5. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfs**

### **5.1. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, der EMRK und dem Unionsrecht**

Die Vereinbarkeit der Sozialkassentarifverträge mit dem Grundgesetz, der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Unionsrecht ist bereits vielfach durch die jeweils zuständigen Gerichte festgestellt worden, wobei stets betont worden ist, dass gerade die AVE und damit die Einbeziehung aller Arbeitnehmer und Arbeitgeber dem Gemeinwohl dienen (bspw. EGMR, 02.06.2016 – Nr. 23646/09; EuGH, 25.01.2001 – C-70, 71/98; BVerfGE 55, 7, 23 f.; BAG, 26.01.1994 – 10 AZR 611/92; 21.09.2016 – 10 ABR 33/15, Rn. 95 ff.; vgl. auch BT-Drs. 18/10631, S. 2).

### **5.2. Kein Verstoß des SokaSiG gegen das Rückwirkungsverbot**

Darüber hinaus verstößt das SokaSiG auch nicht gegen das Rückwirkungsverbot. Das SokaSiG erfasst zwar die Rechtslage zurück bis zum 01.01.2006, es erzeugt jedoch nur eine sog. unechte Rückwirkung, da die von ihm erfassten Rechtsverhältnisse auch für die Zukunft weiter fortbestehen. Aber selbst wenn man von einer echten Rückwirkung ausginge, wäre das SokaSiG nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungskonform. Seine Regelungen erfüllen die

Kriterien aller vier Fallgruppen, in denen das BVerfG rückwirkende Regelungen für zulässig erachtet (vgl. Maunz/Dürig-Grzeszick, Art. 20 GG Rn. 83 ff. m.w.N.). Sie dienen in besonderem Maße dem Allgemeinwohl, bereinigen eine "unklare und verworrene" Rechtslage und ersetzen unwirksame Normen (vgl. BT-Drs. 18/10631, S. 708). Ein Vertrauen in die Unwirksamkeit der AVE kann vor den Beschlüssen des BAG nicht bestanden haben.

Mehr noch, in einem Fall wie der Unwirksamklärung der AVE der Sozialkassentarifverträge durch das BAG ist eine rückwirkende Regelung sogar verfassungsrechtlich geboten. Das BVerfG führt insofern aus: "Gerade die rechtsstaatliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die das Grundgesetz in so weitgehendem Umfange verwirklicht, führt notwendig dazu, daß der Gesetzgeber Verhältnisse, die er oder die Verwaltung gesetzlich geregelt glaubte, auf Grund gerichtlicher Entscheidung nicht oder anders geregelt findet, als er annahm; gerade die Rechtsstaatlichkeit kann so den Gesetzgeber zu rückwirkenden Regelungen veranlassen." (BVerfGE 7, 89, 94)

## **6. Abschließende Bewertung**

Eine Untätigkeit des Gesetzgebers und eine Rückabwicklung der Sozialkassentarifverträge würde – dies sei an dieser Stelle und in dieser Deutlichkeit nochmals ausdrücklich betont – das Aus für die Tarifverträge einschließlich der Sozialkassenverfahren in der Bauwirtschaft, für SOKA-BAU, die Soka-Berlin und die UKB bedeuten. Die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Bauwirtschaft wäre dramatisch geschwächt, mehr als eine Million Arbeitnehmer und Rentner um ihre Urlaubs- und Rentenanprüche gebracht.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 18(11)892

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

### Deutscher Gewerkschaftsbund

#### I. Allgemeine Bewertung

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen den von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD eingebrachten Gesetzentwurf zum Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz uneingeschränkt. Nur eine zügige Verabschiedung des Gesetzes vermeidet eine Gefährdung von Ansprüchen von Millionen von Bauleuten und weitere negative wirtschaftliche Folgen der Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vom 21. September 2016.

Der Gesetzentwurf zielt darauf ab, das Fortbestehen der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (vgl. § 4 Abs. 2 TVG) zu sichern. Diese Verfahren erfüllen seit Jahrzehnten eine für die Branche herausgehobene sozialpolitische Funktion und sind Grundlage für vielfältige Ansprüche der Beschäftigten und Betriebe im Baugewerbe, durch die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG auch unabhängig von einer bestehenden Tarifbindung. Sie tragen den besonderen Produktionsbedingungen im Baugewerbe Rechnung. Es geht dabei insbesondere um die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, die die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie eine hochwertige Berufsausbildung sicherstellt. Zum anderen geht es um die Zusatzversorgungskasse, die mit der Rentenbeihilfe einen Ausgleich für strukturbedingte Nachteile bei der Altersversorgung im Baugewerbe schafft.

Der Gesetzentwurf ist erforderlich geworden, da das Bundesarbeitsgericht am 21. September 2016 in zwei überraschenden Beschlüssen auf die Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe aus den Jahren 2008, 2010 und 2014 erkannt hat (vgl. BAG 21. September 2016, 10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15). Diese Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts sind geeignet, den Bestand der Sozialkassen zu gefährden. Das hat gravierende Auswirkungen auf

die Ansprüche und soziale Absicherung von Millionen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, Auszubildenden, Rentenanwärterinnen und Rentenanwärttern, Rentnerinnen und Rentnern sowie deren Hinterbliebenen am Bau. Aber auch negative Folgen für die Betriebe im Baugewerbe sind zu befürchten, ebenso wie für die gesamte Realwirtschaft – weit über den Bau hinaus.

Die Sozialkassen der Bauwirtschaft spielen sowohl eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit am Bau als wichtiger Partner der Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls als auch bei dem für die Bundesagentur für Arbeit durchgeführten Einzug der Winterbeschäftigungsumlage zur Finanzierung der Leistungen des Saison-Kurzarbeitergeldes (Saison-KUG); beides steht auf dem Spiel.

Das zusammengenommen könnte auch die aktuell hervorragende Baukonjunktur abwürgen mit massiven wirtschaftlichen Folgen weit über die Bauwirtschaft hinaus: denn der Anteil des Baugewerbes an der gesamtwirtschaftlichen Bruttowertschöpfung lag 2015 bei 4,7 %. Der Anteil des Bruttoinlandsproduktes, der für Bauinvestitionen verwendet wurde, war mit 9,8 % doppelt so hoch. 5,6 % aller Beschäftigten in Deutschland waren 2015 am Bau tätig. Damit ist das Baugewerbe auch eine Schlüsselbranche für Deutschland.

Versteht man die gesamte Wertschöpfungskette Bau als die Leistungen des Baugewerbes plus die baurelevanten Leistungen anderer Branchen wie zum Beispiel der planenden Berufe, der Finanzdienstleistungen rund ums Bauen oder der rohstoffnahen Branchen sowie industriellen Vorleister, so wird sogar jeder zehnte Euro Wertschöpfung durch den Leistungsprozess der Wertschöpfungskette Bau generiert. Davon werden immerhin 6 % der Wertschöpfung außerhalb des Baugewerbes erwirtschaftet. Rund 12 %

aller Beschäftigten sind in der Wertschöpfungskette Bau tätig (vgl. grundlegend: Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, Analyse der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Wertschöpfungskette Bau, Endbericht vom 11.08.2008).

## II. Rettung der Ansprüche von Millionen Bauleuten – schnell und umfassend

Das Gesetz gewährleistet nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften die umfassende Sicherung der individuellen Ansprüche von Millionen Bauleuten, die ansonsten massiv gefährdet wären. Die nach den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. September 2016 bestehende große Rechtsunsicherheit muss so schnell wie möglich zu Gunsten der Betroffenen beseitigt werden.

Zwar hat das Bundesarbeitsgericht einerseits bestätigt, dass die AVE materiell rechtmäßig waren und ein öffentliches Interesse an ihnen bestanden hat. Zugleich hat das Gericht die seit rund 70 Jahren gelebte Praxis der AVE der Sozialkassentarifverträge am Bau für einen Zeitraum von fast 10 Jahren überraschend und unvorhersehbar aus formalen Gründen für unwirksam erklärt:

- Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts hätte sich der jeweils zuständige Minister bzw. die jeweils zuständige Ministerin mit der AVE persönlich zustimmend befasst haben müssen; das ist vor Amtsantritt von Frau Bundesministerin Nahles im Zehnjahreszeitraum vor 2014 jedoch – außer bei Einsprüchen einer obersten Arbeitsbehörde der Bundesländer nach § 5 Abs. 3 TVG – durch keinen Arbeitsminister bzw. keine Arbeitsministerin, gleich aus welcher Partei, erfolgt;
- Das Bundesarbeitsministerium habe die Erfüllung des sogenannten 50%-Quorum des § 5 Abs. 1 S. 1 TVG in der vor dem 16.8.2014 geltenden Fassung nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts im AVE-Verfahren nicht richtig nachgewiesen, da die sogenannte „Große Zahl“ aller vom Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrags erfassten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entgegen der bisherigen jahrzehntelang geübten Staatspraxis ohne Berücksichtigung der sogenannten „Großen Einschränkungsklausel“ hätte ermittelt werden müssen.

Die Unwirksamkeitserklärung der AVE der Jahre 2008, 2010 und 2014 am 21. September 2016 durch das Bundesarbeitsgericht, die Wirkung gegenüber jedermann („erga omnes“) entfaltet, führt wegen der Vielzahl potentiell betroffener Rechtsverhältnisse zu einer ausgesprochen unklaren Rechtslage. Gleiches gilt aller Voraussicht nach für die AVE der Jahre 2007 und 2013, die beim Bundesarbeitsgericht noch im Januar zur Entscheidung anstehen.

Die möglicherweise daraus resultierenden Rückforderungsansprüche gefährden die vier nicht auf Gewinnerzielung ausgerichteten, von den Sozialpartnern am Bau auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite getragenen Sozialkassen der Bauwirtschaft, namentlich die Zusatzversorgungskasse der Bauwirtschaft AG (ZVK), die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse des Baugewerbes (ULAK) mit Sitz in Wiesbaden, die

Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes (UKB) mit Sitz in München sowie die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes (SKB) mit Sitz in Berlin unmittelbar in ihrem Bestand. Dies bringt erhebliche Nachteile für die durch die Sozialkassenverfahren begünstigten Beschäftigten und Betriebe im Baugewerbe mit sich.

Damit geht es unmittelbar um sämtliche über die Sozialkasse abgewickelten Ansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, unabhängig davon ob sie selbst tarifgebunden oder bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Betroffen sind insgesamt rund 825.000 Bauleute, mehr als 35.000 Auszubildende und rund 370.000 Rentnerinnen und Rentner.

Hinzu kommen über 100.000 auf Baustellen nach Deutschland entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Für diese hat die Sicherung ihrer Urlaubsansprüche auf Grundlage der allgemeinverbindlichen und durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz international erstreckten Urlaubskassentarifverträge eine besonders große Bedeutung.

Die Durchführung dieser sozialpolitisch bedeutenden Sozialkassenverfahren ist ohne die AVE nicht möglich, da die branchenweit ausgerichteten Regelungen mit Elementen besonderer Solidarität nach allgemeiner Geltung streben. Sie sehen die im Folgenden näher beschriebene Leistungen vor, die ein einzelner Arbeitgeber allein in der Regel nicht zu erbringen in der Lage wäre; das setzt jedoch eine solidarische gleichmäßige Lastentragung durch alle Arbeitgeber voraus, unabhängig von einer Tarifbindung.

Das entspricht auch der jüngsten Beurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dieser hat in einer Entscheidung vom 02.06.2016 festgestellt:

„Der Gerichtshof stellt fest, [...] dass die betreffenden Tarifverträge auf eine Allgemeinverbindlicherklärung ausgelegt waren. Die beabsichtigte soziale Absicherung aller Arbeitnehmer in dieser Branche wäre nicht zu erreichen, wenn nur die auf Grund ihrer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband tarifgebundenen Arbeitgeber teilnehmen müssten. Um den beabsichtigten sozialen Schutz zu gewährleisten, setzten die Sozialkassen voraus, dass alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Baugewerbe, vor allem die nicht-tarifgebundenen, in das Sozialkassenverfahren einbezogen wurden.“ (EGMR, Urteil vom 02.06.2016 – 23646/09, NZA 2016, 1519 [Juris Rdnr. 83]).

## III. Absicherung und Portabilität von Urlaubsansprüchen

Die Wurzeln der Sozialkassen liegen schon in der Weimarer Republik, die mit dem Urlaubsmarkensystem für den Bau bereits damals ein überbetriebliches Ansparmodell für Urlaubsansprüche kannte. Das von SOKA-BAU, UKB und SKB seit 1949 durchgeführte Urlaubsverfahren ist angesichts von nach wie vor mehr als 50% unterjähriger Arbeitsverhältnisse der Bauleute als Folge häufigen Ortswechsels der von den Betrieben zu leistenden Arbeit auch heute noch höchst aktuell. Arbeitnehmer können sich darauf verlassen, dass sie ihren Urlaub auch bei häufigen Arbeitgeberwechseln nehmen können und die

ihnen zustehende Urlaubsvergütung erhalten. Damit dient das allgemeinverbindliche Urlaubskassenverfahren der Sicherung eines zusammenhängenden Jahresurlaubs für alle Arbeitnehmer.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen, dass das SokaSiG den Fortbestand dieser den Besonderheiten der Bauwirtschaft Rechnung tragenden Regelung auf Basis des § 13 Abs. 2 BurlG sichert.

#### **IV. Qualitativ hochwertige Ausbildung am Bau erhalten**

Mit dem 1976 ins Leben gerufenen vorbildlichen Berufsbildungsverfahren tragen die Sozialkassen am Bau dazu bei, flächendeckend qualitativ hochwertige Ausbildungsplätze zur Verfügung zu stellen und damit den Fachkräftenachwuchs für die Bauwirtschaft zu sichern. Eine seit langem überdurchschnittliche Ausbildungsquote bestätigt die Effektivität des umlagefinanzierten Berufsbildungsverfahrens. Ausbildungsbetriebe erhalten große Teile des an die Auszubildenden gezahlten Lohns zurück: im ersten Ausbildungsjahr die Ausbildungsvergütung für 10 Monate, im zweiten Ausbildungsjahr für 6 Monate und im dritten Ausbildungsjahr für einen Monat, jeweils zusätzlich einer Pauschale von 20 v.H. für die vom Ausbildungsbetrieb zu leistenden gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge. Insgesamt beträgt die Leistungssumme pro Auszubildendem rund 30.000 Euro aus. Davon profitieren besonders Auszubildende in kleinen und kleinsten Ausbildungsbetrieben.

SOKA-BAU fördert mit rund 100 Mio. Euro jährlich die oft von den Handwerkskammern getragenen bundesweit rund 200 Ausbildungszentren; ihnen würde ohne eine rasche Verabschiedung des Soka-SiG im Falle einer möglichen Rückforderung dieser Fördermittel für mehrere Jahre der finanzielle Kollaps drohen.

Außerdem erbringen die Sozialpartner am Bau mit dem millionenschweren Förderprogramm „Berufstart Bau“ einen wichtigen Beitrag zur Integration und zum Zusammenhalt der Gesellschaft.

All diese Zukunftsleistungen werden mit dem Soka-SiG nachhaltig und umfassend abgesichert; der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen dies.

#### **V. Stärkung der betrieblichen Altersversorgung**

Gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG auf Basis allgemeinverbindlicher Zusatzversorgungstarifverträge haben Modellcharakter für die flächendeckende Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung dort, wo besonders häufig Lücken bestehen.

Eine Stärkung der betrieblichen Altersversorgung über solche gemeinsame Einrichtungen gelingt gerade für kleine Unternehmen mit einfachen, effizienten und kostensicheren Lösungen zu Gunsten der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die oft über ein geringes Einkommen und schlechter abgesicherte Arbeitsverhältnisse verfügen. Mit dem Entwurf des Betriebsrentenstärkungsgesetzes wird diese wichtige Rolle gemeinsamer Einrichtungen von Tarifvertragsparteien nochmals unterstrichen.

Bestes Beispiel hierfür ist die jüngst zum 1.1.2016 bundesweit eingeführte, arbeitgeberfinanzierte kapitalgedeckte Tarifrente Bau, die neben dem kontinuierlichen Aufbau einer überbetrieblichen Altersversorgung für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sicherstellt, dass jeder Auszubildende am Bau schon von Anfang an individuelle und branchenweit portable Rentenbausteine zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung erhält.

Die ZVK gewährt den Bauleuten arbeitgeberfinanzierte zusätzliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Unfallrenten. Das überbetrieblich branchenweit ausgerichtete Zusatzrentensystem ermöglicht eine unproblematische Mitnahme der Betriebsrentenansprüche von einem Arbeitgeber zum Nächsten. Es fallen aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit keine Provisionskosten für Vertrieb an. Die ZVK weist als Non-Profit-Organisation auch darüber hinaus besonders günstige Kostenstrukturen auf, die attraktive Rentenleistungen ermöglichen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen es außerordentlich, dass die Bundesregierung mit dem Soka-SiG die Rechtsgrundlage auch für dieses im Hinblick auf den demografischen Wandel und die aktuelle Rentensituation höchst vorbildliche Zusatzrentensystem sichert und damit einen wichtigen Impuls für die zukünftige weitere Verbreitung und Stärkung der betrieblichen Altersversorgung leistet.

#### **VI. Gemeinsame Einrichtungen als wichtiger Teil des europäischen und deutschen Sozialmodells**

Paritätisch von den Sozialpartnern getragene Einrichtungen wie Urlaubskassen und Zusatzversorgungskassen sind ein wichtiger Teil des europäischen Sozialmodells. Vergleichbare Einrichtungen wie die ULAK zur Absicherung der Urlaubsansprüche der Bauarbeiter gibt es beispielsweise in Frankreich („Congés Intempéries BTP Union des Caisses de France“), in Italien („Commissione nazionale paritetica per le Casse Edili“ – CNCE), in Österreich („Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse – BUAK“ und Belgien („Office Nationale de la Sécurité Sociale“ – ONSS und „Office Patronal d'Organisation et Contrôle des Régimes de Sécurité d'Existence“ – OPOC).

Auch mit der ZVK vergleichbare, auf flächenwirksamen Tarifverträgen basierende Zusatzversorgungseinrichtungen sind in anderen europäischen Ländern weit verbreitet, z.B. in Frankreich die „Association générale des institutions de retraite des cadres“ (agirc) und „Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés“ (arcco) oder in Italien die „Associazione Italiana per la Previdenza Complementare“ (Assoprevidenza).

Auch in Deutschland steht die Bauwirtschaft mit diesem Regelungsmodell nicht allein: insgesamt 25 weitere gemeinsame Einrichtungen anderer Branchen haben allgemeinverbindliche Tarifverträge als Rechtsgrundlage für ihre Aufgaben.

Immer wieder sehen sich diese Einrichtungen rechtlichen Angriffen ausgesetzt. Diese Einrichtungen und die von ihnen durchgeführten Verfahren wurden aber von allen Gerichten sowohl für verfas-

sungskonform als auch für unions- und konventionsrechtskonform angesehen (vgl. BVerfG vom 24.05.1977, BVerfGE 44, 322; BVerfG vom 15.07.1980, BVerfGE 55, 7; EuGH vom 25.10.2001, C-49/98 „Finalarte“; EGMR vom 02.06.2016, 23646/09 „Geotech Kancev“, NZA 2016, 1519). Das hat auch das Bundesarbeitsgericht in seinen Beschlüssen vom 21. September 2016 wiederholt festgestellt (BAG vom 21.09.2016 - 10 ABR 33/15, Rn. 95ff.)

Die Sozialkassen der Bauwirtschaft sind mit diesen vergleichbaren Einrichtungen auf vielfältige Weise verflochten: so bestehen beispielsweise Abkommen der SOKA-BAU über die gegenseitige Anerkennung und Freistellung mit den vergleichbaren Einrichtungen in Frankreich, Italien, Österreich und Belgien (vgl. § 5 Ziff. 3 2. Halbsatz AEntG).

Auch gegenüber anderen gemeinsamen Einrichtungen in Deutschland selbst bestehen Regelungen über die gegenseitige Anerkennung. Zum Beispiel sieht § 12 Abs. 2 Buchst. e) des Tarifvertrags über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe vor, dass Zeiten eines Ausbildungsverhältnisses und Tätigkeitszeiten in Betrieben, die von den gemeinsamen Einrichtungen des Dachdeckerhandwerks, Maler- und Lackiererhandwerks, Gerüstbauhandwerks, der Steine- und Erden-Industrie in Bayern sowie im Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk erfasst wurden, auch von der SOKA-BAU anerkannt werden; wechselt ein Arbeitnehmer vom Bau in eine der genannten Branchen, werden auch umgekehrt die bei SOKA-BAU erworbenen Wartezeiten von den jeweiligen Sozialkassen anerkannt.

Vor diesem Hintergrund halten es der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften für umso dringlicher, mit dem Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz die vom Bundesarbeitsgericht festgestellten formalen Fehler nachhaltig und rasch zu heilen, um weitere unüberschaubare Verwerfungen zu Lasten der bei Betrieben mit Sitz in Deutschland beschäftigten und der auf Baustellen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch in den Beziehungen der Sozialkasse zu vergleichbaren Einrichtungen auf europäischer und nationaler Ebene zu vermeiden.

#### **VII. SokaSiG – verfassungsrechtlich zulässig und notwendig**

- Auch das Bundesarbeitsgericht betont wiederholt die materielle Unbedenklichkeit der Sozialkassenverfahren in verfassungs-, unions- und konventionsrechtlicher Hinsicht (vgl. BAG aaO).
- Es handelt sich keinesfalls um ein unzulässiges Einzelfallgesetz, da bereits aus dem Gesetz deutlich wird, dass neben den in Wiesbaden ansässigen beiden gemeinsamen Einrichtungen ULAK und ZVK auch die in München ansässige UKB und die in Berlin ansässige SKB erfasst werden. Außerdem regelt das SokaSiG unmittelbar die Ansprüche der von der Unwirksamkeitserklärung des Bundesarbeitsgerichts betroffener rund 825.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der mehr als 35.000 Auszubildenden, der rund 370.000 Rentnerinnen und Rentner sowie deren Hinterbliebenen; hinzu kommen die Rechtsbeziehungen zwischen SOKA-BAU und den rund

80.000 Baubetrieben sowie zwischen SOKA-BAU und den mehr als 200 Ausbildungszentren.

- Eine ggf. anzunehmende „echte Rückwirkung“ ist jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da die durch die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vom 21.09.2016 hervorgerufene unklare Rechtslage zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit in einer Vielzahl von Rechtsverhältnissen führt. Ein nur irgendwie gefestigtes und damit schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtswirksamkeit der AVE ist innerhalb des kurzen Zeitraums zwischen Verkündung der Beschlüsse am 21. September 2016 und der ersten Lesung des SokaSiG im Bundestag am 15. Dezember 2016 nicht erwachsen. Gegen ein schutzwürdiges Vertrauen der von den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts potentiell begünstigten Außenseiterarbeitgeber spricht auch, dass das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich nicht über das Bestehen oder den Umfang von Rückforderungsansprüchen entschieden hat.
- Vielmehr ist das gewachsene und gefestigte Vertrauen von Millionen Bauleuten, Auszubildenden, Rentnerinnen und Rentnern und deren Hinterbliebenen in die jahrzehntlang unbeanstandete Staatspraxis bei der Erteilung der Allgemeinverbindlicherklärungen der Sozialkassentarifverträge und damit gleichfalls in die Leistungsfähigkeit dieses besonderen Zweiges des deutschen Sozialversicherungssystems zu berücksichtigen. Gleichmaßen zu berücksichtigen ist das berechnete Vertrauen in die Wirksamkeit der AVE der vielen von möglichen Rückforderungsansprüchen betroffenen Ausbildungsbetriebe, die von SOKA-BAU deutlich höhere Erstattungen erhalten haben als sie Beiträge geleistet haben. Das gilt auch für die bundesweit rund 200 Ausbildungszentren, die sich erheblichen Rückforderungsansprüchen der von SOKA-BAU in den vergangenen rund 10 Jahren geleisteten tarifvertraglichen Fördermittel ausgesetzt sehen könnten.
- Mit der Aufnahme der sogenannten „Großen Einschränkungsklausel“ in das Gesetz stellt das SokaSiG sicher, dass jeder Betrieb, der bereits zuvor von der Teilnahme an den Sozialkassenverfahren befreit war, auch weiterhin nicht teilnahmeverpflichtet ist. Das begünstigt insbesondere die Betriebe des sogenannten „Ausbaugewerbes“ wie zum Beispiel Betriebe des Elektrohandwerks, des Schreiner- und Tischlerhandwerks, des Heizungs-Klima-Sanitärhandwerks und des Metallhandwerks insofern, als die in der Vergangenheit tarifautonom zwischen den jeweiligen Tarifvertragsparteien mit den Sozialpartnern am Bau im Rahmen von „Verbändevereinbarungen“ gefundenen „Friedenslinien“ vollständig und umfassend berücksichtigt werden.

#### **VIII. Fazit**

Das Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz ist verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, es ist aus sozialstaatlicher Sicht geradezu geboten, das Gesetz so schnell wie möglich zu verabschieden.

Die Sozialkassenverfahren am Bau bilden die Grundlage für vielfältige Ansprüche der Beschäftigten am

Bau und haben eine hohe sozialpolitische Bedeutung. Es geht dabei insbesondere um die Zusatzrente der Beschäftigten am Bau, um die Ausbildung des Nachwuchses, um die Urlaubsansprüche der gewerblichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und um die Urlaubsansprüche der auf Baustellen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Die sozialpolitisch wünschenswerten gemeinsamen Einrichtungen werden durch sachnahe Tarifpartner inhaltlich gestaltet und mit Hilfe der AVE in ihrer Geltungskraft auf alle Beschäftigten und Betriebe erstreckt. Die sorgt im Ergebnis für eine institutionalisierte, tarifautonome Durchsetzung von Tarifverträ-

gen. Das ist gerade in Branchen mit „prekären“ Arbeitsbedingungen, die am Bau geprägt sind von nicht-stationären Produktionsstätten, großer Witterungsabhängigkeit oder Arbeitsverhältnissen von häufig nur kurzer, oft unterjähriger Dauer und daraus resultierenden vielfachen Arbeitgeberwechseln für die soziale Absicherung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besonders wichtig.

Schließlich geht es um einen bedeutenden Zweig des europäischen Sozialmodells, die Elemente besonderer Solidarität aufweisen, einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung von Schwarzarbeit im Zusammenhang mit Entsendungen leisten und damit gerade in hochmobilen, kleinteilig aufgestellten Branchen besonders bedeutsam sind.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 18(11)893

19. Januar 2017

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

**Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU)****Zusammenfassende Stellungnahme**

- Die IG BAU unterstützt den Gesetzesentwurf uneingeschränkt.
- Das Gesetz muss schnellstmöglich verabschiedet werden, um die durch die beiden BAG-Urteile vom 21.09.2017 entstandene Existenzbedrohung für die Sozialkassen des Baugewerbes aufgrund des rückwirkenden Wegfalls der Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE) seit 2006 zu beseitigen.
- Damit werden zugleich möglicherweise schwerwiegende Folgen u.a. für die
  - über 1 Million Leistungsbezieher von bzw. Anwärter auf zusätzliche Altersbezüge aus der SOKA Bau und deren ehemalige oder jetzige Beschäftigungsbetriebe
  - ausbildenden Betriebe und überbetriebliche Ausbildungszentren der Bauwirtschaft
  - die Urlaubsvergütungs- und Erstattungsansprüche hunderttausender Baubeschäftigter und zehntausender Urlaub gewährenden Baubetriebe abgewendet.
- Solche schwerwiegenden Folgen könnten sich bei einer Nichtverabschiedung des Gesetzes ergeben, weil dann möglicherweise ein erheblicher Teil der jeweils gezahlten Beiträge und in der Folge auch der von der SOKA gewährten Leistungen ab 2006 rückabgewickelt werden müssten. In vielen Fällen würde dabei ein rechtliches Chaos und eine häufig verworrene Rechtslage entstehen, weil Beitragszahler, Anspruchsberechtigte, Leistungsempfänger und Anspruch gewährenden Betriebe nicht identisch waren. Beispielsweise könnten nicht tarifgebundene Betriebe versuchen, die von ihnen zur Abgeltung des individuellen, anteiligen Urlaubsanspruches ihrer Beschäftigten gezahlten Urlaubsbeiträge

von der Sozialkasse seit 2006 zurückerstattet zu bekommen. Dies, obwohl sie den Beschäftigten eigentlich anteilig Urlaub und Urlaubsgeld geschuldet hätten, den sie aber weder gewährt noch ausgezahlt haben.

Gleichzeitig müsste dann der Betrieb, der tatsächlich den gesamten Urlaub und Urlaubsgeld gewährt hatte, damit rechnen, nun erhebliche Teile der ihm von der SOKA erstatteten Urlaubsvergütung zurückzahlen zu müssen, obwohl ihm Kosten in gleicher Höhe entstanden waren. Und dies über zehn Jahre. Eine Insolvenzswelle unter ihnen wäre die Folge, während die eigentlichen Urlaubsschuldner einen völlig ungerechtfertigten Extragewinn zu deren Lasten verbuchen könnten.

- Die gleiche Gefahr besteht, wenn die Ausbildungsbetriebe (etwa 20 % der Branche) sowie die etwa 200 überbetrieblichen Ausbildungszentren der Bauwirtschaft die von der SOKA für Ausbildungszwecke und Ausbildungsvergütungen empfangenen Leistungen zurückzahlen müssten, um damit den 80% nicht ausbildenden Betrieben ihre Beiträge für die Berufsausbildung zurückzahlen zu können.
- Erst recht droht eine für die Betroffenen völlig unhaltbare und für die öffentliche Hand teilweise sehr kostenträchtige Situation (plötzlicher Grundsicherungsbedarf in Fällen niedriger gesetzlicher Renten), wenn Zusatzversorgungsansprüche gekürzt werden müssten oder ihre Grundlage sogar ganz entfallen würde.
- Die Sozialkassen des Baugewerbes sind nicht profitorientiert und erfüllen in vielen Teilen ihrer Tätigkeit Zwecke des Gemeinwohls, wie das BVerfG bereits vor Jahrzehnten und selbst das BAG zuletzt festgestellt haben. Ohne sie und die von ihnen durchgeführten Ausgleichsverfahren

- wären nicht nur Zusatzrenten und eine tatsächliche und zusammenhängende Urlaubsgewährung für viele Beschäftigte in der Bauwirtschaft völlig unreichbar.
- Ein Untergang der Sozialkassen am Bau und der dadurch ausgelöste Vertrauensschwund in Bezug auf das staatliche Handeln hätte gravierende wirtschaftliche und soziale Folgen für einen relevanten Teil unserer Volkswirtschaft und unserer Gesellschaft. Für die Tarifbindung am Bau und innovative Ansätze in der Tarifpolitik insgesamt wäre er verheerend. Politische wie volkswirtschaftlichen Folgen wären aber weit darüber hinaus fatal, wenn die Leistungsfähigkeit und sogar Existenz der größten regulierten Pensionskasse in der Bundesrepublik Deutschland durch - noch dazu mit staatlichem Handeln begründete - Gerichtsurteile infrage gestellt werden könnte, ohne dass dieser Entwicklung mit gesetzgeberischen Maßnahmen begegnet würde. Die Bundesrepublik rettet nicht nur die SOKA, sondern teilweise auch sich selbst, wenn sie eine solche staatskrisenhafte Entwicklung nicht zulässt.
  - Die aktuelle Bedrohungssituation haben die SOKA BAU selbst, die Bezieher ihrer Leistungen und die SOKA-tragenden Tarifparteien des Baugewerbes weder verschuldet noch zu verantworten. Insbesondere können sie nicht für die vom BAG gerügten und tragenden Gründe seiner Urteile wie die - nach Ansicht des Gerichtes - fehlenden Ministerbefassungen, unzureichenden statistischen Grundlagen und staatlichen Prüfungsgänge vor der jeweiligen AVE in die Verantwortung genommen werden.
  - Sie konnten und mussten sich vielmehr nach den jeweiligen AVE darauf verlassen, dass diese staatlichen Vorgänge rechtsgültig waren und mit der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt galten. Deshalb handelt es sich beim SOKA-SiG auch nicht um die Zerstörung eines Vertrauens der zahlungsunwilligen Beitragsschuldner. Im Gegenteil handelt es sich beim SOKA-SiG um eine Bestätigung des gewachsenen und bis zum BAG-Urteil unerschütterten Vertrauens der Beitragszahler, Leistungsempfänger, durchführenden Sozialkassen und tarifschließenden Bautarifparteien in die Rechtmäßigkeit seit nahezu 70 Jahren weitgehend unverändert durchgeführter staatlicher AVE der Sozialkassentarife am Bau. Dieses Vertrauen bestand nicht zuletzt, weil die SOKA-Rechtsgrundlagen immer wieder von höchsten Gerichten wie zuletzt dem EuGHMR, dem BVerfG, den Verwaltungsgerichten und dem BAG in früherer Zeiten inzidenter geprüft und für rechtmäßig erklärt worden waren. Erst der 10. Senat des BAG hat dann im Jahre 2016 herausgefunden, dass – jedenfalls nach seiner Ansicht – schon immer alles falsch war, ohne dass die anderen Richterkollegen das aber bisher bemerkt hatten.
  - Auf diese, nach vielen stets anderslautenden Urteilen anderer Gerichte unwahrscheinliche Erkenntnisleistung des 10. Senats des BAG können sich andererseits die Kläger gegen die AVE seit 2006 nicht verlassen haben, denn sie war für niemand vorhersehbar. Die kurze Spanne zwischen den überraschenden Urteilen im September und dem Bekanntwerden der SOKA-SiG-Absicht der Regierungsparteien kann schon deshalb nicht ausgereicht haben, um ein gefestigtes Vertrauen in die Realisierbarkeit von evt. Rückforderungsansprüchen bei ihnen zu erzeugen, da das BAG in seinen Entscheidungen vom 21.9.2016 die Frage von Rückforderungsansprüchen überhaupt nicht entschieden, sondern sie ausdrücklich offen gelassen hat. Es gibt daher kein gerechtfertigtes Vertrauen in Rückforderungsansprüche gegen die SOKA Bau seit 2006, das nun durch das SOKA-SiG zerstört würde. Von einer Enteignung der Kläger gegen die AVE kann daher keine Rede sein. Gegenstand der Klagen beim BAG waren die AVE selbst, nicht die Sozialkassentarife selbst. Das SOKA-SiG erklärt nun nicht etwa die Kritik des BAG an den vom Urteil betroffenen AVE dieser Tarife oder die Urteile selbst für Null und nichtig, sondern stellt per Gesetz eine andere Möglichkeit der allgemeinen und verbindlichen Anwendung für die betroffenen Sozialkassentarife und die SOKA bereit, ohne den materiellen Gehalt der Sozialkassentarife zu verändern. Insofern bedeutet das SOKA-SiG materiell für die Kläger und alle übrigen Beteiligten nichts Neues
  - Es liegt gleichfalls nicht in der Verantwortungssphäre der Tarifparteien, wenn der Gesetzgeber zwar ansatzweise den Wirkungszeitpunkt bei Rücknahme der AVE durch das Ministerium (Rücknahme wird wirksam mit öffentlicher Bekanntmachung) bzw. bei Ablauf eines AVE-Tarifes geregelt hat, jedoch die rechtlichen Folgen der nachträglichen gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit einer AVE auch bei längst abgelaufenen Tarifverträgen mit Mehrecksverhältnissen ungeregt gelassen hat, so dass das BAG zu einer rückwirkenden Unwirksamkeit für diesen Fall kommen konnte. Auch hierbei handelt es sich um eine verworrene Rechtslage, die eines, die möglichen Milliardenschäden heilenden, rückwirkenden Eingriffes des Gesetzgebers bedarf. Dies ist auch notwendig, um Folgeschäden für den Staat abzuwenden, die in vielfältiger Form, z.B. durch Masseninsolvenzen von leistungsempfangenden Betrieben, durch sonst unnötige Inanspruchnahme staatlicher Sozialleistungen aufgrund Grundsicherungsbedürftigkeit nach Wegfall von Zusatzrentenansprüche oder durch Arbeitslosen- und Insolvenzgeldbedarf, durch Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Staatshaftung durch Geschädigte und allein schon durch den Aufwand für unzählige Gerichtsverfahren in diesem Zusammenhang möglicherweise eintreten könnten.
  - Ferner muss bedacht werden, dass die Rechtspflege teilweise zum Stillstand kommen würde, wenn viele zehntausend Klagen auf Beitragsrückgewähr, Leistungsrückforderung usw. anhängig würden, um die Rückabwicklung eines seit langem laufenden Systems mit Mehrecksbeziehungen rechtlich zu klären. Durch das SOKA-SiG wird indirekt auch die Leistungsfähigkeit vieler



anderer, auf AVE-Tarifen beruhender Sozialkassen und Versorgungseinrichtungen gesichert oder wieder hergestellt, da damit zugleich die Unsicherheit vieler Instanzrichter beseitigt sind, die momentan häufig noch Beitragsklagen trotz teilweise abweichender Tatbestände vorsorglich aussetzen, solange ihnen die möglichen Folgen der BAG-Urteile unklar sind.

- Demgegenüber sind die egoistischen Interessen der wenigen eigentlich beitragspflichtiger, aber zahlungsunwilliger Betriebe zu vernachlässigen.
- Durch das SOKA-SiG wird der Zustand wieder hergestellt, der seit 2006 materiell bereits galt. Die Interessen einiger Arbeitgeberverbände des Bauausbaugewerbes an einer künftigen Ausdehnung oder Erhaltung ihrer Zuständigkeitsbereiche zulasten des Bauhauptgewerbes durch Entfall der SOKA-Pflichtigkeit für Teilbereiche können daher nicht rechtfertigen, durch Verzicht auf das SOKA-SiG das beschriebene rechtliche und tatsächliche Chaos eintreten zu lassen, zumal eine Regelung in ihrem Sinne zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes entweder bereits erfolgt sein wird oder unmittelbar bevorsteht. Es ist bereits eine Einladung zu einem Einigungsgespräch im unmittelbaren Umfeld der Anhörung unterwegs. Dieses in die Zukunft gerichtete Interesse einiger Ausbaueverbände darf aber nicht dazu führen, bisherige Abgrenzungen, Beitragspflichten und Leistungsansprüche durch Änderungen im SOKA-SiG-Entwurf rückwirkend zu verändern, weil dies zum nachträglichen Wegfall von Anwartschaftszeiten und der ganzen Anspruchsgrundlage für viele Beschäftigte führen könnte. Für die abgelaufenen und laufenden Sozialkassentarife muss es daher bei der jeweiligen, unter Moderation der BDA gefundenen Abgrenzung in Form der „Großen Einschränkungsklausel“ bleiben.
- Beim SOKA-SiG handelt es sich nicht um ein Einzelfallgesetz. Geregelt werden vielmehr die Rechtsgrundlagen für Hunderttausende oder sogar Millionen Ansprüche unterschiedlichster Art gegen und von Dritten, auch untereinander, wengleich die Sozial- und Urlaubskassen der Bauwirtschaft dafür die durchführenden Einrichtungen sind.

#### **Ausführliche Langfassung zum Hintergrund und zu Teilaspekten:**

##### **I. Allgemeine Bewertung**

Die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt unterstützt den Gesetzentwurf zum Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz uneingeschränkt.

Das Gesetz muss so schnell wie möglich verabschiedet werden, um den Bestand der Sozialkassen der Bauwirtschaft zu sichern, eine Gefährdung von Ansprüchen von Millionen von Bauleuten, Alters- und Erwerbsminderungsrentnern, Witwen und Witnern sowie der Auszubildenden auszuschließen und die gute Konjunktur am Bau nicht abzuwürgen.

Der Gesetzentwurf ist erforderlich geworden, weil das Bundesarbeitsgericht am 21. September 2016 in zwei überraschenden Beschlüssen aus formalen

Gründen auf die Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe aus den Jahren 2008, 2010 und 2014 erkannt hat (vgl. BAG 21. September 2016, 10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15). Diese Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts sind geeignet, die Sozialkassen in ihrer Existenz zu gefährden.

Zur Sicherung der Zukunft der Sozialkassenverfahren stellt das Gesetz den Rechtszustand unverändert wieder her, wie er vor den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts vor dem 21. September 2016 jeweils auf Basis der allgemeinverbindlichen Tarifverträge bestanden hat. Damit wird das berechtigte und gewachsene Vertrauen der Bauleute, der Baubetriebe und der Ausbildungszentren in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns wieder hergestellt.

Indem das Gesetz auch die sogenannte „Große Einschränkungsklausel“, die weitreichende Ausnahmen für angrenzende Branchen regelt, in ihrer weitesten Fassung 1:1 übernimmt, besteht gleichzeitig auch keine Gefahr, dass Betriebe von den Sozialkassenverfahren neu erfasst werden.

Die von den Sozialkassen durchgeführten Verfahren erfüllen seit Jahrzehnten eine für die Branche herausgehobene sozialpolitische Funktion und sind Grundlage für vielfältige Ansprüche der Beschäftigten, Betriebe und Ausbildungszentren im Baugewerbe. Neben dem Bundesverfassungsgericht, dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hat selbst das Bundesarbeitsgericht in seinen Beschlüssen vom 21. September 2016 bestätigt, dass keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit und der sozialpolitischen Bedeutung der materiellen Inhalte der Sozialkassenverfahren bestehen. Die Verfahren sind auf eine branchenweite Anwendbarkeit angewiesen, weil sie die Allgemeinverbindlichkeit bislang vermitteln konnte.

Es geht insbesondere um den Bestand der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK), die die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie eine hochwertige Berufsausbildung sicherstellt. Zum anderen geht es um die Zusatzversorgungskasse AG (ZVK), die mit der Rentenbeihilfe einen Ausgleich für strukturbedingte Nachteile bei der Altersversorgung im Baugewerbe schafft. Mit der zum 1. Januar 2016 eingeführten „Tarifrente Bau“ auf Basis eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags (Tarifvertrag über ein zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe – TV TZA) für eine Stärkung der betrieblichen Altersversorgung gerade in den vielen kleinen und kleinsten Baubetrieben sorgt. Jeder Auszubildende und Arbeitnehmer am Bau erhält vom ersten Tag der Beschäftigung einen individuellen kapitalgedeckten Rentenbaustein, der wegen der AVE branchenweit portabel ist.

Gleichermaßen sichert das Gesetz den Fortbestand der beiden regionalen Kassen in Berlin (Sozialkasse des Berliner Baugewerbes - SKB) und München (Gemeinnützige Urlaubskasse der Bayerischen Bauwirtschaft – UKB), die für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich das Sozialkassenverfahren durchführen.

Es geht aber auch um den Bestand der seit Jahrzehnten gewachsenen vorbildlichen Sozialpartnerschaft am Bau und schwerwiegende negative wirtschaftliche und konjunkturelle Folgen der Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vom 21. September 2016 weit über den Bau hinaus.

Auch die zentrale Rolle der Sozialkassen der Bauwirtschaft als wichtiger Partner der Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls bei der Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit am Bau steht auf dem Spiel, ebenso wie die Rolle der von SOKA-BAU für die Bundesagentur für Arbeit durchgeführte Einzug der Winterbeschäftigungsumlage zur Finanzierung der Leistungen des Saison-Kurzarbeitergeldes (Saison-KUG).

Alternative Regelungsmöglichkeiten, die die negativen Folgen der Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts ausschließen, gibt es nicht.

All das zusammengenommen könnte auch die aktuell hervorragende Baukonjunktur abwürgen mit massiven negativen wirtschaftlichen Folgen weit über die Bauwirtschaft hinaus; und das würde zu Arbeitsplatzverlusten führen und den seit mehr als einem Jahrzehnt erstmals zu verzeichnenden Beschäftigungszuwachs am Bau gefährden.

## II. Millionen Bauleute auch in Zukunft sozial absichern

Das Gesetz gewährleistet nach unserer Auffassung die umfassende Sicherung der individuellen Ansprüche von Millionen Bauleuten, die ansonsten massiv gefährdet wären. Die nach den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. September 2016 bestehende große Rechtsunsicherheit muss so schnell wie möglich zu Gunsten der Betroffenen beseitigt werden.

Es geht unmittelbar um sämtliche über die Sozialkasse abgewickelten Ansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, unabhängig davon ob sie selbst tarifgebunden oder bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Betroffen sind insgesamt rund 700.000 Bauleute, mehr als 35.000 Auszubildende und rund 370.000 Rentnerinnen und Rentner.

Hinzu kommen rund 100.000 auf Baustellen nach Deutschland entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Für diese hat die Sicherung ihrer Urlaubsansprüche auf Grundlage der allgemeinverbindlichen und durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz international erstreckten Urlaubskassentarifverträge eine besonders große Bedeutung.

## III. Die Sozialkassenverfahren am Bau

Die Durchführung dieser sozialpolitisch bedeutenden Sozialkassenverfahren ist ohne die Einbeziehung aller Betriebe des Baugewerbes – bislang und nach dem Gesetz auch zukünftig wieder kraft Allgemeinverbindlicherklärung - nicht möglich, da die branchenweit ausgerichteten Regelungen mit Elementen besonderer Solidarität nach allgemeiner Geltung streben. Sie sehen die im Folgenden näher beschriebene Leistungen vor, die ein einzelner Arbeitgeber allein in der Regel nicht zu erbringen in der Lage wäre; das setzt eine solidarische gleichmäßige Lastentragung durch alle Arbeitgeber voraus.

## 1. Absicherung und Portabilität von Urlaubsansprüchen

Die Wurzeln der Sozialkassen liegen schon in der Weimarer Republik, die mit dem Urlaubsmarkensystem für den Bau bereits damals ein überbetriebliches Ansparmodell für Urlaubsansprüche kannte. Das von SOKA-BAU, UKB und SKB seit 1949 durchgeführte Urlaubsverfahren ist angesichts von nach wie vor mehr als 50% unterjähriger Arbeitsverhältnisse der gewerblichen Bauleute als Folge häufigen Ortswechsels der von den Betrieben zu leistenden Arbeit auch heute noch höchst aktuell. Arbeitnehmer können sich darauf verlassen, dass sie ihren Urlaub auch bei häufigen Arbeitgeberwechseln nehmen können und die ihnen zustehende Urlaubsvergütung erhalten. Damit dient das allgemeinverbindliche Urlaubskassenverfahren der Sicherung eines zusammenhängenden Jahresurlaubs für alle Arbeitnehmer.

Das Urlaubsverfahren sei an einem typischen Beispiel erläutert:

Ein Maurer ist seit März bei einem (durchschnittlichen) Bauunternehmen mit 10 Beschäftigten angestellt; nachdem eine der beiden wohnortnahen Baustellen des Unternehmens im Juli abgeschlossen ist und eine Weiterbeschäftigung bei demselben Unternehmer nur mit einer täglichen Pendelzeit von 3 Stunden möglich wäre, wechselt der Maurer auf die noch nicht abgeschlossene Baustelle eines anderen Unternehmers im selben Baugebiet. Da sein erster Arbeitgeber die Urlaubsvergütung und das zusätzliche Urlaubsgeld des Maurers bereits durch entsprechende Beitragszahlungen an die ULAK finanziert hat, kann der Maurer im November nach Abschluss auch der zweiten Baustelle seinen Jahresurlaub inklusive des von März bis Juli beim Vorarbeitgeber erworbenen Urlaubs antreten, ohne dass sein neuer Arbeitgeber mit dieser Übertragung des Urlaubs finanziell belastet ist.

Wir begrüßen, dass das SokaSiG den Fortbestand dieser den Besonderheiten der Bauwirtschaft Rechnung tragenden Urlaubsregelung auf Basis des § 13 Abs. 2 BurlG sichert.

## 2. Qualitativ hochwertige Ausbildung am Bau erhalten

Mit dem 1976 ins Leben gerufenen vorbildlichen Berufsbildungsverfahren tragen die Sozialkassen am Bau dazu bei, flächendeckend qualitativ hochwertige Ausbildungsplätze zur Verfügung zu stellen und damit den Fachkräftenachwuchs für die Bauwirtschaft zu sichern. Eine seit langem überdurchschnittliche Ausbildungsquote bestätigt die Effektivität des umlagefinanzierten Berufsbildungsverfahrens.

Ausbildungsbetriebe erhalten große Teile des an die Auszubildenden gezahlten Lohns zurück: im ersten Ausbildungsjahr die Ausbildungsvergütung für 10 Monate, im zweiten Ausbildungsjahr für 6 Monate und im dritten Ausbildungsjahr für einen Monat, jeweils zuzüglich einer Pauschale von 20 v.H. für die vom Ausbildungsbetrieb zu leistenden gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge. Allein die Erstattung der Ausbildungsvergütung an die Ausbildungsbetriebe macht pro Auszubildendem bis zu 17.000

Euro aus. Davon profitieren besonders Auszubildende in kleinen und kleinsten Ausbildungsbetrieben.

Darüber hinaus trägt SOKA-BAU auch zu einem großen Teil die Kosten für die überbetriebliche Ausbildung in den mehr als 200 Ausbildungszentren, die ggf. für diese Ausbildungszeiten notwendige Unterbringung in Internaten sowie die den Auszubildenden entstehenden Fahrtkosten mit rund 100 Mio. Euro jährlich

Gerade den Ausbildungszentren würde ohne eine rasche Verabschiedung des Soka-SiG im Falle einer möglichen Rückforderung dieser Fördermittel für mehrere Jahre der finanzielle Kollaps drohen.

Außerdem erbringen die Sozialpartner am Bau mit dem millionenschweren Förderprogramm „Berufstart Bau“ einen wichtigen Beitrag zur Integration und zum Zusammenhalt der Gesellschaft.

All diese Zukunftsleistungen werden mit dem Soka-SiG nachhaltig und umfassend abgesichert.

### 3. Stärkung der betrieblichen Altersversorgung

Gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG auf Basis allgemeinverbindlicher Zusatzversorgungstarifverträge haben Modellcharakter für die flächendeckende Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung besonders dort, wo häufig Lücken bestehen.

Eine Stärkung der betrieblichen Altersversorgung über solche gemeinsame Einrichtungen gelingt gerade für kleine Unternehmen mit einfachen, effizienten und kostensicheren Lösungen zu Gunsten der in solchen Klein- und Kleinstunternehmen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die oft über ein geringes Einkommen und schlechter abgesicherte Arbeitsverhältnisse verfügen. Mit dem Entwurf des Betriebsrentenstärkungsgesetzes wird diese wichtige Rolle gemeinsamer Einrichtungen von Tarifvertragsparteien nochmals unterstrichen.

Bestes Beispiel hierfür ist die jüngst zum 1.1.2016 bundesweit eingeführte, arbeitgeberfinanzierte kapitalgedeckte Tarifrente Bau, die neben dem kontinuierlichen Aufbau einer überbetrieblichen Altersversorgung für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sicherstellt, dass jeder Auszubildende am Bau schon von Anfang an individuelle und branchenweit portable Rentenbausteine zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung erhält.

Die ZVK gewährt den Bauleuten arbeitgeberfinanzierte zusätzliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Unfallrenten und ihren Hinterbliebenen ein Sterbegeld von bis zu 8.000 Euro. Das überbetrieblich branchenweit ausgerichtete Zusatzrentensystem ermöglicht eine unproblematische Mitnahme der Betriebsrentenansprüche von einem Arbeitgeber zum Nächsten. Es fallen aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit keine Provisionskosten für Vertrieb an. Die ZVK weist als Non-Profit-Organisation auch darüber hinaus besonders günstige Kostenstrukturen auf, die attraktive Rentenleistungen ermöglichen.

Wir begrüßen es außerordentlich, dass die Bundesregierung mit dem Soka-SiG die Rechtsgrundlage auch für dieses im Hinblick auf die aktuelle Rentensitua-

tion höchst aktuelle und vorbildliche Zusatzrentensystem sichert und damit einen wichtigen Impuls für die zukünftige weitere Verbreitung und Stärkung der betrieblichen Altersversorgung leistet.

### 4. SOKA-BAU als Partner zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit

Mit der Erstreckung des Urlaubskassenverfahrens auf Entsendebetriebe mit Sitz außerhalb Deutschlands sichert SOKA-BAU in erster Linie die Urlaubsansprüche der rund 100.000 auf Baustellen nach Deutschland entsandten Bauleute. Darüber hinaus leistet SOKA-BAU im Rahmen des sogenannten Sozialdatenverbandes nach dem Sozialgesetzbuch einen wichtigen Beitrag für die effektive Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls. Es besteht eine intensive, vielschichtige Verwaltungszusammenarbeit, durch die auch komplexe Modelle der Schwarzarbeit durch organisierte Kriminalität, insbesondere im Rahmen von Entsendungen, besser aufgedeckt werden können.

### 5. Saisonkurzarbeitergeld (Saison-KuG) – ein Erfolgsmodell für ganzjährige Beschäftigung am Bau

SOKA-BAU zieht für die Bundesagentur für Arbeit die Winterbeschäftigungsumlage kostengünstig und bürokratievermeidend ein. Die Bauunternehmen müssen keine gesonderte Meldung gegenüber der Bundesagentur abgeben, sondern der Einzug der Beiträge wird im Zuge des ohnehin mit SOKA-BAU bestehenden Datenaustauschs abgewickelt.

Durch die Leistungen des Saison-Kurzarbeitergeldes konnten die negativen Folgen für die soziale Absicherung der Bauleute durch Winterarbeitslosigkeit deutlich abgemildert werden, die Bauunternehmen können auf die „Winterkündigung“ verzichten und die Schlechtwetterzeit besser überbrücken; die Bauleute bleiben im Unternehmen und können kurzfristig wieder eingesetzt werden, wenn das die Witterung zulässt.

Dieses Modell hat Deutschland auch in den Jahren 2008/2009 einen entscheidenden Vorteil verschafft, um ohne soziale Verwerfungen und mit großen Flexibilitätsvorteilen für die Wirtschaft weitgehend unbeschadet die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise zu überstehen.

### 6. Gemeinsame Einrichtungen als wichtiger Teil des europäischen und deutschen Sozialmodells

Paritätisch von den Sozialpartnern getragene Einrichtungen wie Urlaubskassen und Zusatzversorgungskassen sind ein wichtiger Teil des europäischen Sozialmodells. Vergleichbare Einrichtungen wie die ULAK zur Absicherung der Urlaubsansprüche der Bauarbeiter gibt es beispielsweise in Frankreich, in Italien, in Österreich und Belgien.

Auch mit der ZVK vergleichbare, auf flächenwirksamen Tarifverträgen basierende Zusatzversorgungseinrichtungen sind in anderen europäischen Ländern weit verbreitet. Auch in Deutschland steht die Bauwirtschaft mit diesem Regelungsmodell nicht allein: insgesamt 25 weitere gemeinsame Einrichtungen anderer Branchen haben allgemeinverbindliche Tarifverträge als Rechtsgrundlage für ihre Aufgaben.

Immer wieder sehen sich diese Einrichtungen rechtlichen Angriffen ausgesetzt. Die Sozialkassen und die von ihnen durchgeführten Verfahren wurden aber von allen Gerichten sowohl für verfassungskonform als auch für unions- und konventionsrechtskonform angesehen (vgl. BVerfG vom 24.05.1977, BVerfGE 44, 322; BVerfG vom 15.07.1980, BVerfGE 55, 7; EuGH vom 25.10.2001, C-49/98 „Finalarte“; EGMR vom 02.06.2016, 23646/09 „Geotech Kancev“, NZA 2016, 1519). Das hat auch das Bundesarbeitsgericht in seinen Beschlüssen vom 21. September 2016 wiederholt festgestellt (BAG vom 21.09.2016 - 10 ABR 33/15, Rn. 95ff.)

Die Sozialkassen der Bauwirtschaft sind mit diesen vergleichbaren Einrichtungen in Europa auf vielfältige Weise verflochten: so bestehen beispielsweise Abkommen der SOKA-BAU über die gegenseitige Anerkennung und Freistellung mit den vergleichbaren Einrichtungen in Frankreich, Italien, Österreich und Belgien (vgl. § 5 Ziff. 3 2. Halbsatz AEntG).

Auch gegenüber anderen gemeinsamen Einrichtungen in Deutschland selbst bestehen Regelungen über die gegenseitige Anerkennung. Zum Beispiel sieht § 12 Abs. 2 Buchst. e) des Tarifvertrags über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe vor, dass Zeiten eines Ausbildungsverhältnisses und Tätigkeitszeiten in Betrieben, die von den gemeinsamen Einrichtungen des Dachdeckerhandwerks, Maler- und Lackiererhandwerks, Gerüstbauhandwerks, der Steine- und Erden-Industrie in Bayern sowie im Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk erfasst wurden, auch von der SOKA-BAU anerkannt werden; wechselt ein Arbeitnehmer vom Bau in eine der genannten Branchen, werden auch umgekehrt die bei SOKA-BAU erworbenen Wartezeiten von den jeweiligen Sozialkassen anerkannt.

Vor diesem Hintergrund halten wir es für umso dringlicher, mit dem Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz die vom Bundesarbeitsgericht festgestellten formalen Fehler nachhaltig und rasch zu heilen, um weitere unüberschaubare Verwerfungen zu Lasten der bei Betrieben mit Sitz in Deutschland beschäftigten und der auf Baustellen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch in den Beziehungen der Sozialkasse zu vergleichbaren Einrichtungen auf europäischer und nationaler Ebene zu vermeiden.

#### **IV. Negative soziale und wirtschaftliche Folgen der Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vermeiden**

Eine wegen der Unwirksamkeitsfeststellung des Bundesarbeitsgerichts möglicherweise gebotene Rückabwicklung der bereits erfüllten gegenseitigen Ansprüche ist praktisch nicht durchführbar und kann in vielen Fällen zu erheblichen finanziellen Belastungen von Bauunternehmen, gerade bei den kleinsten Betrieben führen.

##### **1. Urlaubskassenverfahren:**

Im Rahmen des Urlaubsverfahrens zahlt SOKA-BAU Urlaubsabgeltungen und Entschädigungen auf Basis der AVE direkt an die Arbeitnehmer aus (rund 148 Mio Euro in 2015) – und zwar unabhängig von ihrer Tarifbindung oder der ihres Arbeitgebers. Das macht

für diese Arbeitnehmerleistungen im Schnitt rund 1.250,00 Euro (2015) pro Arbeitnehmer aus.

Im Falle der Unwirksamkeit der AVE müsste SOKA-BAU unter Umständen diese Leistungen von den Arbeitnehmern zurückfordern; hat ein Bauarbeiter solche Leistungen über mehrere Jahre hinweg erhalten, sieht er sich im schlimmsten Fall Rückforderungen von über 10.000 Euro ausgesetzt, die er in aller Regel nicht leisten kann. Dass eine solche drohende Situation, bei der die bereicherungsrechtlichen Aspekte in ihren Details überhaupt noch nicht überblickt werden können, einen erheblichen Vertrauensverlust vieler in die Verlässlichkeit staatlichen Handelns und die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien bedeutet, liegt auf der Hand.

##### **2. Berufsbildungsverfahren:**

Im Berufsbildungsverfahren bedeutet die rückwirkende AVE-Unwirksamkeit, sofern sie nicht rasch durch das SokaSiG wieder geheilt wird, für Betriebe, die sich in der Ausbildung besonders engagiert haben, erhebliche finanzielle Belastungen, die gerade für kleine und kleinste Bauunternehmer auch das Aus bedeuten können.

Hat beispielsweise ein Bauunternehmer, der keine Arbeitnehmer beschäftigt und der nicht Mitglied in einem der tarifschließenden Verbände ist, in den zurückliegenden 10 Jahren einen Auszubildenden in seinem Betrieb ausgebildet, hat er – bis 2015 ohne Beitragszahlung – von SOKA BAU auf Basis der AVE unter Zugrundelegung eines Musterfalles bis zu 28.000 Euro an Leistungen erhalten.

Diese Leistungen müsste SOKA-BAU von solchen Ausbildungsbetrieben ohne das SokaSiG unter Umständen zurückverlangen, was viele Betriebe finanziell überfordern würde. Bei mehreren Auszubildenden potenziert sich der Rückforderungsbetrag.

Bei rund 35.000 Auszubildenden in rund 15.000 Ausbildungsbetrieben mit durchschnittlich 10 Beschäftigten lassen die massiven wirtschaftlichen Verwerfungen, die ohne das SokaSiG eintreten können, ohne weiteres erkennen.

##### **4. Zusatzrenten**

Die Zusatzrentenansprüche von rund 1 Million Rentner (370.000) und Anwärter (mind. 700.000) sind ohne AVE und ohne das SokaSiG massiv gefährdet. Werden Beiträge von Außenseiterarbeitgebern zurückgefordert, droht schon bei einer geringen Rückforderungsquote eine bedrohliche finanzielle Schieflage der ZVK.

Die gerade zum 1.1.2016 eingeführte bundesweite Tarifrente Bau, die den Erwerb von individuellen kapitalgedeckten Rentenbausteinen für alle Beschäftigten am Bau inklusive der Auszubildenden garantiert und den Erwerb einer zusätzlichen Rente von bis zu 250,00 Euro ermöglicht, droht zu scheitern.

Damit würde das Vertrauen der Arbeitnehmer in Systeme der betrieblichen Altersversorgung nachhaltig und dauerhaft erschüttert. Der angesichts der demographischen Entwicklung dringend notwendige, flächendeckende Aufbau von Zusatzrentenansprüchen in der 2. Säule geriete in Misskredit.

Andere Branchen, die sich im Zuge der aktuellen politischen Diskussion um die stärkere Verbreitung von Betriebsrenten gerade über die Einführung von branchenweiten Zusatzversorgungswerken Gedanken machen, könnten von einem – ohne das SokaSiG möglichen - Scheitern der Tarifrente Bau davon abgehalten werden, diese Gedanken in die Tat umzusetzen. Scheitert aber ein weiterer Ausbau der 2. Säule, wird sich die Debatte um eine ausreichende Absicherung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der 1. Säule deutlich verschärfen.

#### **VI. Große Einschränkungsklausel – Friedenslinie zur fairen Abgrenzung der Branchen**

Zur Recht übernimmt das SokaSiG die von den Tarifvertragsparteien in – teilweise von der BDA moderierten – komplexen Verhandlungen mit angrenzenden Branchen tarifautonom getroffene sogenannte „Große Einschränkungsklausel der AVE“. Damit ist sichergestellt, dass es zu keinen Kollisionen zwischen unterschiedlichen Tarifverträgen kommt. Damit ist ausgeschlossen, dass es zur Erfassung weiterer Betriebe kommt; vielmehr wird der Rechtszustand vor den Beschlüssen des BAG 1:1 abgebildet, so dass keinerlei Nachteile oder Verschiebungen zu Lasten angrenzender Branche z.B. des Ausbaugewerbes zu befürchten sind.

Die sehr ausdifferenzierte Einschränkungsklausel ist rechtlich unbeanstandet und Gegenstand einer gefestigten Rechtsprechung, die eine Vielzahl von Grenzfällen eindeutig einem der betroffenen Tarifbereiche zugeordnet hat. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinen Beschlüssen lediglich die Berechnungsweise des ehemals geltenden 50%-Quorums gerügt, nicht die Einschränkungsklausel an sich.

Alle vereinbarten Branchenabgrenzungen werden von SOKA-BAU konsequent beachtet. Durch die Geltungsbereichsprüfung wurde z.B. für über 2.100 Betriebe (2012-2016) eine Teilnahmeverpflichtung an den SOKA-Verfahren mit der Feststellung „Elektroinstallationsgewerbe“ verneint. Abgrenzungsfragen sind angesichts von rund 70.000 Baubetrieben, die an den Sozialkassen teilnehmen, eher ein Randphänomen, das jeweils individuell ohne gerichtliche Auseinandersetzung geklärt werden kann. Denn nur 14 Betriebe des Elektrohandwerks, des Tischlerhandwerks, des Metallhandwerks und des Sanitär-Heizung-Klima-Handwerks wurden seit 2012 in zweit- und drittinstanzlichen Gerichtsverfahren für Zeiträume in Anspruch genommen, in denen eine Mitgliedschaft in dem jeweiligen Branchenverband bestand. Keiner dieser 14 Betriebe ist zwischenzeitlich in Insolvenz gegangen.

Dafür, dass SOKA-BAU die Geltungsbereichsprüfung gewissenhaft und rechtlich einwandfrei vornimmt, spricht, dass in 97% der abgeschlossenen Verfahren SOKA-BAU der Anspruch gerichtlich bestätigt (26 von 28 Verfahren) bestätigt wurde.

Die Behauptung, der Anwendungsbereich der allgemeinverbindlichen Bau-Tarifverträge sei immer weiter ausgedehnt worden, ist nicht richtig. Seit 2005 wurden die Allgemeinverbindlicherklärungen sogar mehrfach zu Gunsten baufremder Branchenverbände immer weiter eingeschränkt.

Demgegenüber erweiterten etwa die Tarifvertragsparteien des Elektrohandwerks - ohne jegliche Absprache mit den Verbänden oder der Gewerkschaft der Bauwirtschaft - den Geltungsbereich ihres TV Mindestentgelt jüngst um „bauliche Nebenpflichten“. Diese Geltungsbereichserweiterung tangiert potentiell auch Kernbereiche der Bauwirtschaft wie die dem klassischen Tiefbau zuzurechnenden Erdbewegungsarbeiten zur Verlegung von Kabeln. Das Ausheben, Absichern und Verfüllen von Gräben ist aber eine klassische Bautätigkeit. Da gerade diese Tätigkeiten in naher Zukunft aller Voraussicht nach angesichts der sehr zu begrüßenden Breitbandoffensive der Bundesregierung und der ebenfalls sinnvollen weitgehend unterirdischen Verlegung der Stromtrassen von den Offshore-Windparks in der Nordsee in den Süden sehr lukrative Geschäfte versprechen, um die sowohl elektrohandwerkliche Betriebe als auch Baubetriebe konkurrieren, darf dies nicht zu einer willkürlichen Verschiebung des sozialen Schutzniveaus der betroffenen Arbeitnehmer führen. Denn es ist überhaupt nicht nachvollziehbar, weshalb zum Beispiel ein Arbeitnehmer, der bislang nach den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen des Baugewerbes Anwartschaften für die überbetriebliche Altersversorgung erworben hat, diese aufgrund einer nicht sachgerechten neuen Abgrenzung etwa gegenüber dem Elektrohandwerk verlieren soll. Dieser Eingriff in auf allgemeinverbindliche Tarifverträge gestütztes berechtigtes Vertrauen einer kaum bestimmbar Anzahl von Arbeitnehmern bedarf einer rechtsstaatlich abgesicherten Begründung, die nur im Wege tarifautonomer Vereinbarungen, nicht aber durch einseitige Geltungsbereichserweiterungen erreicht werden kann.

#### **VII. SokaSiG – verfassungsrechtlich zulässig und notwendig**

- Auch das Bundesarbeitsgericht betont in seinen Beschlüssen vom 21. September 2016 wiederholt die materielle Unbedenklichkeit der Sozialkassenverfahren in verfassungs-, unions- und konventionsrechtlicher Hinsicht (vgl. BAG aaO).
- Es handelt sich keinesfalls um ein unzulässiges Einzelfallgesetz, da bereits aus dem Gesetz deutlich wird, dass neben den in Wiesbaden ansässigen beiden gemeinsamen Einrichtungen ULAK und ZVK auch die in München ansässige UKB und die in Berlin ansässige SKB erfasst werden. Außerdem regelt das SokaSiG unmittelbar die Ansprüche der von der Unwirksamkeitserklärung des Bundesarbeitsgerichts betroffener rund 700.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der mehr als 35.000 Auszubildenden, der rund 370.000 Rentnerinnen und Rentner sowie deren Hinterbliebenen; hinzu kommen die Rechtsbeziehungen zwischen SOKA-BAU und den rund 70.000 Baubetrieben sowie zwischen SOKA-BAU und den mehr als 200 Ausbildungszentren.
- Eine ggf. anzunehmende „echte Rückwirkung“ ist jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da die durch die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vom 21.09.2016 hervorgerufene unklare Rechtslage zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit in einer Vielzahl von Rechtsverhältnissen

sen führt. Ein nur irgendwie gefestigtes und damit schutzwürdiges Vertrauen in die Rechtswirksamkeit der AVE ist innerhalb des kurzen Zeitraums zwischen Verkündung der Beschlüsse am 21. September 2016 und der ersten Lesung des SokaSiG im Bundestag am 15. Dezember 2016 nicht erwachsen. Gegen ein schutzwürdiges Vertrauen der von den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts potentiell begünstigten Außenseiterarbeitgeber spricht auch, dass das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich nicht über das Bestehen oder den Umfang von Rückforderungsansprüchen entschieden hat.

- Vielmehr ist das gewachsene und gefestigte Vertrauen von Millionen Bauleuten, Auszubildenden, Rentnerinnen und Rentnern und deren Hinterbliebenen in die jahrzehntelang unbeanstandete Staatspraxis bei der Erteilung der Allgemeinverbindlicherklärungen der Sozialkassentarifverträge und damit gleichfalls in die Leistungsfähigkeit dieses besonderen Zweiges des deutschen Sozialversicherungssystems zu berücksichtigen. Gleichmaßen zu berücksichtigen ist das berechnete Vertrauen in die Wirksamkeit der AVE der vielen von möglichen Rückforderungsansprüchen betroffenen Ausbildungsbetriebe, die von SOKA-BAU deutlich höhere Erstattungen erhalten haben als sie Beiträge geleistet haben. Das gilt auch für die bundesweit rund 200 Ausbildungszentren, die sich erheblichen Rückforderungsansprüchen der von SOKA-BAU in den vergangenen rund 10 Jahren geleisteten tarifvertraglichen Fördermittel ausgesetzt sehen könnten.
- Mit der Aufnahme der sogenannten „Großen Einschränkungsklausel“ in das Gesetz stellt das SokaSiG sicher, dass jeder Betrieb, der bereits zuvor von der Teilnahme an den Sozialkassenverfahren befreit war, auch weiterhin nicht teilnahmeverpflichtet ist. Das begünstigt insbesondere die Betriebe des sogenannten „Ausbaugewerbes“ wie zum Beispiel Betriebe des Elektrohandwerks, des Schreiner- und Tischlerhandwerks, des Hei-

zungs-Klima-Sanitärhandwerks und des Metallhandwerks insofern, als die in der Vergangenheit tarifautonom zwischen den jeweiligen Tarifvertragsparteien mit den Sozialpartnern am Bau im Rahmen von „Verbändevereinbarungen“ gefundenen „Friedenslinien“ vollständig und umfassend berücksichtigt werden.

#### VIII. Fazit

Das Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz ist verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, es ist aus sozialstaatlicher Sicht geradezu geboten, das Gesetz so schnell wie möglich zu verabschieden.

Die Sozialkassenverfahren am Bau bilden die Grundlage für vielfältige Ansprüche der Beschäftigten am Bau und haben eine hohe sozialpolitische Bedeutung. Es geht dabei insbesondere um die Zusatzrente der Beschäftigten auf dem Bau, um die Ausbildung des Nachwuchses, um die Urlaubsansprüche der gewerblichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und um die Urlaubsansprüche der auf Baustellen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Die gemeinsamen Einrichtungen sorgen insgesamt für eine institutionalisierte, tarifautonome Durchsetzung von Tarifverträgen. Das ist gerade in Branchen mit „prekären“ Arbeitsbedingungen, die am Bau geprägt sind von nicht-stationären Produktionsstätten, großer Witterungsabhängigkeit oder Arbeitsverhältnissen von häufig nur kurzer, oft unterjähriger Dauer und daraus resultierenden vielfachen Arbeitgeberwechseln für die soziale Absicherung der hier beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besonders wichtig.

Schließlich geht es um einen bedeutenden Zweig des europäischen Sozialmodells, die Elemente besonderer Solidarität aufweisen, einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung von Schwarzarbeit im Zusammenhang mit Entsendungen leisten und damit gerade in hochmobilen, kleinteilig aufgestellten Branchen besonders bedeutsam sind.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)894

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631**Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke**

Zu dem am 15. Dezember 2016 in erster Lesung behandelten Gesetzentwurf nehmen wir nachfolgend Stellung und fassen unsere Position einleitend wunschgemäß wie folgt zusammen:

**1. Das SOKASiG verstößt gegen das Rückwirkungsverbot von Gesetzen und verletzt die Gewaltenteilung indem es Beschlüsse eines obersten Bundesgerichts mit „Wirkung für und jedermann“ aufhebt.**

**2. Die SOKA-Bau ist durch die BAG-Entscheidungen vom 21.09.2016 nicht in ihrem Bestand bedroht.**

**3. Die SOKA-Bau ist finanziell robust genug, um auch hohe Ansprüche ohne Existenzgefährdung zu befriedigen.**

**4. Die SOKA-Bau soll sich auf die Regelung branchentypischer Probleme des Baugewerbes beschränken und nicht in fremde fachliche und tarifliche Zuständigkeiten eingreifen.**

**5. Das SOKASiG ist überflüssig und dient den Tarifvertragsparteien des Baus dazu, sich auch zukünftig den Zugriff auf anderweitig tarifgebundene Mitgliedsunternehmen der handwerklichen Ausbaugewerke zu sichern.**

**1. Das SOKASiG verstößt gegen das Rückwirkungsverbot von Gesetzen und verletzt die Gewaltenteilung indem es Beschlüsse eines obersten Bundesgerichts mit „Wirkung für und jedermann“ aufhebt.**

Das SOKASiG soll vermeintlich den Vertrauensschutz der Bau-Arbeitnehmer in den Bestand der angeblich gefährdeten Bau-Sozialkassen und deren Leistungen sichern, offenbart aber ein fundamentales Missverständnis von Rechtsstaatlichkeit.

Den Unternehmen, denen das BAG am 21.09.2016 im konkreten Einzelfall Recht zugesprochen hat,

wird nun vom Gesetzgeber zugemutet, dass die von ihnen zu Unrecht geleisteten Zahlungen an die Bau-Sozialkassen nun doch rechtens sind. Denn sie haben gezahlt auf der Grundlage eines gesetzeswidrigen Verwaltungshandelns, nämlich aufgrund gesetzeswidriger Allgemeinverbindlicherklärungen.

Rechtsstaatlichkeit bedeutet, dass in die Grundrechte der Bürger und der Unternehmen nur eingegriffen werden kann aufgrund eines zuvor erlassenen und in Kraft getretenen Gesetzes und aufgrund der gesetzeskonformen Anwendung dieses Gesetzes. Rechtsstaatlichkeit bedeutet weiter, dass jegliches Verwaltungshandeln, also jeglicher Eingriff in die Grundrechte, durch Gerichte überprüft werden kann. Rechtsstaatlichkeit bedeutet ferner, dass letztlich auch alle Gesetze darauf überprüft werden können, ob sie der Verfassung entsprechen.

Von diesem Grundrecht zur Abwehr staatlicher Eingriffe infolge gesetzeswidrigen Verwaltungshandelns haben die Antragsteller beim Bundesarbeitsgericht Gebrauch gemacht und sie haben Recht bekommen. **Denn das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen nicht hätten ergehen dürfen. Sie kamen gesetzeswidrig zustande, weil die Antragsteller falsche Tatsachen vorgetragen hatten, diese von der Verwaltung, also dem Bundesarbeitsministerium, nicht ausreichend überprüft wurden, und – angesichts der Eingriffswirkung einer AVE – die aus dem Demokratieprinzip resultierende Befassung durch die dazu berufenen Staatsorgane nicht erfolgte.**

Die Allgemeinverbindlicherklärungen waren also gesetzeswidrig, während hingegen die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichtes Recht und Gesetz widerspiegeln. **Dieses stellt das SOKASiG nun auf den Kopf!**

Die Verfassung schützt das Vertrauen des Bürgers darin, dass er vor illegalen Eingriffen des Staates in sein Vermögen, u.a. auch vor der Veranlagung zur

Beitragszahlung an privatrechtliche Sozialkassen aufgrund von staatlicherseits erlassenen Allgemeinverbindlicherklärungen geschützt ist. **Die Verfassung schützt auch das Vertrauen des Bürgers darin, dass letztinstanzliche, rechtmäßige Urteile eines obersten deutschen Bundesgerichtes von den übrigen Verfassungsorganen, Regierung und Parlament, respektiert werden.**

Unser Grundgesetz erhebt aber nicht die Funktionsfähigkeit von gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien oder deren Existenzsicherung in Verfassungsrang. Das SOKASiG gibt vor, das Vertrauen der Empfänger von SOKA-Leistungen schützen zu wollen. Doch wo bleibt der Schutz des Vertrauens der Beitragszahler, in deren Vermögen durch unrechtmäßige staatliche Entscheidungen eingegriffen wurde? Zählt deren Vertrauen nichts?

## 2. Die Sozialkassen des Baus sind durch die BAG-Entscheidungen vom 21.09.2016 nicht in ihrem Bestand bedroht.

Die Behauptungen, mit denen die Bautarifvertragsparteien dieses Gesetz verlangen, beruhen auf purer Spekulation. Sie wurden erhoben, bevor die über 90-seitigen Gründe der BAG-Beschlüsse vom 21. September 2016 überhaupt vorlagen. Was entschieden wurde und welche Folgen das hat, konnte erst nach Zustellung des letzten Beschlusses Mitte Dezember 2016 verlässlich analysiert werden. Das SOKASiG „löst“ deshalb Probleme, die es gar nicht gibt und beruht nicht auf einer Analyse der Entscheidungen des BAG, sondern dem Versuch, durch einen **rigiden politischen Lobbyismus, ein rechtswidriges Tarifvertragssystem in den Gesetzesstand zu erheben.**

Eine theoretische Existenzgefährdung der SOKA gibt es frühestens nach einer höchstrichterlichen Entscheidung über vermeintliche Rückforderungsansprüche, aber nicht schon aufgrund der BAG-Beschlüsse vom 21. September 2016. Doch solch eine Entscheidung ist bestenfalls in ca. 1 ½ Jahren zu erwarten. **Es gibt daher keinen Grund zur Eile. Aus der aktuell vorliegenden Rechtsprechung erwächst der SOKA-Bau nicht die geringste Gefahr!**

Vielmehr hat das Bundesarbeitsgericht in den mittlerweile vorliegenden Beschlussgründen **ausdrücklich** klargestellt, dass *„über eventuelle Rückforderungsansprüche nicht zu entscheiden war“*. Die Beschlüsse vom 21. September 2016 enthalten **absolut nichts**, was die These der SOKA-Bau stützt, dass Rückforderungen überhaupt möglich sind.

Wenn es zutrifft, dass im Baugewerbe zwei Drittel der Unternehmen ohnehin der Tarifbindung unterliegen, ist es ausgeschlossen, dass die Existenz der [Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft \(ULAK\)](#) und der [Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes \(ZVK\)](#) allein schon deshalb bedroht ist, weil bei wenigen klagenden, nicht tarifgebundenen Unternehmen plötzlich der Beitragseinzug stockt.

Von den betroffenen Beitragseinnahmen entfallen derzeit ca. 15% auf die Urlaubskasse (ULAK) und 3,8 % der Bruttolohnsumme auf die Altersversorgung durch die ZVK. Die darüber eingezogenen

Summen stehen aber für eine Rückforderung großteils gar nicht zur Verfügung.

Denn der größere ULAK-Anteil entfällt auf das Urlaubsentgelt, das dort treuhänderisch für die Arbeitnehmer verwahrt wird. Jeder Unternehmer, der dort eingezahlt und seinen Arbeitnehmern Urlaub gewährt hat, erhält das dort treuhänderisch verwahrte Geld von der ULAK zurückerstattet. Die eingezahlten Summen sind also schon längst wieder an die Unternehmen zurückgeflossen und können daher gar nicht mehr bei der ULAK eingeklagt werden! **Der von den Bau-Tarifvertragsparteien allein aus propagandistischen Gründen aufgeblähte Betrag von 11,8 Mrd. EUR** ist die Zusammenrechnung aller Beiträge ohne Berücksichtigung dieser – bereits vollständig erfolgten – Erstattungen. **Das ist eine massive Irreführung des Parlaments.**

Im Gegensatz zur ZVK erfüllt die ULAK auch keinen rentenpolitischen Zweck, der den Gesetzgeber auf den Plan rufen müsste. Das geplante SOKASiG zur Sicherung auch der ULAK ist daher schon von seiner Zielstellung her völlig verfehlt.

Da die meisten Leistungen der Sozialkassen bereits verrechnet wurden, so etwa im Urlaubs- und Ausbildungsverfahren, stehen für eine Rückforderung überhaupt nur Zinsforderungen und teilweise die Beiträge zur Zusatzversorgung einiger Unternehmen zur Verfügung, bei denen es aber rechtliche Zweifel an der Durchsetzbarkeit gibt.

Wenn man aus rentenpolitischen Gründen die Altersvorsorge in der ZVK als schützenswert erachtet, würde ein sehr kurzes Gesetz genügen, **welches Rückforderungen gegen Träger der betrieblichen Altersvorsorge aufgrund unwirksamer Allgemeinverbindlicherklärungen ausschließt.** Dies würde auch die Rechtsunsicherheit bei anderen Renten-Sozialkassen beseitigen.

Jedoch mit dem SOKASiG alle vormalig av-erklärten Bau-Tarifverträge "wieder in Kraft zu setzen", ist nicht nur völlig überzogen, sondern dient lediglich dem einseitigen interessenpolitischen Ziel der Bau-Tarifvertragsparteien, sich einer fairen fachlichen Abgrenzung zum handwerklichen Ausbaugewerbe zu entziehen. Dies ist eine **massive Verletzung der Tarifautonomie** der mit der IG Metall tarifierenden Gewerke des Ausbaus und völlig unverhältnismäßig.

Überdies ist es lohnenswert, sich die Rentenpraxis der ZVK einmal genauer anzuschauen. Denn um überhaupt eine Leistung der ZVK zu erhalten – trotz jahrelanger Einzahlung des Arbeitgebers in Höhe von ca. 2 % (aktuell 3,8 %) der Bruttolohnsumme – muss der Arbeitnehmer mindestens **18 Jahre und 4 Monate** in einem Baubetrieb beschäftigt gewesen sein und davon **mindestens 5 Jahre** in den letzten Jahren vor Rentenbeginn.

Doch gerade einmal **20 %** der im Bau Beschäftigten erfüllen das Kriterium der 60 Monate vor Renteneintritt – so der „Altersübergangs-Report 2010/2012“ vom Forschungs-Netzwerk Alterssicherung, Uni Duisburg, IAQ Institut Arbeit und Qualifikation, Hans Böckler Stiftung.

Bereits während der Wartezeit von 18 Jahren und 4 Monaten wechseln in der Altersspanne von 42 bis



43 Jahren ca. 35 % bis 40 % der Baufacharbeiter in einen Nicht-Bauberuf, d.h. sämtliche Zahlungen der Betriebe für diese Arbeitnehmer „versanden“ bei der SOKA-Bau, ohne jemals die Bau-Arbeitnehmer zu erreichen.

Tatsächlich dürften nur **weniger als 50 %** aller geleisteten Beitragszahlungen bei den Bau-Arbeitnehmern als Rentenbeihilfe ankommen. Die Masse der Beiträge finanziert das „System SOKA“, u.a. gut dotierte Vorstandsposten bei den Sozialkassen, die gerne mit ehemaligen Funktionsträgern der Bau-Tarifvertragsparteien besetzt werden. So Gregor Asshoff – vormalig IG Bau, Nachfolger von Wolfgang Koberski (vormalig BMAS).

### 3. Die Sozialkassen des Baus sind finanziell robust genug, um auch hohe Ansprüche ohne Existenzgefährdung zu befriedigen.

Die Geschäftsberichte der [Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft \(ULAK\)](#) und der [Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes \(ZVK\)](#) sind im Internet frei zugänglich:

[http://www.soka-bau.de/soka-bau\\_2011/desk-top/de/Medienraum/Publikationen/Geschaeftsbericht/](http://www.soka-bau.de/soka-bau_2011/desk-top/de/Medienraum/Publikationen/Geschaeftsbericht/)

Danach verfügt die **ULAK** über

- Sachanlagen im Wert von 52,8 Mio. EUR,
- Wertpapiere im Wert von **1,462 Mrd. EUR** sowie
- liquide Mittel in Höhe von 229 Mio. EUR.

Auch die **ZVK** verfügt für das Jahr 2015 über

- Grundstücke im Wert von 529,5 Mio. EUR,
- Aktien in Höhe von **1,265 Mrd. EUR**,
- festverzinsliche Wertpapiere im Wert von 779,1 Mio. EUR,
- und insgesamt über ein **Anlagevermögen von 4,608 Mrd. EUR**.

Zusammen verfügen die Bau-Sozialkassen über liquide Mittel in Höhe von **über 3,735 Mrd. EUR!** Von einer finanziellen Notlage kann also keine Rede sein, zumal der aktuelle Beitragseinzug durch die Allgemeinverbindlicherklärung 2015 sichergestellt ist.

### 4. Die SOKA-Bau soll sich auf die Regelung branchentypischer Probleme des Baugewerbes beschränken und nicht in fremde fachliche und tarifliche Zuständigkeiten eingreifen.

Rentenbeihilfen und Urlaubskassenverfahren beruhen auf der Überlegung, dass Arbeitnehmern sonst Nachteile aufgrund häufig wechselnder unterjähriger Beschäftigung und früher Verrentung entstehen.

Die handwerklichen **Arbeitgeberverbände des Holz-, Metall-, Sanitär- und Elektrogewerbes sind kein Teil des Baugewerbes** und zählen weit mehr Betriebe und Arbeitnehmer als das eigentliche Baugewerbe! Ihre Unternehmen unterliegen Tarifverträgen, die für ihre **mehr als 1,1 Mio. Arbeitnehmern** mit der IG Metall geschlossen sind. Entgegen dem Bau brauchen ihre Betriebe keine Regelung zur Winterbeschäftigungsförderung, weil diese Betriebe im Win-

ter ihre Arbeitnehmer weiter beschäftigen. Diese Betriebe brauchen auch keine Urlaubsumlagekasse, weil es in ihren Branchen keine häufigen Arbeitgeberwechsel gibt.

Der Vorsitzende Richter beim 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in der Verhandlung am 21. September 2016 klar hervorgehoben, dass der Anwendungsbereich des Sozialkassentarifs derart kompliziert sei, dass man letztlich konstatieren müsse, er **"passe nicht zum Gesetz"**.

Hier setzt auch die Kritik der mit der IG Metall tarifierenden Handwerksverbände an: Der SOKA-Bau-Anwendungsbereich ist derart extensiv, dass er auch die nicht baugewerblichen Handwerke wie Elektroinstallation, Metallbau, Tischler/Schreiner und Sanitär-Heizung-Klima zu einem großen Teil mit einschließt, obwohl hierfür kein Bedürfnis besteht.

Statt des SOKASiG bedarf es einer klaren Abgrenzung der Tarifzuständigkeiten zwischen Bau und Ausbau. Dazu haben die betroffenen fünf Verbände des Ausbaugewerbes und die IG Metall in dem am 10.01.2017 in Berlin stattgefundenen Gespräch den Bau-Tarifvertragsparteien folgende einfache Formel zur Einschränkung des fachlichen Geltungsbereiches der Bautarifverträge vorgeschlagen:

**„Die Sozialkassen-Tarifverträge gelten nicht für Unternehmen die mittelbar oder unmittelbar Mitglied sind im**

- **Bundesverband Metall,**
- **Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke,**
- **Zentralverband Sanitär Heizung Klima,**
- **Bundesverband Holz und Kunststoff,**
- **Zentralverband Raum und Ausstattung,**

**und im fachlichen Geltungsbereich eines von einem dieser Bundesverbände oder einer seiner Gliederungen abgeschlossenen Tarifvertrages überwiegend tätig sind, es sei denn, die betriebliche Arbeitszeit wird nachweislich überwiegend von Arbeitnehmern erbracht, die eine Ausbildung gemäß der Verordnung über die Berufsausbildung in der Bauwirtschaft absolviert haben“.**

### 5. Das SOKASiG ist überflüssig und dient den Tarifvertragsparteien des Baus dazu, sich auch zukünftig den Zugriff auf anderweitig tarifgebundene Mitgliedsunternehmen der handwerklichen Ausbaugewerke zu sichern.

Zu der oben vorgeschlagenen Einschränkung sind die Bautarifvertragsparteien jedoch nicht bereit. Sie bestehen unverändert auf ihrem funktionalen Baubegriff, der gemäß der Generalklausel in den Abschnitten I und II ihres Verfahrenstarifvertrages (VTV) dazu führt, dass alle Tätigkeiten, die im weitesten Sinne zu einem funktionierenden Bauwerk beitragen, als bauliche Tätigkeiten qualifiziert und den Bautarifverträgen unterworfen werden. Entscheidend ist hierbei die sog. **„Rückausnahmeklausel“ im Abschnitt VII**, die unter der Ziffer 12 Betriebe *„des Klempnerhandwerks, des Gas- und Wasserinstallationsgewerbes, des Elektroinstallationsgewerbes, des Zentralheizungsbauer- und Lüftungsbauergewerbes*

sowie des *Klimaanlagenbaus*“ tätigkeitsbezogen den Bautarifen zuordnet, obwohl deren Gewerke laut „Großer Einschränkungsklausel“ eigentlich ausgenommen sind.

**Statt der Fachlichkeit und der darauf fußenden Tariflichkeit erfolgt der Bezug auf Tätigkeiten**, die sich aber i.d.R. gewerkeübergreifend darstellen und deswegen gemäß § 5 der Handwerksordnung auch kein Abgrenzungskriterium sein können. Dennoch kommt es in der SOKA-Rechtsprechung auf die Mehrheit der Arbeitsstunden an. Könnte man z.B. bei im Kabelbau tätigen Elektrohandwerksunternehmen etwa Kabelzugarbeiten und Erdaushubarbeiten auftrennen (erstere Elektro, letztere Bau), dann hätten diese Betriebe kein Problem. Weil aber die Rechtsprechung auf einer Zusammenrechnung besteht, ist es letztlich zufallsabhängig, ob in einem Jahr mal eine Zuordnung des Betriebes zum Bau- oder in einem anderen Jahr zum Elektrohandwerk vorliegt.

Dieses letztlich willkürliche Ergebnis, das hier lediglich mit der Länge und Tiefe der auszuhebenden Kabelgräben und der Bodenbeschaffenheit zusammenhängt, lässt die ganze Tarifzugehörigkeit zu einer Willkürfrage verkommen.

Wegen der elektrohandwerklichen Kerntätigkeit des Kabelzuges wird ein solches Unternehmen nie einen Auftrag für reine Tiefbauarbeiten angeboten bekommen! Entgegen den Behauptungen des Baus werden diese Elektrohandwerksunternehmen „echten“ Bauunternehmen daher auch keine Aufträge wegnehmen oder sich neue Geschäftsfelder "erobern". Sie erhalten vielmehr ihre Aufträge ausschließlich wegen ihrer fachlichen Qualifikation und Zugehörigkeit zum Elektrohandwerk.

Vielmehr ist es der Bau, der unter dem Schutz einer bewusst unscharfen tariflichen Abgrenzung zu den Tätigkeiten des Ausbaus versucht, die Rechtsprechung zu beeinflussen und zu seinen Gunsten auszulegen, um fortlaufend neue Geschäftsfelder zu besetzen. Dazu ist der 42 Tätigkeitsfelder umfassende Positivkatalog des Abschnitts V auch bewusst dynamisch angelegt. Das zeigt eine Liste von zurzeit 120 „typischen baugewerbliche Tätigkeiten“ die unter

den VTV fallen sollen und die sich auf der Internetseite der SOKA-Bau findet:

[http://www.soka-bau.de/soka-bau\\_2011/desktop/de/Arbeitgeber/Teilnahmevoraussetzungen/Geltungsbereiche/index.html](http://www.soka-bau.de/soka-bau_2011/desktop/de/Arbeitgeber/Teilnahmevoraussetzungen/Geltungsbereiche/index.html)

U.a. finden sich dort die für elektrohandwerkliche Dienstleistungen relevante Tätigkeiten wie

- Bohrarbeiten im Erdreich
- Bohrarbeiten zur Schaffung von Öffnungen für Versorgungsleitungen
- Brandschutzarbeiten
- Geothermiearbeiten / Erdwärmebohrungen
- Hausmeister / Facilitymanagement
- Kabelleitungstiefbau
- Photovoltaikmontagen / Solarmontagen
- Windkraftanlagen errichten

Bohrarbeiten erfolgen z.B. beim Fernmeldebau. So gibt es Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Einblasen von Glasfaser- oder anderen Datenkabeln in vorgefertigte Röhren. Aus Sicht des Baus sei dies ja nichts anderes, als die „Komplettierung des Bauwerks Kabelkanal“.

Ein weiteres großes Konfliktpotential besteht im Bereich der Installation von Kabelträgersystemen. Denn die Tätigkeit des „Kabelverlegers im Hochbau“ ist ein sektoral aus dem elektrohandwerklichen Vollhandwerk ausgegliedertes und verselbstständigtes handwerkliches Nebengewerbe, dessen Tätigkeit aber weiterhin als integraler Bestandteil der Berufsbilder der Elektrohandwerke zu gelten hat. Dazu gehören typischerweise Tätigkeiten wie

- die Montage von Trägersystemen für Kabel,
- das Aufstemmen von Kabelkanälen,
- das Verputzen der fertig verlegten Kabelkanäle.

Aus Sicht der SOKA-Bau handelt es sich bei der Tätigkeit des Kabelverlegers ganz klar um eine "bauliche" Tätigkeit. Dazu wird sie aber nur dank der „großzügigen Definition“ in den Bautarifen. Tatsächlich geht es aber ausschließlich um früher von den Elektrohandwerksunternehmen miterfüllte Tätigkeiten, die aus Kostengründen nun i.d.R. von Subunternehmern wahrgenommen werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)895

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

**Dr. Thomas Klein, Trier**

### I. Hintergrund

#### 1. Die Sozialkassenverfahren im Baugewerbe

Die Beschäftigung im Baugewerbe ist aufgrund der branchenspezifischen Rahmenbedingungen in besonderem Maße durch kurze Beschäftigungszeiten, saisonale Beschäftigungsunterbrechungen und häufige Arbeitsgeberwechsel geprägt. Die Sozialkassenverfahren im Baugewerbe tragen diesen Besonderheiten seit mehreren Jahrzehnten Rechnung. Sie haben ein solidarisch finanziertes Sozialsystem in der Branche etabliert, das branchenspezifische Nachteile der Beschäftigten kompensiert.

Die Leistungen der Sozialkassen basieren auf drei Säulen:

- Zusammenhängende Gewährung des tariflichen Urlaubsanspruchs:

Nach den Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) entsteht ein Anspruch auf den vollen vierwöchigen Jahresurlaub erst nach einer Beschäftigungsdauer von mindestens sechs Monaten (§ 4 BUrlG). Wird diese Wartezeit nicht erfüllt, besteht nach § 5 BUrlG lediglich ein Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Endet das Arbeitsverhältnis, ist der Urlaub gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Eine Mitnahme von Teilurlaubsansprüchen zu einem anderen Arbeitgeber ist nicht möglich.

Unstete Beschäftigungsverläufe, wie sie im Baugewerbe angesichts häufiger Arbeitgeberwechsel und saisonaler Beschäftigungsunterbrechungen oftmals anzutreffen sind, führen nach diesen gesetzlichen Vorschriften regelmäßig zu geringeren Urlaubsansprüchen und verhindern eine zusammenhängende Urlaubsgewährung. Um dennoch eine zusammenhängende Urlaubsgewährung zu gewährleisten, haben die Tarifvertragsparteien im Baugewerbe auf

Grundlage der Tariföffnungsklausel in § 13 Abs. 2 BUrlG ein spezielles Urlaubsverfahren vereinbart. Nach § 8 des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe (BRTV) haben die gewerblichen Arbeitnehmer einen tarifvertraglichen Jahresurlaubsanspruch in Höhe von dreißig Tagen. Ist der Arbeitnehmer nicht ganzjährig beschäftigt, erwirbt er jeweils nach zwölf Beschäftigungstagen Anspruch auf einen Urlaubstag. Teilurlaubsansprüche werden also nicht nur für volle Kalendermonate erworben, sondern bereits nach zwölf Beschäftigungstagen. Bei einem Arbeitgeberwechsel innerhalb des Baugewerbes nimmt der Arbeitnehmer die zurückgelegten Beschäftigungstage und damit die erworbenen Urlaubsansprüche, soweit sie noch nicht gewährt worden sind, mit zum neuen Arbeitgeber. Auf diese Weise können Arbeitnehmer selbst bei häufigen unterjährigen Arbeitgeberwechseln und kurzzeitigen Beschäftigungsverhältnissen einen zusammenhängenden Urlaubsanspruch erwerben.

Die Urlaubsvergütung der Arbeitnehmer wird nach § 12 des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) von der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) bzw. für die Betriebe mit Sitz im Land Berlin von der Sozialkasse des Berliner Baugewerbes (SOKA-Berlin) getragen. Entsprechendes gilt nach den Urlaubsregelungen für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern, wonach die Urlaubsvergütung der in Bayern beschäftigten Arbeitnehmer durch die Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e.V. (UKB) erstattet wird. Dem Arbeitgeber, der den zusammenhängenden Urlaubsanspruch gewährt, entsteht demzufolge kein Nachteil, da ihm die anfallende Urlaubsvergütung von der zuständigen Urlaubskasse erstattet wird.

- Finanzierung der betrieblichen und überbetrieblichen Berufsausbildung:

Der Fachkräftebedarf im Baugewerbe wird weit überwiegend im Wege der dualen Berufsausbildung gedeckt. Die Kosten für diese Ausbildung sind nach den gesetzlichen Vorschriften der Handwerksordnung und des Berufsbildungsgesetzes von den ausbildenden Betrieben zu tragen. Nutznießer der Ausbildung sind indes nicht nur die Ausbildungsbetriebe, sondern gerade auch die Unternehmen, die selbst nicht ausbilden. Um die Ausbildungsbereitschaft der Unternehmen zu erhöhen und eine qualitativ hochwertige Ausbildung zu gewährleisten haben die Tarifvertragsparteien ein tarifvertragliches Umlageverfahren zur Finanzierung der Berufsausbildung geschaffen. Nach § 19 des Tarifvertrages über die Berufsausbildung im Baugewerbe (BBTV) erstattet die ULAK (bzw. im Land Berlin die SOKA-Berlin) den Ausbildungsbetrieben einen Großteil der an die Auszubildenden gezahlten Ausbildungsvergütung und der vom Ausbildungsbetrieb zu leistenden Sozialaufwendungen. Zudem erstattet die ULAK (bzw. im Land Berlin die SOKA-Berlin) überbetriebliche Ausbildungskosten (§ 24 BBTV) sowie die Fahrtkosten der Auszubildenden bei überbetrieblicher Ausbildung (§ 19 BBTV).

- Zusätzliche tarifvertragliche Altersversorgung:

Die unstete Beschäftigung im Baugewerbe wirkt sich regelmäßig auch ungünstig auf die Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung aus. Um die Altersversorgung der Beschäftigten zu verbessern, haben die Tarifvertragsparteien mit dem Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau), der zum 01.01.2016 den Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe (TVR) abgelöst hat, eine tarifliche Zusatzversorgung geschaffen. Auf Grundlage des TZA erbringt die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK) Versorgungsleistungen in Form einer zusätzlichen Alters-, Erwerbsminderungs- bzw. Unfallrente.

Die Sozialkassen werden jeweils als gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien im Sinne des § 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) geführt. Die Finanzierung der Einrichtungen und der von ihnen erbrachten Leistungen erfolgt durch Beiträge der Arbeitgeber, die von der ULAK als Einzugsstelle für alle Sozialkassen eingezogen werden. Der Beitrag der einzelnen Arbeitgeber richtet sich dabei nach der Summe der Bruttolöhne aller vom VTV erfassten Arbeitnehmer des Betriebes und beträgt je nach Region 17,2 bis 26,55 Prozent.

Die für die Sozialkassenverfahren relevanten Tarifvertragsbestimmungen wurden von Anfang an im Wege der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG auf alle Arbeitgeber erstreckt. Nur auf diese Weise können die Urlaubs- und Versorgungsansprüche der Beschäftigten bei allen Arbeitgeberwechseln innerhalb der Baubranche gewährleistet und alle Arbeitgeber an der Finanzierung der Berufsausbildung beteiligt werden.

## 2. Keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Allgemeinverbindlichkeit der Sozialkassentarifverträge

Die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen der Tarifverträge im Baugewerbe wurde in der Vergangenheit wiederholt, aber im Ergebnis ohne Erfolg in Frage gestellt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen sowohl generell (Beschluss vom 24.05.1977, Aktenzeichen 2 BvL 11/74) als auch speziell für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Beschluss vom 15.07.1980, Aktenzeichen 1 BvR 24/74 und 1 BvR 439/79; siehe auch Kammerbeschluss vom 10.09.1991, Aktenzeichen 1 BvR 561/89) bestätigt. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Ansicht in der Vergangenheit geteilt (Urteil vom 24.01.1979, Aktenzeichen 4 AZR 377/77; Urteil vom 22.09.1993, Aktenzeichen 10 AZR 371/92). Auch in seinen jüngsten Beschlüssen wies das Bundesarbeitsgericht Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung der Sozialkassentarifverträge ausdrücklich zurück (Beschlüsse vom 21.09.2016, Aktenzeichen 10 ABR 33/15 [Randziffer 94 f.] und 10 ABR 48/15 [Randziffer 78]). Erst im vergangenen Jahr hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung der Sozialkassentarifverträge bestätigt und eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention abgelehnt (Urteil vom 02.06.2016, Aktenzeichen 23646/09). Angesichts dieser höchstrichterlichen Entscheidungen bestehen gegen die Erstreckung der Sozialkassentarifverträge auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber keine grundsätzlichen Bedenken.

## 3. Unwirksamkeit einzelner Allgemeinverbindlichkeitserklärungen

Mit zwei Beschlüssen vom 21.09.2016 (Aktenzeichen 10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15) hat das Bundesarbeitsgericht jedoch die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des VTV aus den Jahren 2008, 2010 und 2014 wegen Nichterfüllung einfachgesetzlicher Voraussetzungen und formeller Mängel festgestellt. Dasselbe Schicksal droht den Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des VTV aus den Jahren 2012 und 2013, über deren Wirksamkeit das Bundesarbeitsgericht am 25.01.2017 verhandeln wird.

Die streitgegenständlichen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen waren noch auf Grundlage der alten Fassung des Tarifvertragsgesetzes (§ 5 TVG a.F.) ergangen. Danach setzte eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung unter anderem voraus, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als fünfzig vom Hundert der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Das Vorliegen dieser Voraussetzung konnte nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts für die streitgegenständlichen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen nicht festgestellt werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei der Ermittlung der Zahl der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer (sogenannte „Große Zahl“) im Rahmen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung allein auf

den Geltungsbereich der angestrebten Allgemeinverbindlichkeit abgestellt worden war. Dieser ist nicht deckungsgleich mit dem tarifvertraglich definierten Geltungsbereich des VTV, da eine Reihe der vom VTV erfassten Unternehmen durch die sogenannte „Große Einschränkungsklausel“ von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung ausgenommen werden, um Überschneidungen mit Tarifverträgen angrenzender Gewerke zu vermeiden. Trotz dieser Einschränkung des Geltungsbereichs der Allgemeinverbindlichkeitserklärung gegenüber dem Geltungsbereich des VTV ist nach der vom Bundesarbeitsgericht in den Beschlüssen vom 21.09.2016 erstmals vertretenen Ansicht für die Ermittlung der Großen Zahl allein der Geltungsbereich des VTV maßgeblich. Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts steht im Gegensatz zum Verständnis der Tarifpartner, des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 48) sowie zur bisherigen Praxis.

Darüber hinaus bemängelte das Bundesarbeitsgericht bezüglich der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen aus den Jahren 2008 und 2010, dass der zuständige Minister bzw. die zuständige Ministerin nicht aktenkundig an der Allgemeinverbindlichkeitserklärung beteiligt gewesen war.

#### 4. Folgen der Unwirksamkeit

Die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts wirken gemäß § 98 Abs. 4 Satz 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) für und gegen jedermann und stellen die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen damit auch für andere Verfahren verbindlich fest. Die betroffenen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen können also keine Beitragspflichten mehr begründen und stellen auch keinen Rechtsgrund mehr für die in der Vergangenheit erbrachten Zahlungen dar. Lediglich auf rechtskräftig abgeschlossene Verfahren haben die Beschlüsse keine Auswirkungen, da sie keinen Wiederaufnahmegrund im Sinne von § 580 der Zivilprozessordnung (ZPO) darstellen.

##### a) Keine Auswirkungen auf die aktuellen Beitragspflichten

Die vom Bundesarbeitsgericht festgestellte Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des VTV aus den Jahren 2008, 2010 und 2014 hat keine Auswirkungen auf die aktuelle Beitragspflicht der Arbeitgeber im Baugewerbe. Die aktuelle Beitragspflicht ergibt sich nicht aus den für unwirksam erklärten Allgemeinverbindlichkeitserklärungen, sondern aus der Allgemeinverbindlichkeitserklärung vom 04.05.2016 (BAnz AT vom 09.05.2016 B4).

##### b) Drohende Rückforderungsansprüche

Im Hinblick auf mögliche Rückforderungsansprüche nicht tarifgebundener Arbeitgeber ist zu differenzieren. Die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts haben keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit früherer Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des VTV. Die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung des VTV vom 24.02.2006 (BAnz Nr. 71 vom 11.4.2006) ist jüngst vielmehr rechtskräftig festgestellt worden (Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 04.08.2015, Aktenzeichen

7 BVL 5007/14 und 7 BVL 5008/14; vgl. dazu die Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 65/16).

War ein Unternehmen bereits durch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung an eine frühere Fassung des VTV gebunden, so stellt sich die Frage, ob dessen Rechtsnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG nachwirken. Diese Frage ist für die vorliegende Fallkonstellation höchstrichterlich nicht geklärt, so dass eine abschließende Beurteilung auf Grundlage einer gefestigten Rechtsprechung nicht möglich ist. Sollte die Rechtsprechung die Nachwirkung verneinen, drohen erhebliche Rückforderungsansprüche.

Ist ein Unternehmen während der Geltungsdauer der unwirksamen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen erstmals unter deren Geltungsbereich gefallen (z.B. durch Neugründung), fehlt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 07.05.2008, Aktenzeichen 4 AZR 288/07 mit weiteren Nachweisen) an einer Rechtsgrundlage für geleistete Beiträge, denn die Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG erstreckt sich danach nur auf Arbeitsverhältnisse, die bereits vor Ablauf des Tarifvertrages durch diesen geregelt wurden. Für diese Unternehmen dürfte somit dem Grunde nach ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bestehen. Inwiefern diesem Anspruch erfolgreich der Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) entgegengehalten werden kann, bedarf einer Prüfung im Einzelfall.

Soweit Rückforderungsansprüche gegenüber den Sozialkassen bestehen, stellt sich die Frage, ob die Sozialkassen ihrerseits Rückzahlungsansprüche für die auf Grundlage der unwirksamen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen erbrachten Leistungen geltend machen können. Diese Frage betrifft zahlreiche Rechtsbeziehungen mit unterschiedlichen Beteiligten und kann daher nur auf Grundlage einer Einzelfallprüfung beantwortet werden.

##### c) Keine Folgen für zukünftige Allgemeinverbindlichkeitserklärungen

Auf zukünftige Allgemeinverbindlichkeitserklärungen haben die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts vom 21.09.2016 keine unmittelbaren Auswirkungen.

Auch mittelbare Auswirkungen ergeben sich nicht, da die tragenden Gründe nicht auf die inzwischen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz geänderte Rechtslage übertragbar sind bzw. durch eine Änderung der Verwaltungspraxis des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales obsolet worden sind.

##### d) Auswirkungen auf die Sozialkassenverfahren

Obwohl die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen aus den Jahren 2008, 2010 und 2014 keine Auswirkungen auf die aktuellen Beitragsansprüche der Sozialkassen hat, bringt die entstandene Rechtsunsicherheit für die Sozialkassen erhebliche Probleme mit sich. Die Sozialkassen sind angesichts der drohenden Rückzahlungsforderungen verpflichtet, Rückstellungen zu bilden, wozu sie aus dem laufenden Betragsaufkommen nicht in der Lage sind, da die Beiträge zweckgebunden zur Erbringung der tariflichen Ansprüche der Arbeitnehmer sowie

der Arbeitgeber zu verwenden sind. Die notwendigen Rückstellungen wären daher geeignet, die Sozialkassen in ihrer Existenz zu bedrohen und den Fortbestand der gesamten Sozialkassenverfahren zu gefährden.

## II. Regelungsgehalt und Bewertung des Gesetzentwurfes

### 1. Zu den §§ 1 bis 9 SokaSiG-E

Die §§ 1 bis 8 SokaSiG-E ordnen rückwirkend bis zum 01.01.2006 die verbindliche Geltung der für das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe relevanten Tarifnormen an. Im Einzelnen werden die relevanten Normen des BBTV (§ 1), die Rechtsnormen des TZA-Bau und des TVR (§ 2), die Urlaubsregelungen des BRTV (§ 3), die Urlaubsregelungen für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern (§ 4), die Rechtsnormen des Tarifvertrages über das Verfahren für die Berufsausbildung im Berliner Baugewerbe (§ 5), die Rechtsnormen des Tarifvertrages über Sozialaufwanderstattungen im Berliner Baugewerbe (§ 6), die Rechtsnormen des VTV (§ 7) sowie die Rechtsnormen des Tarifvertrages über zusätzliche Angaben im arbeitnehmerbezogenen Meldeverfahren im Berliner Baugewerbe (§ 8) in ihrer jeweils gültigen Fassung für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer als verbindlich erklärt. Die tariflichen Normen sollen aufgrund der gesetzlichen Anordnung gelten, bis der jeweilige Tarifvertrag abläuft oder durch einen anderen ganz oder teilweise abgelöst wird (§ 9 SokaSiG-E).

Die §§ 1 bis 8 des Entwurfs stellen rückwirkend den Rechtszustand her, der nach den unwirksamen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen bestanden hätte. Sie beschränken sich jedoch nicht auf diejenigen Tarifverträge, deren fehlende Allgemeinverbindlichkeit aufgrund der Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts feststeht, sondern ordnen umfassend die Verbindlichkeit aller für das Sozialkassenverfahren relevanten Tarifnormen an. Auf diese Weise wird für die Vergangenheit und für die Gegenwart Rechtssicherheit geschaffen. Angesichts der vom Bundesarbeitsgericht in seinen Beschlüssen vom 21.09.2016 erstmals aufgestellten formellen und materiellen Anforderungen an die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG a.F. steht zu befürchten, dass weitere Allgemeinverbindlichkeitserklärungen diesen Anforderungen nicht entsprechen (auf die anstehende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts über die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen aus den Jahren 2012 und 2013 aufgrund der mündlichen Verhandlung am 25.01.2017 wurde bereits hingewiesen). Diesem Problem tritt der Gesetzentwurf durch die umfassende Einbeziehung aller relevanten Tarifnormen entgegen. Dies ist vor dem Hintergrund des verfolgten Ziels, bestehende Unsicherheiten im Hinblick auf im Raum stehende Rückforderungsansprüche zu beenden, den aktuellen Beitragseinzug sicherzustellen sowie Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die unterschiedlichen Leistungsbeziehungen zwischen den Beteiligten herzustellen, zu begrüßen.

Zugleich hat das Gesetz lediglich eine vorübergehende Überbrückungs- und Sicherungsfunktion, um die durch die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts

ausgelösten rechtlichen Unsicherheiten zu beseitigen. Die gesetzliche Geltungsanordnung gilt statisch und erstreckt sich nicht dynamisch auf zukünftige tarifvertragliche Vereinbarungen. Das Instrument der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG, das sich in der Vergangenheit bewährt hat und kürzlich erst durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz weiterentwickelt wurde, bildet damit auch in Zukunft die Grundlage für die Sozialkassenverfahren im Baugewerbe. Die zentrale Rolle der Tarifvertragsparteien im Sozialkassenverfahren wird demnach durch das Gesetz nicht in Frage gestellt. Das auf dem Prinzip der Tarifautonomie beruhende Modell wird nicht durch ein gesetzliches Sozialkassenverfahren abgelöst, sondern lediglich vorübergehend durch befristet wirkende gesetzliche Regelungen stabilisiert. Der durch Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) geschützte Gestaltungsspielraum der Koalitionen bleibt erhalten, zumal die Tarifverträge die inhaltliche Grundlage der gesetzlichen Regelung bilden.

Der Gesetzentwurf sieht auch keine Nachwirkung der gesetzlich angeordneten Verbindlichkeit der Tarifnormen vor. Nach § 9 SokaSiG-E endet die Geltung der Tarifnormen mit Ablauf bzw. Ablösung der Tarifverträge. Dies birgt theoretisch die Gefahr, dass nach dem Ende der gesetzlich angeordneten Verbindlichkeit der Tarifnormen bis zum Inkrafttreten einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung eine Lücke entsteht. In der Praxis dürfte sich dieses Problem jedoch nicht stellen, da keiner der in Bezug genommenen Tarifverträge durch Zeitablauf endet, so dass die Tarifvertragsparteien es selbst in der Hand haben, wann die Tarifverträge und damit auch die Wirkungen des Gesetzes enden. So können sie etwa vereinbaren, dass die Tarifverträge erst mit Inkrafttreten einer neuen Allgemeinverbindlichkeitserklärung enden.

### 2. Zu § 10 SokaSiG-E

§ 10 SokaSiG-E übernimmt die „Große Einschränkungsklausel“, durch die auch im Rahmen der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen Überschneidungen mit tarifvertraglichen Regelungen angrenzender Gewerke vermieden wurden. Der Anwendungsbereich der gesetzlichen Geltungsanordnung wird dadurch auf diejenigen Betriebe beschränkt, die auch bisher unter den Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen fielen. Das Gesetz bezieht folglich kein Unternehmen in das Sozialkassenverfahren ein, das bisher darauf vertrauen konnte, nicht an die Tarifverträge gebunden zu sein.

### 3. Zu § 11 SokaSiG-E

Gemäß § 11 SokaSiG-E gelten die durch das Gesetz in Bezug genommenen tariflichen Rechtsnormen unabhängig davon, ob die Tarifverträge wirksam geschlossen wurden. Das Gesetz unterscheidet sich insoweit von den Allgemeinverbindlichkeitserklärungen nach § 5 TVG, die von der Wirksamkeit des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages abhängig sind und im Falle eines unwirksamen Tarifvertrages keine Rechte und Pflichten für die Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber zu begründen vermögen. Demgegenüber werden die durch die §§ 1 bis 8 SokaSiG-E in Bezug genommenen tariflichen Normen durch die gesetzliche Geltungsanordnung verbindliches

Gesetzesrecht, dessen Anwendbarkeit ausschließlich von der Wirksamkeit des Gesetzes abhängig ist. Es handelt sich nicht wie im Falle der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen um einen Rechtssetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtssetzung, sondern um einen Akt unmittelbarer staatlicher Rechtssetzung durch Gesetz. Ob die Tarifverträge wirksam abgeschlossen wurden, ist daher ohne Bedeutung. Maßgeblich ist allein die materielle Vereinbarkeit der in Bezug genommenen Tarifnormen mit dem Grundgesetz, die angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts nicht zu bezweifeln ist (siehe dazu bereits die Nachweise oben I., 2.).

#### 4. Zu § 12 SokaSiG-E

Für die zivilrechtliche Durchsetzung der Beiträge zum Urlaubskassenverfahren findet gemäß § 12 SokaSiG-E der Fünfte Abschnitt des Arbeitnehmerentendegesetzes

(AEntG) entsprechende Anwendung. Dieser enthält die verschuldensunabhängige Generalunternehmerhaftung (§ 14 AEntG) und begründet für Beitragsklagen der Sozialkassen einen inländischen Gerichtsstand (§ 15 AEntG). Der Verweis in § 12 SokaSiG-E ist erforderlich, da der Fünfte Abschnitt des Arbeitnehmerentendegesetzes unmittelbar nur auf Beitragsansprüche anwendbar ist, die auf einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1, § 5 Nr. 3 und § 6 Abs. 2 AEntG beruhen. Durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Arbeitnehmerentendegesetzes werden die aufgrund der gesetzlichen Geltungsanordnung geltenden Tarifnormen mit denjenigen, die auf Grundlage einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung gelten, auch im Hinblick auf ihre zivilrechtliche Durchsetzung gleichgestellt.

#### 5. Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes

Verfassungsrechtlich begegnet der Gesetzentwurf keinen durchgreifenden Bedenken. Die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit der Erstreckung von Tarifvertragsnormen über gemeinsame Einrichtungen auf Außenseiter wurde bereits durch das Bundesverfassungsgericht geklärt (siehe dazu bereits die Nachweise oben I., 2.). Auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes verstößt der Entwurf nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben. Zwar ist nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vertrauensschutzes eine rückwirkende gesetzliche Belastung grundsätzlich unzulässig. Ein solcher Vertrauensschutz besteht jedoch nicht, wenn es an einem schutzwürdigen Vertrauen fehlt, welches durch die Neuregelung enttäuscht werden könnte (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa: Urteil vom 23.11.1999, Aktenzeichen 1 BvF 1/94; Beschluss vom 12.05.2009, Aktenzeichen 2 BvL 1/00, Beschluss vom 02.05.2012, Aktenzeichen 2 BvL 5/10). Im Hinblick auf die durch den SokaSiG-E angeordnete allgemeinverbindliche Geltung der in den §§ 1 bis 8 SokaSiG-E genannten Tarifverträge fehlt es an einem solchen

schutzwürdigen Vertrauen. Durch den Gesetzentwurf wird der Anwendungsbereich der Tarifverträge nicht über den Kreis derjenigen Arbeitgeber hinaus ausgedehnt, die bereits aufgrund der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen nach § 5 TVG an die Tarifverträge gebunden waren. Angesichts der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen konnten die Betroffenen in der Vergangenheit nicht darauf vertrauen, dass sie nicht an die Tarifverträge gebunden sind. Dies gilt auch für die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen, deren Unwirksamkeit das Bundesarbeitsgericht festgestellt hat. Zwar waren die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen nach den Feststellungen des Bundesarbeitsgerichts von Anfang an unwirksam. Es fehlte jedoch an einer Vertrauensgrundlage, aufgrund derer die Außenseiter auf diese Unwirksamkeit hätten vertrauen können. Eine solche hat das Bundesarbeitsgericht erst durch seine Beschlüsse vom 21.09.2016 geschaffen. Die bis zu diesem Zeitpunkt gegebenenfalls bestehende Erwartungshaltung hinsichtlich der Feststellung der Unwirksamkeit war hingegen zu unsicher, um eine Vertrauensgrundlage zu bilden.

Auch im Anschluss an die Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts konnte sich kein schutzwürdiges Vertrauen bilden. Zwischen der Verkündung der Beschlüsse und der ersten Lesung zum SokaSiG-E im Bundestag am 15.12.2016 lag nur ein Zeitraum von einigen Wochen. Die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe erfolgte sogar nur einige Tage vor der ersten Lesung im Bundestag. Angesichts dieser engen zeitlichen Abläufe bestand kein Raum für die Entstehung eines schutzwürdigen Vertrauens. Zudem wird man wegen der unklaren und verworrenen Rechtslage, die durch die Beschlüsse entstanden ist, nicht von einem schützenswerten Vertrauen ausgehen können.

#### III. Zusammenfassende Stellungnahme

Der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe ist angesichts der infolge der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entstandenen Rechtsunsicherheit zu begrüßen. Er sichert die Sozialkassenverfahren im Baugewerbe, die eine wichtige Grundlage für die Gewährung zusammenhängender Urlaubsansprüche, für die solidarische Finanzierung einer qualitativ hochwertigen Ausbildung und für die Absicherung der Beschäftigten im Alter sind. Mit dem Gesetzentwurf wird die nötige Stabilität und Kontinuität der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe gewährleistet, ohne das bewährte System, das auf dem Prinzip der Tarifautonomie und der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen beruht, grundsätzlich in Frage zu stellen. Der Entwurf beschränkt sich auf die Herstellung des Zustandes, der auch nach den unwirksamen Allgemeinverbindlichkeitserklärungen bestanden hätte. Er greift folglich nicht in geschützte Vertrauenspositionen ein. Vor diesem Hintergrund bestehen gegen den Gesetzentwurf auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)896

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631**Thomas Berger, Berlin**

### A. Zusammenfassende Stellungnahme:

1. Gesetzgeber ist im Rahmen seines Einschätzungsspielraums berechtigt, ein geeignetes Gesetz zu erlassen, um die SOKA Bau abzuschleifen. Eine Alternative, die weniger einschneidend die SOKA Bau absichert, ist nicht ersichtlich. Das Gesetz ist daher ebenfalls im Rahmen der – dem Gesetzgeber insoweit ebenfalls zustehenden – Einschätzungsprärogative auch erforderlich.
2. Die Rechtsprechung des BAG vom 21. September 2016 ist nachvollziehbar und mindestens gut vertretbar. Eine Weiterentwicklung von Recht ist Aufgabe der Rechtsprechung der Gerichte. Bei der Entscheidung handelt es sich nicht um unzulässige Rechtsfortbildung.
3. Ebensowenig überrascht, dass durch die Entscheidung Rechtsunsicherheiten aufgetreten sind. Inwieweit angesichts vielfältiger Einschränkungen von Rückgriffsansprüchen, auf die das BAG in den Entscheidungen teilweise bereits hingewiesen hat, eine Existenzgefährdung der SOKA Bau zu befürchten ist, ist umstritten. Eine existenzielle Gefährdung kann andererseits nicht ausgeschlossen werden. Sollte sie eintreten würde dies zu erheblichen Disruptionen eines funktionierenden, wenn auch entwicklungsfähigen Systems der sozialen und arbeitsrechtlichen Absicherung von Arbeitnehmern führen.
4. Alle Versuche, eine Grundrechts- oder Konventionswidrigkeit der SOKA Bau zu begründen, sind an den Fachgerichten, einschließlich der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, aber auch dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gescheitert. Auch die Entscheidungen vom 21. September 2016 haben die

Grundrechts-, Unions- und Konventionskonformität noch einmal ausdrücklich bestätigt.

5. Das SokaSiG verstößt unter Zugrundelegung der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen das Rückwirkungsverbot.
6. Das SokaSiG verstößt auch nicht gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes.
7. Gesetzgeberische Initiativen zur Verbesserung und Flankierung der Anliegen der SOKA Bau sind unter der Voraussetzung der Wahrung der Tarifautonomie möglich. Sie dürfen aber im Gesetzgebungsverfahren nicht zu einer Veränderung der Regelungen führen, auf die sich die AVE beziehen. Dies ergibt sich aus der Tarifautonomie und dem Verbot der Rückwirkung.
8. Das SOKA Bau System mag verbesserungswürdig sein. Indessen liegt die Gestaltungsverantwortung hierfür bei den Tarifpartnern. Es ist daher grundsätzlich nicht Aufgabe des Gesetzgebers in die sachnähere und grundgesetzlich geschützte Beurteilungskompetenz der Tarifpartner einzugreifen. Soweit – durchaus nachvollziehbare – Kritik in diesem Gesetzgebungsverfahren an die Parlamentarier herangetragen wurde, müssen die Kritiker auf den Weg des Eintritts und Engagements innerhalb der tarifschließenden Tarifverbände verwiesen werden, um ihre Veränderungsvorschläge durchzusetzen.

### B. Begründung:

1. Der Gesetzgeber ist im Rahmen seines Einschätzungsspielraums berechtigt, ein geeignetes Gesetz zu erlassen, um die SOKA Bau abzuschleifen. Eine Alternative, die weniger einschneidend die SOKA Bau absichert, ist nicht ersichtlich. Das Gesetz ist daher ebenfalls in der – dem



**Gesetzgeber insoweit ebenfalls zustehenden –  
Einschätzungsprärogative auch erforderlich.**

Das Einschreiten des Gesetzgebers durch das SOKA-SiG ist in der Abwägung der verschiedenen Alternativen staatlichen Einschreitens vorzugswürdig.

Grundsätzlich gibt es auch andere Instrumente, die dem Gesetzesvorhaben zugrundeliegenden Ziele zu erreichen. Neben dem Gesetz kann die Wirkung von tariflichen Normen grundsätzlich auch über die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 oder Abs. 1a TVG oder aber über eine Verordnung nach § 7 Abs. 1 AEntG herbeigeführt werden.

Bei der Bestimmung der Alternativen muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Schwere des Eingriffs von der Wahl des Instruments nicht beeinflusst wird. Die Sicherung der Tarifverträge wird normativ bewirkt, unabhängig davon, ob die Wirkung unmittelbar über Gesetz oder Verordnung oder aber gemäß § 4 Abs. 5 TVG über eine Allgemeinverbindlicherklärung herbeigeführt wird. Eine rückwirkende Allgemeinverbindlicherklärung wäre also nicht etwa ein „milderes Mittel“, das im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung zu bevorzugen wäre.

Ein zwingendes Einschreiten der Exekutive wegen der Anforderungen aus Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG ist nicht anzunehmen. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und der fehlende Typenzwang geben ihm die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, ob ein Gesetz das angemessene Instrument ist.

Umgekehrt sind die Anforderungen im Sinne des Demokratieprinzips aus Art. 20 GG an ein gesetzgeberisches Einschreiten mit einer so umfassenden Rückwirkung erhöht. Eine Rückwirkung, die der direkten demokratischen Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens unterliegt, ist gegenüber eines lediglich verwaltungsbehördlichen Akts vorzugswürdig.

Überdies muss berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber keinen Zugriff auf die Instrumente der Exekutive hat. Entscheidet sich die Verwaltung, die Möglichkeiten aus § 7 Abs. 1 AEntG und § 5 Abs. 1a TVG nicht zu nutzen, bleibt dem Gesetzgeber nur die Möglichkeit des Einschreitens in eigener Kompetenz.

**2. Die Rechtsprechung des BAG vom 21. September 2016 ist nachvollziehbar und mindestens gut vertretbar. Eine Weiterentwicklung von Recht ist Aufgabe der Rechtsprechung der Gerichte. Bei der Entscheidung handelt es sich nicht um unzulässige Rechtsfortbildung.**

Das Bundesarbeitsgericht hat mit zwei Beschlüssen vom 21.09.2016 die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aus den Jahren 2008 bis 2011 und 2014 gemäß § 98 Abs. 4 ArbGG festgestellt (BAG, Beschluss vom 21.09.2016 - 10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15). Gegen die Allgemeinverbindlicherklärung hatten sich vor allem nicht tarifgebundene Arbeitgeber gewendet. Die Beschlüsse haben zur Folge, dass für die Einziehung von Beiträgen zur SOKA Bau gegenüber solchen Arbeitgebern, die nicht Tarifparteien der jeweiligen Tarifverträge sind,

keine Rechtsgrundlage für die betroffenen Jahre besteht.

Das BAG begründet die Entscheidungen damit, dass es an der notwendigen Befassung des/der jeweiligen Bundesministers/in für Arbeit und Soziales bzw. zumindest des parlamentarischen Staatssekretärs als politischem Beamten gefehlt habe und die Allgemeinverbindlicherklärungen deshalb nicht ausreichend demokratisch legitimiert seien. Zudem habe das BMAS die Berechnungsgrundlage, ob das für die AVE nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG a.F. erforderliche 50%-Quorum erfüllt wurde, nicht richtig ermittelt. Anstatt die sogenannte „Große Zahl“ anhand der Anzahl aller Arbeitnehmer, die insgesamt in den räumlichen, fachlichen und betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen, zu ermitteln, stellte das BMAS auf die Zahl der tatsächlich von der AVE betroffenen Arbeitnehmer ab. Diese Zahl entstand jedoch dadurch, dass die Allgemeinverbindlicherklärung selbst durch eine sogenannte „große Einschränkungsklausel“ ihren betrieblichen Geltungsbereich beschränkte. Das widersprach nach Ansicht des BAG der von § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG a.F. vorgegebenen Zählweise.

Diese Rechtsprechung ist jedenfalls gut vertretbar. Angesichts der Reichweite des Eingriffs und der Bestimmung des öffentlichen Interesses ist das Ergebnis einer kurzen Legitimationskette überzeugend. Auch die Ausführungen zu der 50% Klausel sind mindestens gut vertretbar.

In seinen Entscheidungen beschäftigte sich das BAG auch mit möglichen finanziellen Folgen für die Sozialkassen und damit, dass die Gegner der SOKA Bau die Entscheidung zu einer Diskussion über ihren Nutzen heranziehen könnten. Für das BAG hatte aber der Rechtsschutz der nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber Priorität:

*„Diese unter Umständen auftretenden Nachteile für die gemeinsamen Einrichtungen können für sich genommen aber nicht die Verpflichtung von Arbeitgebern rechtfertigen, ohne wirksame Rechtsgrundlage einen Eingriff in ihre Handlungsfreiheit hinzunehmen und Beiträge leisten zu müssen.“* (BAG – 10 ABR 33/15, Rn. 181)

Insoweit kam für das Bundesarbeitsgericht nachvollziehbar auch kein Unwirksamkeitsverdict ex-nunc, also nur mit Wirkung für die Zukunft in Betracht.

Das BAG hat gleichzeitig aber auch die Vereinbarkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen mit Grund- und Menschenrechten sowie mit dem Unionsrecht festgestellt und dabei auf die Urteile des EGMR und seine eigene ständige Rechtsprechung verwiesen (BAG – 10 ABR 33/15, Rn. 94 ff.).

**3. Ebensowenig überrascht, dass durch die Entscheidung Rechtsunsicherheiten aufgetreten sind. Inwieweit angesichts vielfältiger Einschränkungen von Rückgriffsansprüchen, auf die das BAG in den Entscheidungen teilweise bereits hingewiesen hat, eine Existenzgefährdung der SOKA Bau zu befürchten ist, ist umstritten. Eine existenzielle Gefährdung kann andererseits nicht ausgeschlossen werden. Sollte**

**sie eintreten würde dies zu erheblichen Disruptionen eines funktionierenden, wenn auch entwicklungsfähigen, gegebenenfalls auch entwicklungsbedürftigen, Systems der sozialen und arbeitsrechtlichen Absicherung von Arbeitnehmern und von gleichen Wettbewerbsbedingungen führen.**

Das Bundesarbeitsgericht hat die Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 98 Abs. 4 ArbGG für unwirksam erklärt. Die allgemeinverbindlichen Tarifverträge können nicht mehr Rechtsgrundlage für die Einziehung von Beiträgen sein. Infolge der Entscheidungen ist zunächst zu erwarten, dass nicht-tarifgebundene Arbeitgeber (weiterhin) gegen die Sozialkassen vorgehen, um gezahlte Beiträge aus den betroffenen Jahren zurückzuverlangen. Hinsichtlich der konkreten Rückforderungsansprüche kommen viele Begrenzungen in Betracht:

Für tarifgebundene Arbeitgeber und diejenigen nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber, die bereits vor 2008 unter die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung fielen, scheiden Rückforderungsansprüche aus. Selbst bei den übrigen Arbeitgebern müssten zahlreiche Abzüge vorgenommen werden. Das BAG hat darauf hingewiesen, dass Restitutionsklagen bezüglich rechtskräftig abgeschlossener Verfahren aus den betroffenen Jahren ausscheiden (BAG - 10 ABR 33/15, Rn. 181).

Die BAG-Entscheidungen haben – neben der noch offenen und am 25.01.2017 zu entscheidenden Frage der Jahre 2012 und 2013 – lediglich die Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen für die Jahre 2008 bis 2011 und 2014 festgestellt. Da seit dem Jahr 2015 die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit auf der Grundlage von § 5 Abs. 1a TVG stattfindet, haben die BAG-Entscheidungen für die Beitragspflicht des laufenden Jahres keine Auswirkung.

Bezüglich der Allgemeinverbindlicherklärung des BMAS vom 24.02.2006 wurde die Rechtsbeschwerde an das Bundesarbeitsgericht zurückgenommen, sodass der angegriffene Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg, der die Wirksamkeit der AVE feststellte, rechtskräftig ist (Pressemitteilung des BAG vom 21.12.2016, Mitteilung zum Verfahren - 10 ABR 52/15 - (Wirksamkeit der AVE VTV 2006) - Rücknahme der Rechtsbeschwerden).

Diese letzte wirksame Allgemeinverbindlicherklärung aus dem Jahr 2006 wirkt gemäß § 4 Abs. 5 TVG nach (so auch Düwell, jurisPR-ArbR 2/2017 Anm. 1; Emmert, DB 2016, 2669).

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG wirkt die Weitergeltung der Tarifnormen über § 4 Abs. 5 TVG nur für solche Arbeitsverhältnisse, die bereits vor Ablauf des Tarifvertrags bestanden haben (st. Rspr. BAG, Urteil vom 22. 7. 1998 - 4 AZR 403/97; ErfK/Franzen, zu § 4 TVG, Rn. 53; aA. hM Literatur).

Auf die Beitragspflicht zur SOKA Bau überträgt sich das insofern, dass Arbeitgeber, die erst nach Ablauf der alten Allgemeinverbindlicherklärung ihre Tätigkeit im Baugewerbe aufgenommen haben, von der Wirkung der Tarifregelungen nicht betroffen sein können. Die Nachwirkung einer älteren Allgemein-

verbindlicherklärung wirkt sich also so aus, dass Arbeitgeber, die schon vor 2008 von einer AVE im Baugewerbe betroffen waren, weiterhin an die davor wirksame Version gebunden sind und eine Befreiung von der Beitragspflicht jedenfalls nur in dem Maße denkbar ist, dass sich die Beiträge seitdem (prozentual) erhöht haben.

Ob Tarifregelungen über Gemeinsame Einrichtungen iSd § 4 Abs. 2 TVG nachwirken können, ist zwar noch nicht höchstrichterlich geklärt, wird aber richtigerweise weit überwiegend bejaht. Dafür spricht bereits die Systematik des § 4 TVG, der in seinem Absatz 5 keine Ausnahme für § 4 Abs. 2 vorsieht (Beppler in Däubler, TVG, zu § 4, Rn. 953 ff. m.w.N.). Auch Sinn und Zweck der Nachwirkung sprechen für die Anwendung, da die Nachwirkung gerade einen regelungslosen Zustand vermeiden will.

Die Wirkung von § 4 Abs. 2 TVG ist eine weitergehende als die in Absatz 1 der Vorschrift, denn sie regelt nicht allein das Rechtsverhältnis zwischen tarifgebundenen Parteien, sondern das Rechtsverhältnis einer Gemeinsamen Einrichtung zu den tarifgebundenen Parteien sowie die Satzung der Einrichtung selbst.

Ob lediglich die Tarifparteien darüber verfügen können (Däubler/Beppler, § 4 TVG, Rn. 954; Wiedemann/Wank, § 4 TVG, Rn. 349) oder aber bereits eine Regelung der Arbeitsvertragsparteien oder Betriebspartner ausreicht, um im Sinne des § 4 Abs. 5 2. Hs. TVG mit einer "anderen Abmachung" die Nachwirkung abzulösen, ist daher unstritten, kann aber dahinstehen, da bezüglich der Nachwirkung von Allgemeinverbindlicherklärungen die Besonderheit besteht, dass diese ohnehin so lange andauert, bis eine neue AVE sie ablöst (allg. Ansicht: BAG, Urteil vom 13.11.2013 - 10 AZR 1058/12; Däubler/Laikies, TVG, § 5, Rn. 220, m.w.N.).

Die entrichteten Beiträge auch bei den nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern, die erst nach 2008 tätig werden, müssen mit Erstattungsleistungen der Sozialkassen saldiert werden, sodass regelmäßig nur Differenzbeträge eingeklagt werden könnten (dazu ausführlich Emmert, DB 2016, 2669). Ein direkter Rückgriff der Arbeitgeber auf Leistungen, die er den Arbeitnehmern gewährt hat, erscheint im laufenden Arbeitsverhältnis unwahrscheinlich, zudem besteht in der allgemeinverbindlichen Norm des § 14 BRTV eine kurze Ausschlussfrist (Emmert, DB 2016, 2669).

Als weitere Einschränkung für Rückerstattungsansprüche der Unternehmen kommt ein Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB in Betracht. Die Sozialkassen dürften einen großen Teil der Beiträge bereits für die entsprechenden Leistungen verbraucht haben (so auch RA Hennig, SOKA-Tarifvertrag unwirksam – Wie geht es weiter? <http://www.soka-rechtsanwalt.de/soka-tarifvertrag-unwirksam-wie-geht-es-weiter>, Abruf am 18.01.2017). Eine mögliche Zweckbindung der jeweiligen Beiträge könnte einer Rückforderung ebenfalls im Weg stehen.

Angesichts der dauerhaft und über Jahre hinweg hohen Zahl an (bis zum 21.09.2016 erfolglosen) Verfahren gegen die SOKA Bau ist ein Vertrauen der SOKA

Bau in die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärungen des BMAS durchaus naheliegend, auch weil die Beteiligten an der SOKA Bau selbst die Fehler, die zur Unwirksamkeit führten, nicht begangen haben. Jedenfalls Beiträge, die nach dem 21.09.2016 für die betroffenen Zeiträume eingezogen wurden, dürften aber nicht unter den Schutz von § 818 Abs. 3 BGB fallen.

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass die Sozialkassen möglicherweise nicht in der Lage sind, die Beiträge zurückzuerstatten und der Bestand des Sozialkassenverfahrens insgesamt gefährdet ist. Dass trotz zahlreicher Einschränkungen von Rückerstattungsansprüchen und möglicherweise auch einer rechtlichen Verpflichtung zur Bildung von Rücklagen tatsächlich eine Zahlungsunfähigkeit der Sozialkassen eintreten kann (vgl. Gemeinsame Stellungnahme der Sozialpartner, 14.12.2016), kann nicht ausgeschlossen werden.

**4. Alle Versuche, eine Grundrechts- oder Konventionswidrigkeit der SOKA Bau zu begründen, sind an den Fachgerichten, einschließlich der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gescheitert. Auch die Entscheidungen vom 21. September 2016 haben die Grundrechts-, Unions- und Konventionskonformität noch einmal ausdrücklich bestätigt.**

Ein Verstoß gegen die Grundrechte der nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber aus Artikel 9 Abs. 3, Artikel 14, Artikel 12 und Artikel 3 GG sowie gegen die entsprechenden Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und der EU-Grundrechtecharta liegt nicht vor.

Die rückwirkende Beitragspflicht verletzt nicht das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit von nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern.

Die negative Koalitionsfreiheit schützt die Freiheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, einer Koalition nicht beizutreten. So wie die Allgemeinverbindlicherklärung keinen Zwang ausübt, sich einer Koalition anzuschließen (BVerfG, Urteil vom 24.05.1977 – 2 BvL 11/74; Beschluss vom 15. Juli 1980 – BVerfGE 5, 7, 22; Kammerbeschluss vom 10.09.1991 – 1 BvR 561/89), so wenig kann dies für das Gesetz gelten, das die Allgemeinverbindlicherklärung lediglich ersetzt.

Das Bundesverfassungsgericht führt in Bezug auf die Allgemeinverbindlicherklärungen aus:

*„Daß ein gewisser Beitrittsdruck entsteht, liegt auf der Hand. Er ist aber nicht so gewichtig, daß er als Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit angesehen werden könnte.“* (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.09.1991 – 1 BvR 561/89)

Auch der EGMR stellte eine Verletzung der Vereinigungsfreiheit aus Artikel 11 EMRK nicht fest (EGMR, Urteil vom 02.06.2016 – 23646/09 Geotech Kancev GmbH/Deutschland, NZA 2016, 1519). Obwohl die Beschwerdeführerin in dem Verfahren eine Arbeitgeberin war, der es rechtlich nicht möglich war, Mitglied in einem der tarifschließenden Verbände zu werden, konnte sie aufgrund des Solidaritätsprinzips

zur Beitragszahlung verpflichtet werden. Die Beiträge zur Sozialkasse sah das Gericht überdies gerade nicht als Mitgliedsbeiträge an, sondern als solche, die von den Kassen verwendet werden mussten, so dass eine Zwangsmitgliedschaft nicht angenommen werden konnte.

Ein Verstoß der Beitragspflicht gegen die Eigentumsgarantie aus Artikel 14 GG ist dabei bereits deswegen abzulehnen, dass dem Vermögen als solchem kein verfassungsrechtlicher Schutz zukommt (BAG, Urteil vom 15. November 1995 – 10 AZR 150/95).

Die Eigentumsgarantie aus Artikel 1 des Zusatzprotokolls der EMRK wird vom EGMR abweichend von der Rechtsprechung der Bundesgerichte auch auf die Beitragspflicht zu Sozialversicherungen angewandt (EGMR, Entscheidung, Vom 25.5.2004 – 51224/99 Fratrik/Slowakei). In der erwähnten Entscheidung des EGMR aus dem Jahre 2016 stellte das Gericht demzufolge einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Eigentums dar, dieser konnte jedoch rechtfertigt werden, da die soziale Absicherung von Arbeitnehmern ein rechtmäßiges Ziel im Einklang mit dem Allgemeininteresse sei und die Arbeitgeber schließlich auch selbst Rückerstattungsansprüche von den Sozialkassen erhielten.

Zusammenfassend stellte der EGMR fest:

*„Der Eingriff war zum verfolgten berechtigten Ziel verhältnismäßig, weil er zwischen dem Interesse an der sozialen Absicherung aller Arbeitnehmer im Baugewerbe einerseits und dem Recht der Bf. auf Achtung ihres Eigentums andererseits einen gerechten Ausgleich hergestellt hat. Die deutschen Behörden und Gerichte haben den ihnen in der Sozial- und Wirtschaftspolitik zustehenden weiten Ermessensspielraum nicht überschritten.“* (EGMR, Entscheidung vom 02.06.2016 – 23646/09 Geotech Kancev GmbH/Deutschland, NZA 2016, 1519)

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Artikel 3 Abs. 1 GG liegt nicht vor, da es keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern gibt.

Der EGMR führt bezüglich einer möglichen Schlechterstellung aus:

*„Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Mitglieder der Vereinigungen, welche die Sozialkasse gegründet haben, weder geringere Beiträge zahlten noch sonst bessergestellt wurden als die Nichtmitglieder. Die Mitglieder dieser Vereinigungen hatten auch keine direkte Kontrolle über die Verwendung der an die Sozialkassen gezahlten Beiträge, sondern konnten ihren Einfluss nur über diese Vereinigungen geltend machen. Darüber hinaus erhielten alle Unternehmen, die Beiträge an die Sozialkassen zahlten, umfassende Informationen über ihre Rechte und Pflichten sowie jährliche Berichte mit Informationen über die Verwendung der Beiträge unabhängig davon, ob sie einer Arbeitgebervereinigung angehörten. Nichtmitglieder von Arbeitgebervereinigungen waren daher bei Transparenz und Rechenschaftspflicht nicht schlechter gestellt als Mitglieder.“* (EGMR, Urteil vom 02.06.2016 – 23646/09 Geotech Kancev GmbH/Deutschland, NZA 2016, 1519)

Auch ein Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 GG, weil lediglich Arbeitgeber aus dem Baugewerbe von der Beitragspflicht zur SOKA Bau betroffen sind, ist abzulehnen:

*„Diese Beschränkung des Geltungsbereichs hat einen ausreichenden sachlichen Grund darin, dass in den von den Regelungen erfassten Berufszweigen hinsichtlich der Fluktuation der Arbeitnehmer besondere Verhältnisse gegeben sind.“* (LAG B-B, Beschluss vom 21.07.2016, aaO)

Genauso wird eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Artikel 12 GG vom Bundesverfassungsgericht abgelehnt:

*„Das Bundesverfassungsgericht hat grundsätzlich eine Betroffenheit von Arbeitgebern in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG durch Auferlegung von Zahlungsverpflichtungen zu Sozialkassen verneint. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, inwiefern sich Beiträge, die alle Unternehmer im wesentlichen gleichmäßig treffen, prohibitiv auf die Entscheidung für die Tätigkeit in einer bestimmten Branche auswirken können.“* (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.09.1991 – 1 BvR 561/89)

Konkreter beschreibt das LAG Berlin-Brandenburg in der jüngsten Entscheidung die Vorteile, die die Sozialkassen für die Berufsausübung der Arbeitgeber insbesondere durch das Umlagesystem bringen können:

*„Durch die Heranziehung aller Arbeitgeber [wird] verhindert, dass die wirtschaftliche Belastung nur von dem Arbeitgeber getragen werden muss, bei dem der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Anspruchserfüllung gerade beschäftigt ist. Diese Wirkung liegt im Interesse der Arbeitgeber, da Wettbewerbsnachteile durch die zufällige Inanspruchnahme einzelner Arbeitgeber vermieden werden.“* (LAG B-B, Beschluss vom 21.07.2016, aaO)

Zusammenfassend:

*„Durch die Beitragspflicht wird den branchenbedingten Besonderheiten des Baugewerbes Rechnung getragen, die es im öffentlichen Interesse gebieten, die Abwicklung von Teilansprüchen der Arbeitnehmer den Sozialkassen zu übertragen und dadurch Wettbewerbsverzerrungen und Schmutzkonzurrenz im Baugewerbe zu vermeiden. Der Unternehmer, der eine Tätigkeit im Baugewerbe ausüben will, muß daher von vornherein mit dieser branchenspezifischen Besonderheit rechnen. Dies beeinträchtigt die Freiheit seiner Berufswahl daher nicht unzulässig.“* (BAG, Urteil vom 15.11.1995 – 10 AZR 150/95, Rn. 34)

##### **5. Das SokaSiG verstößt unter Zugrundelegung der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen das Rückwirkungsverbot.**

Zieht man bei der Beurteilung des SokaSiG die jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts heran, ist die Rückwirkung zulässig.

Dies ergibt sich aus zwei Entscheidungen (BVerfG, Beschluss vom 02.05.2012, 2 BvL 5/10; Beschluss vom 21.07.2010, 1 BvR 2530/05), die durch eine Entscheidung des Ersten Senats (BVerfG, Beschluss vom

17.12.2013, 1 BvL 5/089) ausdrücklich bestätigt wurden. Unter Anwendung der Wertungen ergibt sich für die Beurteilung des SokaSiG Folgendes:

Es handelt sich um ein Gesetz mit echter Rückwirkung.

Das SokaSiG soll rückwirkend ab dem 01.01.2006 für den Zeitraum wirken, für den die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen erkannt wurde. Das Gesetz regelt einen Sachverhalt, der in der Vergangenheit liegt und abgeschlossen ist. Eine Wirkung für zukünftige Fälle ist nicht vorgesehen, schon, weil § 5 Abs. 1a TVG durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz geändert wurde.

Bezüglich der Rückwirkung von Gesetzen wird zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden. Während bei der unechten Rückwirkung lediglich in der Vergangenheit liegende Sachverhalte bewertet werden und die Rechtsfolgen für die Zukunft gesetzt werden, wird bei der echten Rückwirkung ein in der Vergangenheit liegender Sachverhalt mit bereits ausgelösten Rechtsfolgen neu bewertet.

##### a. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur echten Rückwirkung

Die im Rechtsstaatsprinzip und in den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes stehen einer Rückwirkung grundsätzlich entgegen. Zudem ist die demokratische Verantwortung des Parlaments auf die Gegenwart und auf die Zukunft gerichtet, der historische Legitimitätszusammenhang ist bei rückwirkenden Gesetzen problematisch (BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 5/08).

In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht enge Grenzen für die sogenannte echte Rückwirkung von Gesetzen gesetzt. Ausnahmen sind nur dann möglich, wenn sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage nicht schutzwürdig war.

Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht typisierende Fallgruppen gebildet. Ein Fehlen der Schutzwürdigkeit liegt vor, wenn die Betroffenen nicht auf den Fortbestand der Rechtslage vertrauen durften und mit einer Änderung der geltenden Rechtslage rechnen mussten. Das kann angenommen werden, wenn, die Rechtslage unklar und verworren war und mit einer Klärung zu rechnen war, das bisherige Recht systemwidrig und unbillig war, sodass Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bestand oder überragende Gründe des Gemeinwohls vorlagen, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, und eine rückwirkende Beseitigung erfordern (st. Rspr., zuletzt BVerfG, 17.12.2013, 1 BvL 5/08, Rn. 65).

##### b. Fehlender Vertrauensschutz auf den Fortbestand der Rechtslage

Der Rückwirkung des Gesetzes steht nicht entgegen, dass nicht tarifgebundene Arbeitgeber möglicherweise darauf vertraut haben, eine Beitragspflicht würde nicht bestehen.

Einzelne Arbeitgeber, die von der Beitragspflicht betroffen waren, wenden ein, dass für sie die Nicht-

Einhaltung des 50%-Quorums gerade keine überraschende Feststellung war. Die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber hatten sich gerade gegen die Beiträge zur Sozialkasse gewehrt und ihre Einbeziehung gerichtlich überprüfen lassen. Insbesondere denjenigen Arbeitgebern, die sich gegen die AVE wehrten, kann ein Vertrauen auf ihre Pflicht zur Beitragsentrichtung nicht einfach unterstellt werden. Dennoch ist ihr Vertrauen nicht schutzwürdig, sie mussten damit rechnen, dass selbst bei einem Erfolg vor dem BAG ein korrigierender Eingriff des Gesetzgebers erfolgen würde.

In Entscheidungen aus den Jahren 2010 und 2012 führte diese Situation dazu, dass eine – auch auf mehrere Jahre bezogene – Rückwirkung als mit dem Vertrauensschutz vereinbar gesehen wurde (BVerfG, Beschluss vom 02.05.2012, 2 BvL 5/10; Beschluss vom 21.07.2010, 1 BvR 2530/05).

Das Bundesverfassungsgericht entschied im Jahr 2010 einen mit der vorliegenden Konstellation vergleichbaren Fall zu einer Vorschrift im Fremdrentengesetz. Der Gesetzgeber durfte ein Gesetz erlassen, das bis zu 8 Jahre in die Vergangenheit rückwirkte und außerdem die Rechtsprechung eines obersten Bundesgerichts bezüglich der Auslegung einer Norm nachträglich „korrigierte“.

Der Gesetzgeber hatte Anfang der 90er-Jahre einen Abschlag und später eine Obergrenze von 25 Rentenpunkten in § 22b Abs. 1 Fremdrentengesetz auf Rentenansprüche, die im Ausland erworben wurden, eingeführt. Das Bundessozialgericht entschied 2001, dass diese Obergrenze nicht gelte, wenn ein Begünstigter neben eigenen Rentenansprüchen auch solche aus abgeleitetem Recht, hier aus einer Hinterbliebenenrente, erworben habe. Die Rentenversicherungsträger und unteren Sozialgerichte hatten die Regelung in § 22b vorher so ausgelegt, dass dies eine Obergrenze für eigene und fremde, im Ausland erworbene Rentenpunkte sei. Auch nach dem Urteil des BSG hielten die Versicherungsträger an dieser Rechtspraxis fest. Der Gesetzgeber führte im Jahr 2004 eine Neufassung des § 22b ein, in welchem mit Wirkung zum 07.05.1996 eine Begrenzung von 25 Rentenpunkten ausdrücklich für eigene und fremde Ansprüche festgesetzt wurde.

Das Verfassungsgericht verneinte ein schutzwürdiges Vertrauen auf die entsprechende Auslegung der Norm der Rentenberechtigten, die sich auf das Urteil des Bundessozialgerichts berief. Dies begründete es damit, dass bis zum Ausspruch des „überraschenden“ Urteils nach übereinstimmender Rechtsauffassung niemand von dieser Auslegung ausging:

*„Bis zum Zeitpunkt der Entscheidung [...] konnte [die Rechtslage] keine geeignete Grundlage für die Bildung von Vertrauen bilden [...], weil damals nach übereinstimmender Rechtsauffassung niemand von einem solchen Regelungsgehalt der Norm ausging“* (BVerfG, Urteil vom 21.07.2010, 1 BvR 2530/05, Rn. 86).

Der Entscheidung aus dem Jahr 2012 lag der Sachverhalt zugrunde, dass auch dort Verwaltungspraxis und Rechtsprechung bei der Anrechnung von Ruhegehaltssätzen bei Beamten nach § 14a BeamtVG a.F. eine für den Begünstigten nachteilige Berechnung

vornahmen, das Bundesverwaltungsgericht am 23.06.2005 aber gegenteilig entschieden hatte. Der Gesetzgeber wiederum regelte die nachteilige Berechnung im Jahr 2009 gesetzlich mit Wirkung ab dem 24.06.2005.

Das Verfassungsgericht lehnte auch hier ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine Anrechnung, die der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entsprach, ab. Neben einer unveränderten Verwaltungspraxis führte es als Anhaltspunkt dazu aus, dass mehrere Gesetzesinitiativen auf Bundes- und Landesebene gestartet wurden, um diese Verwaltungspraxis gesetzlich abzusichern (BVerfG, Urteil vom 02.05.2012 – 2 BvL 5/10).

Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt durchaus grundlegende Erwägungen zur Gewaltenteilung zwischen Judikative und Exekutive als Grenze der Rückwirkung angestellt und den legislativen Rückgriff zur Klärung vermeintlich offener Rechtsfragen beschränkt (BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 5/08). Der Erste Senat schränkte damit die Möglichkeit, eine vom aktuellen Gesetzgeber als unbefriedigend angesehene Tendenz in der Rechtsprechung durch echte Rückwirkung zu korrigieren, ein.

Die Entscheidung des Ersten Senats legitimiert aber ausdrücklich die herangezogenen Entscheidungen aus den Jahren 2010 und 2012 unter Hinweis auf die dort bestehende Sondersituation des Gesetzgebers, die wie folgt beschrieben wird.

*„Hier bezieht sich die Entscheidung mithin auf eine besondere Situation, der sich der Gesetzgeber angesichts einer kurzfristigen Änderung der höchststrichlichen Rechtsprechung zu der bis dahin gefestigten Rechtspraxis gegenüber sah“* (BVerfG, 1 BvL 5/08, Rn. 81 a.E.).

Übertragen auf das SokaSiG waren die Kläger, die sich gegen die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen wandten, zwar im Recht, da es jedoch jahrzehntelange Rechtspraxis des BAG, des Verfassungsgerichts und sogar des EGMR war, die Allgemeinverbindlicherklärungen für rechtswirksam zu halten, mindert dies das schutzwürdige Vertrauen in ein Fehlen der Beitragspflicht.

Es spricht dementsprechend wenig dafür, dass die Arbeitgeber ein Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage der Jahre 2008 bis jedenfalls 2015, in welchen eine Beitragspflicht der nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber nicht bestand, entwickeln durften. Der Zeitraum, in dem jedenfalls gar kein Vertrauen auf die Beitragspflicht für diese Jahre bestand, liegt mit der kurzen Zeit zwischen den Urteilen des 21.09.2016 (und möglicherweise späteren Urteilen) und der evtl. bevorstehenden Verabschiedung des SokaSiG in einem Zeitraum nach dem Entstehen der Beitragspflicht (und überwiegend auch nach dem Entrichten der Beiträge).

Tatsächlich ergaben sich für die Arbeitgeber zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass auch mit einer Entscheidung des BAG zur Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung, eine dauerhafte Beitragsbefreiung von der SOKA Bau nicht eintreten werde.

Parallel zur Linie des Verfassungsgerichts muss auf die zahlreichen Anhaltspunkte abgestellt werden,

die den Vertrauensschutz auf das Nicht-Bestehen der Beitragsverpflichtung im Zeitraum zwischen 2008 und 2015 erschüttern. Der Fortbestand der Tarifverträge über andauernde Allgemeinverbindlicherklärungen und die Erklärung der Unwirksamkeit am 21.09.2016 lassen bereits darauf schließen, dass über eine nachträgliche Regelung die Beitragspflicht wiederhergestellt würde. Es gab in der Tat bereits in der Vergangenheit Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber (im Zweifel rückwirkend) einschreiten werde und die Einrichtung der SOKA Bau legislativ absichern könne.

Durch die fortlaufende Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit durch das Bundesministerium nach jeweiligen Anträgen der Tarifparteien haben sowohl die Exekutive als auch die Koalitionen deutlich gemacht, dass auch eine fortlaufende Geltung der Tarifregelungen über die SOKA Bau herbeigeführt werden soll. Die durch das Gesetz festgesetzten tariflichen Regelungen sind auch keineswegs überraschend, sondern fingieren die Regelungen, von der alle Beteiligten in der Zeit bis zum 21.09.2016 ausgehen konnten und durften. Hätte der Gesetzgeber dies nicht unterstützen wollen, hätte er durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz und die Einführung von § 5 Abs. 1a TVG die Institution der Gemeinsamen Einrichtungen nicht zusätzlich gestärkt. Auch daraus konnten nicht-tarifgebundene Arbeitgeber schließen, dass mit einer nachträglichen Sicherung der SOKA Bau durch den Gesetzgeber gerechnet werden konnte.

Demnach konnten nicht tarifgebundene Arbeitgeber aufgrund ihrer jahrzehntelangen Einbeziehung in das Sozialkassenverfahren kein schutzwürdiges Vertrauen darauf haben, nichts zur Sozialkasse beitragen zu müssen. Die nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber mussten über Jahre hinweg davon ausgehen, zur Sozialkasse beitragen zu müssen und dafür gegebenenfalls Rücklagen bilden. Die abweichende Rechtsansicht setzte sich erst im Urteil vom 21.09.2016 durch.

Neben den klagenden nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern waren und sind zahlreiche tarifgebundene und nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf die Regelungen und Leistungen der SOKA Bau angewiesen und haben von ihnen profitiert. Auch dieses – gegenläufige - Vertrauen auf den Fortbestand der Sozialkassen ist zu berücksichtigen, wenn die Reichweite des Vertrauensschutzes der nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber bestimmt werden soll. Auch mussten die Kläger davon ausgehen, dass die SOKA Bau auf die Beiträge auch nicht-tarifgebundener Arbeitgeber angewiesen sind, um insbesondere das System der arbeitgeberübergreifenden Urlaubskasse überhaupt praktizieren zu können.

Da die Erklärung der Unwirksamkeit auch ausdrücklich (s.o.) nicht wegen eines Verstoßes gegen Grund- oder Menschenrechte der klagenden nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber erfolgte, sondern aus formalen Gründen, kann dies als Anhaltspunkt dafür dienen, dass der Vertrauensschutz nicht in gleichem Maße schutzwürdig ist, wie wenn eine genuine Verletzung von (bspw.) Art. 9 Abs. 3 GG stattgefunden hätte.

c. Begründung der echten Rückwirkung mit zwingenden Gründen des gemeinen Wohls

Die Rückwirkung ist auch deshalb rechtmäßig, weil der Abwendung der Gefahr des Zusammenbruchs der SOKA Bau zwingende Gründe des gemeinen Wohls zugrunde liegen, die in der Abwägung dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Vertrauen auf einen Fortbestand der Rechtslage vorgehen.

Zwingende Gründe des gemeinen Wohls sind im vorliegenden Fall die Abwendung der Gefahr des Zusammenbruchs der sozialen Einrichtungen in der Baubranche und die damit verbundenen Nachteile der Gesellschaft. Die Beseitigung der Gefahr der Nichtfortführung der überbetrieblichen Ausbildungszentren und der Berufsausbildung der Auszubildenden, etwaiger Störungen der Urlaubsnahme mit Auswirkungen auf die Gesundheit der Beschäftigten und die Infragestellung des Betriebsrentensystems der SOKA sowie ein etwaiges Ende der Überwachungstätigkeit im Zusammenhang mit Schwarzarbeit und Einhaltung gleicher Wettbewerbsbedingungen sind wichtige Gemeinwohlinteressen.

Dem Gemeinwohlerfordernis steht nicht etwa entgegen, dass nur ein – wenn auch nicht unerheblicher – Teil der Bevölkerung betroffen wäre. Gemeinwohl setzt nicht eine Allbetroffenheit voraus. Diese Wertung wird auch durch Ausführungen in der Entscheidung zum Verbot von Leiharbeit im Baugewerbe, in dem das BVerfG ebenfalls auf die Besonderheiten des Baugewerbes und die Sicherung der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Situation der Beschäftigten abhob, gestützt:

*„Die Wiederherstellung der gestörten Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt des Baugewerbes mit dem Ziel der Sicherung eines geordneten Arbeitsmarktes und einer stabilen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Situation abhängig Beschäftigter ist ein hervorragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Ein Gemeinwohlbelang von ebenfalls hoher Bedeutung ist die Sicherung der finanziellen Stabilität der Träger der Sozialversicherungen [...]. Darüber hinaus durfte der Gesetzgeber das Interesse an der Stärkung der Effektivität tarifvertraglicher Normsetzung berücksichtigen.“* (BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82)

Um ähnliche Belange wie in dem angeführten Beschluss geht es schließlich beim SokaSiG. Neben der Stärkung tarifvertraglicher Normen soll die sozialrechtliche Situation der Beschäftigten aktuell und in die Zukunft gerichtet abgesichert werden.

Schwerer als die unmittelbaren Folgen wiegt zudem der Vertrauensverlust in die Exekutive und die Tarifvertragsparteien, die im Fall eines Zusammenbruchs der SOKA Bau befürchtet werden muss. In der Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Hinblick auf die Rückwirkung ist auch der Schutz derjenigen einzubeziehen, die auf die Weiterexistenz der SOKA Bau angewiesen sind und darauf vertrauen. Unterließe der Gesetzgeber den möglichen Rettungsversuch, würde das Ansehen staatlicher Einrichtungen und der Tarifpartner empfindlich beschädigt werden. Niemand kann ernsthaft erwarten, dass der Gesetzgeber einem solchen Szenario taten-

los zusieht. Der Schutz der ausgeübten - auch gegenwärtigen - Tarifautonomie begründet ein zwingendes Gemeinwohlinteresse, gegenüber dem eine etwaiges Vertrauen in den Fortbestand des Rechts zurücktreten muss.

Dafür spricht auch hier, dass bei der Entscheidung, ob ein zwingender Grund des gemeinen Wohls vorliegt, auch in Betracht gezogen werden muss, dass die möglichen nachteiligen Auswirkungen auf die soziale Situation der Beschäftigten und Rentner nicht etwa dadurch entstanden sind, dass die Praxis der SOKA Bau selbst (grund-)rechtswidrig war, sondern dass im staatlichen Handeln formelle Fehler gemacht wurden, auf welche die SOKA Bau, die Arbeitgeber und die Beschäftigten selbst gar keinen Einfluss hatten.

#### d. Verworrene Rechtslage

Die Fallgruppe einer nachträglichen Regelung einer verworrenen Rechtslage ist nicht einschlägig. Die Auslegungsfähigkeit von Normen und der Streit hierüber begründet keine verworrene Rechtslage. Eine verworrene Rechtslage ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erst gegeben, wenn auch unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik und Normzweck völlig unverständlich ist, welche Bedeutung die fragliche Norm haben soll (BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013 - 1 BvL 5/08).

#### 6. Das SokaSiG verstößt auch nicht gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes.

Ein Verstoß gegen das Verbot des Einzelfallgesetzes in Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG liegt nicht vor. Zwar regelt das SokaSiG durchaus nur eine konkret bestimmbare Zahl von Fällen, das gesetzgeberische Einschreiten ist aber sachlich rechtfertigt.

Artikel 19 Abs. 1 GG verlangt, dass Gesetze allgemein und nicht für einen Einzelfall gelten. Das Verbot sichert den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz ab, indem es dem Gesetzgeber verbietet, aus einer Reihe gleichartiger Sachverhalte willkürlich einen Fall herauszugreifen.

Beim SokaSiG handelt es sich um die Korrektur von unwirksamen Allgemeinverbindlicherklärungen, die (nur) die SOKA Bau und die Tarifverträge aus dem Baugewerbe betreffen. Dennoch handelt es sich unter Zugrundelegung der Wertung aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht um eine gegen Art. 19 GG verstoßende Einzelfallregelung.

Auch die Tatsache, dass das SokaSiG einen Sachverhalt der Vergangenheit regelt und lediglich für eine begrenzte – und bereits jetzt zu ermittelnde - Zahl von Fällen Anwendung finden kann, steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

Das Bundesverfassungsgericht hat einen Verstoß in der gut vergleichbaren Entscheidung zum Therapieunterbringungsgesetz abgelehnt, in welchem eine rückwirkende, generalpräventive Therapieunterbringung von verurteilten Straftätern, die unter eine vom EGMR für menschenrechtswidrig erklärte Form der Sicherungsverwahrung fielen, geregelt wurde. Da in diesem Fall bereits eine Neufassung der Sicherungsverwahrung durch den Gesetzgeber vorgenommen wurde, fielen unter dieses Gesetz nur wenige, klar

bestimmbare Personen. Trotzdem ließ das Bundesverfassungsgericht einen sachlichen Grund für die Regelung eines singulären Sachverhaltes ausreichen:

*„Ohne die am Normzweck orientierte Begrenzung des Verbotsausspruchs, derzufolge bei entsprechender sachlicher Rechtfertigung auch die Regelung eines singulären Sachverhalts zulässig ist, geriete Art. 19 I 1 GG in ein Spannungsverhältnis zu anderen Grundsätzen der Verfassung. Das gilt namentlich mit Blick auf den aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 I und II GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes in Form des Parlamentsvorbehalts. Dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, ist Sache des Gesetzgebers. So kann vermieden werden, dass die Staatsgewalt auch in Konstellationen zur Untätigkeit gezwungen wäre, in denen ein (zwingendes) Regelungsbedürfnis für den singulären Sachverhalt besteht.“* (BVerfG Beschluss vom 11.07.2013 – 2 BvR 2302/11, Rn. 129)

Das Bundesverfassungsgericht hat außerdem dem Gesetzgeber in einer bereits erwähnten Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen einen Spielraum eingeräumt, über die Wahl der Instrumente bei der Ausgestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu entscheiden. Insoweit das Verfassungsgericht hiermit die Zulässigkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen begründet, lässt sich die Argumentation auch umgekehrt anführen, wenn es um die Auswahl der Instrumente Verordnung, Gesetz oder eben Allgemeinverbindlicherklärung geht. Auch dort steht es dem Staat zu, unter verschiedenen Instrumenten auszuwählen.

*„Es bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob das Grundgesetz prinzipiell von einem „numerus clausus“ der zulässigen Rechtsetzungsformen ausgeht. Ein solcher „Typenzwang“ der Rechtsquellen gilt jedenfalls nicht in dem von Art. 9 III GG maßgeblich gestalteten Bereich der Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Lässt es die Verfassung einerseits zu, daß der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung, soweit es sich um den Inhalt von Arbeitsverhältnissen handelt, weit zurücknimmt und den Koalitionen ein Vorrecht einräumt, so bindet sie ihn andererseits bei ergänzenden Normsetzungsakten in diesem Bereich nicht streng an die Formen von Gesetz und Rechtsverordnung. Soweit hier eine Beteiligung des Staates notwendig wird, haben sich in dem Bestreben, den maßgeblichen Einfluß der Koalitionen auch insoweit zu erhalten, besondere Normsetzungsformen herausgebildet.“* (BVerfG, Beschluss vom 24.05.1977 – 2 BvL 11/74)

Auch unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers liegt ein sachlicher Grund für Regelung von mehreren singulären Sachverhalten durch das SokaSiG. Ein sachlicher Grund kann bereits darin gesehen werden, dass zwar grundsätzlich AVE auch rückwirkend erklärt werden können (s.o.), eine gesetzgeberische Entscheidung allerdings eine deutlich höhere Legitimationskraft hat. Bei der Wahl des Instruments muss berücksichtigt werden, dass eine rückwirkende Beitragspflicht für 8 Jahre, also in nicht unerheblichem Ausmaße, ein deutlich stärkerer Eingriff in Vermögenspositionen

der Beitragspflichtigen darstellt, als eine einzelne Allgemeinverbindlicherklärung oder eine Verordnung nach § 7 Abs. 1 AEntG, die regelmäßig über einen kürzeren Zeitraum und mit deutlich kürzerer Rückwirkungsspanne wirkt.

**7. Gesetzgeberische Initiativen zur Verbesserung und Flankierung der Anliegen der SOKA Bau sind unter der Voraussetzung der Wahrung der Tarifautonomie möglich. Sie dürfen aber im Gesetzgebungsverfahren nicht zu einer Veränderung der Regelungen führen, auf die sich die AVE beziehen. Dies ergibt sich aus der Tarifautonomie und dem Verbot der Rückwirkung.**

Im Hinblick auf die zahlreichen inhaltlichen Einwände gegenüber der Praxis der SOKA Bau kommt eine Korrektur der tariflichen Regelungen im aktuellen Gesetzgebungsverfahren nicht in Betracht.

Einer Veränderung der tariflichen Normen steht bereits der Grundsatz der Tarifautonomie entgegen. Der Staat greift zwar mit dem SokaSiG auf das Instrument eines Gesetzes und nicht auf eine Allgemeinverbindlicherklärung zurück und schafft somit nicht unmittelbar eine Regelung nach dem Tarifrecht, das Gesetz nimmt allerdings zahlreiche Tarifverträge und deren Normen in Bezug. Diese Normen zu verändern, würde bedeuten, dass in das von den Tarifparteien geschaffene System der Sozialkassen staatlich eingegriffen wird. Dem steht die Richtigkeitsgewähr der tariflichen Normen entgegen, welche der Gesetzgeber mit dem SokaSiG schützen möchte. Die Gemeinsame Einrichtung soll gerade nicht staatlich eingesetzt werden, das SokaSiG ist lediglich darauf gerichtet, die formellen Fehler der Exekutive bei der Erklärung der Allgemeinverbind-

lichkeit zu heilen und den tariflichen Normen Geltung zu verschaffen. Eine Veränderung und Verbesserung der tariflichen Regelungen ist nur über die Tarifpartner zu erreichen.

Überdies stünde eine nachträgliche Änderung der tariflichen Normen auch das Rückwirkungsverbot entgegen. Das Fehlen der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber wird mit der Vorhersehbarkeit einer rückwirkenden staatlichen Regelung begründet. Eine solche Vorhersehbarkeit fehlt gerade dann, wenn der Gesetzgeber neue Normen schaffen würde, die ihre Grundlage nicht in der jahrelangen Verfahrenspraxis der SOKA Bau haben.

**8. Das SOKA Bau System mag verbesserungswürdig sein. Indessen liegt die Gestaltungsverantwortung hierfür bei den Tarifpartnern. Es ist daher grundsätzlich nicht Aufgabe des Gesetzgebers in die sachnähere und grundgesetzlich geschützte Beurteilungskompetenz der Tarifpartner einzugreifen. Soweit – durchaus nachvollziehbare – Kritik in diesem Gesetzgebungsverfahren an die Parlamentarier herangetragen wurde, müssen die Kritiker auf den Weg des Eintritts und Engagements innerhalb der tarifschließenden Tarifverbände verwiesen werden, um ihre Veränderungsvorschläge durchzusetzen.**

So sind unter anderem die weiterhin existierenden unterschiedlichen Regelungen zwischen Ost- und Westdeutschland, ungenügende Rentenansprüche, die Regelungen in Bezug auf BoBs (Betriebe ohne Beschäftigte) und der Sockelbetrag für Solo-Selbstständige Einwände, die Gegenstand von Weiterentwicklung sein sollten.



DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)897

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631

**Prof. Dr. Frank Bayreuther, Passau**

Das zur Diskussion stehende Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz, SokaSiG) stellt eine wichtige und sinnvolle Maßnahme zur Absicherung der Tätigkeit der SOKA-Bau dar.

1. Das BAG hat mit zwei Beschlüssen vom 21.9.2016<sup>1</sup> entschieden, dass die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) verschiedener Tarifverträge über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe auf Grund einer vom BAG angenommenen fehlerhaften Ermittlung insbesondere des Quorums in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG aF unwirksam sei.

Mit beiden Entscheidungen ist zwar „nur“ die Unwirksamkeit der AVE bezüglich der TV zum Sozialkassenverfahren vom 15.5.2008, 25.6.2010 und 17.3.2014 festgestellt. Indes ist davon auszugehen, dass sämtliche nach der alten Regelung des § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge in der Bauwirtschaft, jedenfalls soweit sie die Versorgungsleistungen der SOKA-Bau (iwS) erfassen, ebenfalls unwirksam sind. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als dass das LAG Berlin-Brandenburg<sup>2</sup> die AVE vom 24.2.2006<sup>3</sup> des VTV idF v. 14.12.2004 u. 15.12.2005 rechtskräftig<sup>4</sup> für wirksam erklärt hat. Zwar liegt noch eine weitere positive, rechtskräftige Entscheidung vor (LAG Hessen<sup>5</sup> zum VTV 1999<sup>6</sup> und

zum VTV 2009<sup>7</sup>). Dieses Urteil hat allerdings nur inter-partes Wirkung zwischen den damaligen Parteien, da es seinerzeit in einem Individualrechtsstreit ergangen ist, in dem über die Wirksamkeit der AVE nur inzident entschieden wurde.

Ganz grundsätzlich anderes gilt für die nach dem Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes erlassenen AVE, weil diese auf anderer Rechtsgrundlage erlassen wurden, nämlich dem neuen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG. Dieser enthält das frühere Quorenerfordernis nicht mehr.

Anderes gilt aber eben für sämtliche Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen in der Bauwirtschaft „nach altem Recht“, zumindest soweit diese Leistungen die SOKA-Bau betreffen. In sachlicher Hinsicht könnte das auf sämtliche „Versorgungszweige“ der SOKA-Bau zutreffen (also: Sozialkassenverfahren, Urlaubsregelungen, zusätzliche Altersversorgung, Berufsbildung).

Das könnte auf die Tariflandschaft der Bauwirtschaft gravierende Auswirkungen haben. Nicht oder anders organisierte Arbeitgeber wären danach nicht verpflichtet gewesen, an die SOKA-Bau Beiträge zu entrichten (s. § 4 Abs. 2 TVG). Entrichtete Beiträge

<sup>1</sup> BAG 21.9.2016, 10 ABR 33/15 u. 10 ABR 48/15.

<sup>2</sup> LAG Berlin-Brandenburg 4.8.2015, 7 BVL 5007/14 u. 7 BVL 5008/14.

<sup>3</sup> BAnz. Nr. 71 vom 11.04.2006.

<sup>4</sup> Die unter dem AZ 10 ABR 52/15 geführte Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung wurde zurückgenommen: BAG Pressemitteilung vom 14.12.2016, Nr. 65/16.

<sup>5</sup> LAG Hessen 2.7.2014, 18 Sa 619/13, die hiergegen gerichtete Revision wurde zurückgewiesen: BAG 17.2.2016, 10 AZR 600/14.

<sup>6</sup> VTV vom 20.12.1999 idF vom 20.8.2007 bzw. idF vom 5.12.2007, AVE vom 15.5.2008, BAnz. Nr. 104a vom 15.5.2008.

<sup>7</sup> VTV vom 18.12.2009, AVE vom 25.6.2010, BAnz. Nr. 97 vom 2.7.2010.

könnten möglicherweise aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) zurückfordert werden.

Eine derartige Rückforderung wäre für die Vergangenheit bis zur Grenze der Verjährung möglich. Diese ist hier nicht ganz zweifelsfrei zu bestimmen. Grundsätzlich verjährt eine Forderung aus Bereicherungsrecht drei Jahre nach Schluss des Kalenderjahres, indem sie entstanden ist (§§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB), d.h. drei Jahre nach Schluss des Jahres, in dem die Beiträge geleistet wurden.<sup>8</sup> Damit steht zumindest eine Rückforderung für die Jahre 2013<sup>9</sup> bis 2016 im Raum.

Dabei wird es aber möglicherweise nicht sein Bewenden haben. Nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB läuft die Regelverjährung nämlich nur, soweit der Gläubiger (hier also der Beitragsschuldner) von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Bei besonders unübersichtlicher und verwickelter Rechtslage können dabei bereits erhebliche rechtliche Zweifel den Verjährungsbeginn bis zur Klärung der Rechtslage ausschließen.<sup>10</sup> Nun hat das BAG<sup>11</sup> zwar für die CGZP-Fälle entschieden, dass die dreijährige Regelverjährung angelaufen ist, obgleich lange Zeit unklar war, ob die CGZP tariffähig ist. Dagegen kam es nicht darauf an, dass die betroffenen Arbeitnehmer mit letzter Sicherheit erst durch den CGZP-Beschluss des BAG<sup>12</sup> davon Kenntnis erlangten, dass diese tariffähig ist und sie daher über Equal-pay in der Vergangenheit höhere Lohnansprüche gegen ihren Arbeitgeber hätten durchsetzen können. Hier ist der Sachverhalt aber möglicherweise anders gelagert. Die Tariffähigkeit der CGZP war von Anfang an massiv umstritten.<sup>13</sup> Dagegen wurden an der Wirksamkeit der streitigen AVE über Jahrzehnte keine durchgreifenden Bedenken geäußert (s. ausführlich unter 2). Daher dürfte davon auszugehen sein, dass Arbeitgeber der Baubranche von anspruchsbegründenden Umständen keine Kenntnis erlangt hatten,<sup>14</sup> mit der Folge, dass diese entrichtete Beiträge rückwirkend über zehn Jahre, also für die Beitragszeiträume 2006<sup>15</sup> bis 2016 zurückfordern könnten.

Denkbar ist zwar, dass die SOKA-Bau ihrerseits geleistete Unterstützungszahlungen nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB kondizieren kann. Allerdings dürfte eine derartige Rückforderung auf erhebliche Probleme

stoßen, weil sich die Leistungsempfänger möglicherweise auf Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen könnten. Arbeitgeber haben erhaltene Zahlungen mittelbar an ihre Beschäftigten weitergegeben, da diese in aller Regel zur Kompensation eigener Aufwendungen dienen (weshalb ihnen allerdings unter Verweis darauf, dass sie derart eigene Aufwendungen erspart haben, der Entreicherungseinwand versagt werde könnte<sup>16</sup>).

Soweit die SOKA-Bau Leistungen direkt an Arbeitnehmer erbracht hat (etwa: Urlaubsabgeltung gem. § 13 Abs. 1 VTV), ist das noch handgreiflicher. Es besteht nämlich eine Vermutung dafür, dass ein Arbeitnehmer typischerweise Lohn und Lohnersatzleistungen für den laufenden Lebensunterhalt verbraucht,<sup>17</sup> womit unweigerlich Entreicherung eintritt.

Selbst aber soweit der SOKA-Bau Bereicherungsansprüche gegen Arbeitgeber zustehen, heißt das noch lange nicht, dass sie diese gegen Rückforderungsansprüche der Beitragsschuldner aufrechnen könnte. Denn Beitragsschuldner und Leistungsempfänger sind keineswegs zwingend identisch, jedenfalls decken sich Beiträge und Leistungen nicht notwendigerweise in Gegenstand und Umfang.

Vor allem aber ist zu beachten, dass eine Rückabwicklung der gegenseitig erbrachten Leistungen außerordentlich kompliziert ist, wenn sie nicht nahezu unmöglich wäre und das komplexe Solidargefüge in der Bauwirtschaft massiv stören würde. Es steht insbesondere zu besorgen, dass einzelne Arbeitgeber, die in der Vergangenheit große Aufträge erbracht haben, gebündelt Forderungen gegen die SOKA-Bau vortragen. Nicht ohne Grund ist deshalb im Arbeitsrecht anerkannt, dass etwa die Anfechtung eines Arbeitsvertrags nur ex nunc möglich; und für unwirksame Tarifverträge wurde immer wieder die Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag vertreten.<sup>18</sup> Während es dort aber meist nur um die Rückabwicklung eines einzelnen Vertragsverhältnisses geht, geht es hier um die Rückabwicklung umfangreicher Leistungsbeziehungen einer gesamten Branche. Diese muss daher erst recht ausgeschlossen werden.

Zwar lässt sich derzeit noch nicht absolut verlässlich abschätzen, ob und in welchem Umfang frühere Beitragsschuldner auf die SOKA-Bau zutreten. Das heißt indes nicht, dass der Gesetzgeber deshalb nicht auf-

<sup>8</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 812 Rn. 74.

<sup>9</sup> Lehnt man die Anwendung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ab (dazu sogleich), mussten Beitragsleistungen aus 2013 allerdings spätestens zum 31.12.2016 in verjährungsdurchbrechender Weise geltend gemacht werden.

<sup>10</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 199 Rn. 27.

<sup>11</sup> BAG 20.11.2013, 5 AZR 776/12, Rn. 12, dazu auch im Folgenden.

<sup>12</sup> BAG 14.12.2010, 1 ABR 19/10.

<sup>13</sup> BAG 20.11.2013, 5 AZR 776/12, Rn. 15.

<sup>14</sup> Deshalb kommt auch ein Ausschluss der Rückforderung nach § 814 BGB nicht in Betracht.

<sup>15</sup> Für im Jahr 2006 bzw. Anfang 2007 geleistete Beiträge allerdings nur, soweit die Rückforderung in einer die Verjährung durchbrechenden Weise spätestens zehn Jahre nach Beitragszahlung geltend gemacht wurde.

<sup>16</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 818 Rn. 28.

<sup>17</sup> Dies hat der Arbeitnehmer zwar darzulegen. Dabei können ihm allerdings die Erleichterung des Beweises des ersten Anscheins zugutekommen, *Preis*, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl. 2017, § 611 BGB Rn. 408.

<sup>18</sup> *Henssler/Höpfner/Orlowski*, Der CGZP-Beschluss des BAG und seine tarifrechtlichen Folgen, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag, Baden-Baden 2012; *Hartmann*, WuV 2014, 139.

gerufen wäre, einer derartigen Entwicklung entgegenzutreten, zumal diesem auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt- und Wirtschaftsordnung ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang gebührt.<sup>19</sup> Zum einen positionieren sich derzeit zahlreiche Kanzleien, die auf die Beratung von Arbeitgebern in SOKA-Bau Angelegenheiten spezialisiert sind, in der Literatur und vor allem auf ihren Homepages dahingehend, dass sie möglichen Mandaten ein Vorgehen gegen die SOKA-Bau als aussichtsreich und wirtschaftlich interessant nahelegen.<sup>20</sup> Das vom Gesetzgeber befürchtete Risikoszenario ist also alles andere als unrealistisch. Zum anderen beeinträchtigt alleine schon die Unsicherheit, ob und in welchem Umfang der SOKA-Bau Rückzahlungspflichten auferlegt werden könnten, deren gegenwärtige Leistungsfähigkeit. So müsste diese ohne das vorliegende Gesetz wohl Rückstellungen in einem ganz erheblichen Umfang bilden, was zu Lasten der aktuellen Beitragsschuldner bzw. Leistungsberechtigten gehen würde. Insgesamt droht mit den Beschlüssen des BAG das über Jahrzehnte etablierte Solidarsystem einer ganzen Branche in Schieflage zu geraten. Das wiederum muss den Gesetzgeber auch deshalb veranlassen, gegenzusteuern, weil er im Vertrauen darauf, dass die Tarifpartner die notwendigen Vorkehrungen getroffen haben, selbst nicht die für die Bauwirtschaft an sich erforderlichen Sicherungsmechanismen getroffen hat.

2. Das SokaSiG schafft eine Rechtsgrundlage für die in der Vergangenheit an die SOKA geleisteten Beiträge. Diese sind nunmehr auf gesetzlicher Basis zu entrichten. Damit besteht ein Rechtsgrund iSd. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB für das Behaltendürfen eingezogener Beiträge. Selbst aber wenn man der Ansicht wäre, dass auf Grund des Formenwechsels von einer tariflichen zu einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage rechtsdogmatisch gesehene neue Beitragspflichten entstehen, ergibt sich im wirtschaftlichen Endergebnis nichts anderes. Dann könnte zwar argumentiert werden, dass die in der Vergangenheit an die SOKA entrichteten Beiträge nach wie vor ohne Rechtsgrund geleistet wurden und daher kondizierbar sind. Indes könnte die SOKA gegen eine Inanspruchnahme aus § 812 BGB mit den nunmehr begründeten, gesetzlichen Beitragspflichten aufrechnen oder aber sich dagegen mit dem Hinweis auf § 242 BGB verteidigen (*dolo facit, qui petit quod statim redditurus est*).

Ein Problem könnte sich allenfalls ergeben, geht man davon aus, dass alle Rückforderungsansprüche aus den Jahren 2006 bis 2012 verjährt sind (s. oben 1). Dann hätte die SOKA rein theoretisch noch einen Zahlungsanspruch aus Gesetz, der Beitragsschuldner aber keinen Anspruch mehr aus § 812 BGB, mit dem er gegen seine Beitragsschuld aufrechnen kann. Daher könnte eventuell vorsorglich klargestellt werden,

dass die durch das SokaSiG begründeten Beitragsschulden in jedem Fall als erfüllt gelten, soweit der Arbeitgeber vormals kongruente Forderungen aus Tarifvertrag beglichen hat. Mit Rücksicht auf den eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers, lediglich einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen bereits eingezogener Beiträge zu schaffen, scheint dies aber letztlich entbehrlich.

3. Der Gesetzgeber kann Tarifrecht zum Inhalt eines Gesetzes machen. Er ist nicht darauf beschränkt, Tarifverträge über eine AVE nach § 5 TVG oder Rechtsverordnungen nach §§ 7 und 7a AEntG zu erstrecken. Vielmehr steht ihm frei, zu entscheiden, auf welcher Grundlage er Tarifrecht für verbindlich erklären will.<sup>21</sup> Daraus, dass er nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG die Verwaltung ermächtigen kann, dies über eine AVE oder eine Verordnung nach dem AEntG zu tun, folgt, dass er den Tarifinhalt erst recht selbst zu gesetzlichem Recht machen kann. Dazu kann der Tarifinhalt inhaltlich in den Gesetzeswortlaut übernommen werden. Genauso gut ist aber auch möglich – wie hier der Fall – auf einen Tarifvertrag Bezug zu nehmen. Unzulässig ist lediglich eine so genannte dynamische Blankettverweisung auf Tarifverträge.<sup>22</sup> Eine solche liegt hier aber nicht vor. Vielmehr verweist der Gesetzgeber auf einzelne, bereits existente und genau bezeichnete Tarifverträge. Die Forderung des EuGH, wonach eine Erstreckung nationaler Mindestarbeitsbedingungen hinreichend transparent sein muss, weshalb die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen im Normtext selbst zu benennen sind, ist über die Anlagen erfüllt.

Soweit dadurch Grundrechte nicht tarifgebundener Arbeitgeber oder Andersorganisierter betroffen sind, ist dies aus den unter 1.) dargestellten Gründen gerechtfertigt. Dazu kommt noch, dass die früheren AVE zwar mit Rücksicht auf die „fehlerhafte“ Quorermittlung durch das BMAS „formell“ unwirksam waren, dies aber nichts daran ändert, dass für die „Erstreckung“ der fraglichen Tarifverträge ein öffentliches Interesse besteht.

4. Dem Gesetz kommt echte Rückwirkung zu. Eine solche liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift. Hier werden rückwirkend Leistungspflichten zu Lasten der Normunterworfenen begründet.

Diese ist hier ausnahmsweise zulässig. Das BVerfG hat in ständiger Rechtsprechung erkannt, dass eine echte Rückwirkung dann möglich ist, wenn zwingende Gründe des Allgemeinwohls die Rückwirkung bedingen oder/und kein schutzbedürftiges Vertrauen der Normunterworfenen vorhanden ist. Das ist nach der Rechtsprechung des BVerfG unter anderem der Fall, wenn sich eine Rechtsnorm im Nachhinein als

<sup>19</sup> So etwa zur Verfassungsmäßigkeit des § 10 BurlG 1994 BVerfG 3.4.2001, 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293; zu Lohnabstandsklauseln BVerfG 27.4.1999, 1 BvR 2203/93, BVerfGE 100, 271.

<sup>20</sup> So z.B. *Emmert*, DB 2016, 2669; in der Tendenz auch: *Bauer*, ArbRAktuell 2016, 507; überdies findet sich eine große Vielzahl einschlägiger Empfehlungen auf Homepages von Anwaltskanzleien.

<sup>21</sup> BVerfG 24.5.1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322.

<sup>22</sup> BVerfG 14.6.1983, 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208.

ungültig erweist und durch eine rechtlich einwandfreie Norm ersetzt wird.<sup>23</sup>

So erkennt das BVerfG, dass Vertrauensschutz dort nicht in Frage kommen kann, wo das Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Das trifft insbesondere dann zu, wenn die bisherige Rechtslage unklar und verworren war und der Gesetzgeber diese lediglich rückwirkend klärt. Auch hat das Gericht erkannt, dass sich der Staatsbürger nicht immer auf den durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein verlassen kann, sondern der Gesetzgeber unter Umständen eine nichtige Bestimmung rückwirkend durch eine rechtlich nicht zu beanstandende Norm ersetzen darf. Schließlich können auch zwingende Gründe des gemeinen Wohls, die dem Gebot der Rechtssicherheit übergeordnet sind, eine Rückwirkungsanordnung rechtfertigen.

Auf das einfache Recht gebrochen hat BVerwG daraus hergeleitet, dass ein formell fehlerhaft in Kraft gesetzter Bebauungsplan rückwirkend nochmals erlassen werden darf, ohne dass dadurch das Vertrauen des Bürgers in die Nichtigkeit des Plans verletzt wird.<sup>24</sup> Ganz ähnlich hat es entschieden, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes den Ortsgesetzgeber nicht hindert, eine wegen eines Fehlers im Beitragsmaßstab rechtsunwirksame Satzung durch eine neue Satzung mit geändertem Beitragsmaßstab rückwirkend zu ersetzen.<sup>25</sup>

Genauso liegen die Dinge hier:

Die Unwirksamkeit der bisherigen Allgemeinverbindlicherklärungen beruht nach Ansicht des BAG auf einer „fehlerhaften“ Ermittlung der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Diesen „Fehler“ des „Normgebers“ (also des BMAS) darf der Gesetzgeber rückwirkend korrigieren, denn inhaltlich bleiben die Regelungen völlig unangetastet. Das SokaSiG bestimmt nichts anderes, als was zuvor tariflich gegolten hätte, wäre die AVE wirksam erlassen worden.

Der mit dem SokaSiG vollzogene „Formwechsel“ ist unsch als die Beitragspflicht bislang auf eine durch

das BMAS erlassene Allgemeinverbindlicherklärung, mithin also einen Rechtsakt sui generis, zurückging und nunmehr durch den Gesetzgeber in Form eines formellen Parlamentsgesetzes nachvollzogen wird. Maßgeblich bleibt stets staatliches Handeln.

Den Arbeitgebern der Baubranche werden rückwirkend keine neuen Zahlungspflichten auferlegt. Vielmehr wird lediglich exakt diejenige Anspruchsgrundlage bestätigt, auf deren Basis diese geleistet wurden. Indes werden Beitragsschuldern keinerlei Leistungen abgefordert, die sie nicht bereits erbracht haben. Daran ändert auch der mit dem SokaSiG vollzogene „Formwechsel“ nichts. Denn Anspruchsgrundlage und Leistungsumfang bleiben unverändert.

Die Arbeitsvertragsparteien der Baubranche waren seit jeher den stets für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen der Bauwirtschaft unterworfen und mithin zur SOKA-Bau beitragspflichtig. An der Wirksamkeit der streitigen AVE wurden über Jahrzehnte keine durchgreifenden Bedenken geäußert. Die Rechtsprechung hatte sich bislang nicht mit dem Problem auseinandergesetzt, ob bei der Feststellung der „großen Zahl“ nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG a.F. Einschränkungen berücksichtigt werden dürfen, die das das BMAS aus Anlass der AVE macht.<sup>26</sup> Soweit die Gerichte diese Frage – ganz am Rande – angesprochen hatten, folgten sie ohne weiteres der Rechtsansicht des BMAS<sup>27</sup> (so etwa auch die Vorinstanzen<sup>28</sup> zu den beiden Beschlüssen des BAG). Auch in der Literatur wurde diese Frage kaum erörtert und wenn doch, wurde sie entgegen der jüngsten Rechtsprechung entschieden.<sup>29</sup> Daher mussten sämtliche Marktteilnehmer in der Vergangenheit davon ausgehen, dass sie beitragspflichtig sind. Dagegen konnte kein irgendwie geartetes schutzwürdiges Vertrauen in die Unwirksamkeit der Norm entstehen.

5. Aus gesetzgeberischer Sicht könnte eventuell eine Einschränkung überlegt werden, was die nunmehr rechtskräftig als wirksam festgestellte AVE vom 24.2.2006 betrifft (§ 7 Abs. 10 SokaSiG iVm Anlage 35).<sup>30</sup> Freilich wäre es unschädlich, würde diese im

<sup>23</sup> S. hierzu nur: BVerfG 12.6.1986, 2 BvL 5/80, BVerfGE 72, 302; BVerfG 19.12.1961, 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261; BVerfG 4.5.1960, 1 BvL 17/57, BVerfGE 11, 64, Rn. 72 f.; BVerfG 24.7.1057, 1 BvL 23/52, BVerfGE 7,89, Rn. 94.

<sup>24</sup> BVerwG 5.12.1986, 4 C 31/85, BVerwGE 75, 262.

<sup>25</sup> BVerwG 15.4.1983, 8 C 170/81, BVerwGE 67, 129.

<sup>26</sup> Dass diese Frage bislang nicht zum Gegenstand der Diskussion gemacht wurde, stellt auch das BAG in seinen Beschlüssen ausdrücklich klar: BAG 21.9.2016, 10 ABR 48/15, Rn. 173; BAG 21.9.2016, 10 ABR 33/15, Rn. 189.

<sup>27</sup> LAG Hessen 2.7.2014, 18 Sa 619/13, Rn. 73: „Diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse nach [...] den AVE-Einschränkungen erfasst werden, sind bei der „Großen Zahl“ vielmehr nicht zu berücksichtigen.“

<sup>28</sup> LAG Berlin-Brandenburg, 17.4.2015, 2 BVL 5001/14; LAG Berlin-Brandenburg, 21.8.2015, 6 BVL 5006/14.

<sup>29</sup> Henssler, in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechts Kommentar, 6. Aufl. 2015, § 5 TVG Rn. 12. Alle anderen Darstellungen zu den Voraussetzungen der AVE berücksichtigten diese Frage dagegen nicht: Franzen in: Erfurter Kommentar, 14. Aufl. 2014, § 5 TVG Rn. 11; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 121; Wiedemann/Wank, TVG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rn. 64; Kempen/Zachert/Seifert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 45 Rn. 45; Berg/Platow/Schoof, TVG und Arbeitskämpfrecht, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 13; Bayreuther/Richardi, Kollektives Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 11; Thüsing/Braun, Handbuch Tarifrecht, 2011, 6. Kapitel Rn. 76; Henssler/Moll/Beppler/Sittard, Der Tarifvertrag, 2013, 7. Teil Rn. 43 ff.; Schaub/Treber, ArbR-Hdb, 15. Aufl., § 204 Rn.64 ff.; Däubler/Lakies, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 87 ff.; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, § 6 Rn. 103; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, S. 892; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG; Greiner/Hanau/Preis, Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, SR-Sonderaus. 2014, S. 2 (19); Zachert, NZA 2003, 132.

<sup>30</sup> LAG Berlin-Brandenburg 4.8.2015, 7 BVL 5007/14 u. 7 BVL 5008/14; BAG Pressemitteilung vom 14.12.2016, Nr. 65/16.

Gesetz verbleiben, denn im Ergebnis würde so lediglich eine zivilrechtliche Anspruchskonkurrenz entstehen.

Schließlich könnte diskutiert werden, vorsorglich das Verhältnis zwischen einem Tarifvertrag anders tarifgebundener Arbeitgeber und dem SokaSiG zu regeln. Dazu würde am besten § 8 Abs. 2 AEntG für

entsprechend anwendbar erklärt. Meines Ermessens ist das aber nicht erforderlich. Das SokaSiG begründet einen gesetzlichen Zahlungsanspruch. Dieser ist abweichendem Tarifrecht gegenüber vorrangig. Das heißt: Arbeitgeber wären selbst dann der Beitragspflicht unterworfen, wenn für sie auf Grund mitgliedschaftlicher Tarifbindung ein „anderer“ Tarifvertrag gilt

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)898

19. Januar 2017

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 23. Januar 2017 zum

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe  
(Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SokaSiG) - BT-Drucksache 18/10631**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)**

### Zusammenfassung

Mit dem Gesetzesentwurf zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (SokaSiG-E) reagieren CDU/CSU und SPD auf zwei Beschlüsse des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 21. September 2016, in denen jeweils die Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE) von Tarifverträgen zur Regelung des Sozialkassenverfahrens im Baugewerbe (VTV) für die Jahre 2008, 2010 und 2014 für unwirksam erklärt worden ist.

Diese Entscheidungen sind geeignet, Auswirkungen auf den Fortbestand und die Funktionsfähigkeit der vier Sozialkassen im Bauhauptgewerbe zu haben. Die durch die eventuelle Rückabwicklung bestehender wechselseitiger Beitrags- und Erstattungsleistungen zwischen den Sozialkassen und den Baubetrieben für mehrere Jahre bzw. bereits durch notwendige Rückstellungen wegen möglicher Ansprüche entstehenden finanziellen Belastungen gefährden die Existenz der Sozialkassen.

Vor dem Hintergrund dieser besonderen Rahmenbedingungen ist es daher nachvollziehbar, dass die Funktionsfähigkeit der vier bestehenden Sozialkassen für die vom Gesetzentwurf erfassten Sachverhalte gesetzlich abgesichert werden soll.

Die Entscheidungen über die AVE'en benötigen das Einverständnis der Vertreter von Arbeitgebern und Arbeitnehmern der zuständigen Tarifausschüsse auf Bundes- bzw. Länderebene. Voraussetzung dieser Zustimmung war und ist stets die Einschränkung der Wirkungskraft der AVE durch die sog. Große Einschränkungsklausel. Richtigerweise findet daher die Klausel auch im SokaSiG-E ihre Berücksichtigung.

### Im Einzelnen

Bei diesem Gesetzesvorhaben handelt es sich um einen beispiellosen Sonderfall. Dieses Vorgehen ist

vor dem Hintergrund der besonderen Rahmenbedingungen und der Bedeutung der Sozialkassen im Bauhauptgewerbe noch zu rechtfertigen.

### Besondere Rahmenbedingungen

Die Sozialkassen des Bauhauptgewerbes – die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft und die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (beide auch als SOKA-BAU bezeichnet), die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes und die Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e. V. – sind zum Teil bereits seit 1949 bestehende gemeinsame Einrichtungen der Tarifpartner des Bauhauptgewerbes – des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes, des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie und der Industriegewerkschaft Bauenergie (IG BAU). Diese führen z. B. das Verfahren der Urlaubsansprüche oder eine überbetriebliche zusätzliche Altersversorgung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe durch. Die Leistungen der Sozialkassen kommen laut dem Gesetzentwurf mehr als einer Mio. Menschen zugute. Die vier Sozialkassen sind als die ältesten Einrichtungen dieser Art Prototyp für § 4 Abs. 2 Tarifvertragsgesetz (TVG). Errichtet und geregelt sind sie durch mehrere für allgemeinverbindlich erklärte Flächentarifverträge. Diese sind Rechtsgrundlage für die Beziehungen zwischen den Sozialkassen, den Baubetrieben und den Arbeitnehmern der Branche.

Gründe für die Errichtung der vier Sozialkassen waren die besonderen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der Bauwirtschaft – im Bauhauptgewerbe wie den Baunebengewerben – die u. a. durch körperlich schwere Arbeit, ständig wechselnde Tätigkeiten auf verschiedenen Baustellen, erheblich schwankende Auftragslagen und witterungsbedingte Arbeitsausfälle während der Wintermonate gekennzeichnet waren. Aufgrund der Besonderheiten der

Bauwirtschaft sind die branchenweite soziale Absicherung der Beschäftigten, ein gleichmäßiges finanzielles Aufkommen der Arbeitgeber hierfür und die branchenweite Portabilität von Ansprüchen von besonderer Bedeutung. Das Bauhauptgewerbe und die Baunebengewerbe sind deshalb der Wirtschaftsbranche mit der größten Anzahl an allgemeinverbindlichen Tarifverträgen.

#### **Allgemeinverbindlichkeit sichert Sozialkassen**

Gemeinsame Einrichtungen der Tarifpartner, z. B. zur zusätzlichen Altersvorsorge oder zur branchenweiten überbetrieblichen Ausbildung, liegen im öffentlichen Interesse, wenn sie in einer Branche flächendeckend sozial gebotene Leistungen durch Bündelung überhaupt erst möglich machen. Um die für ihren Bestand und Zweck notwendige breite Wirkung zu erzielen, sind solche Sozialkassen dann von der gesamten Branche zu tragen. Die AVE bewirkt, dass die Tarifverträge auch für Betriebe und deren Beschäftigten gelten, die nicht bereits Mitglied einer der Tarifvertragsparteien sind.

Die AVE von Sozialkassentarifverträgen ist somit zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Einrichtungen grundsätzlich im „öffentlichen Interesse“, wie es § 5 Abs. 1 S. 1 TVG verlangt und der für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen der Tarifpartner spezielle § 5 Abs. 1a TVG für bestimmte Regelungsmaterien seit 2014 auch gesetzlich unterstellt. Der Weg über die AVE stellt sicher, dass die inhaltliche Ausgestaltung der Sozialkassen bei den Tarifpartnern und damit branchennah bleibt.

#### **Unwirksamkeit der AVE stellt Sozialkassen in Frage**

Das BAG hat mit seinen Entscheidungen vom 21. September 2016 – im Wesentlichen aufgrund formaler Fehler in den jeweiligen AVE-Verfahren – die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen des VTV für die vergangenen Zeiträume der Jahre 2008, 2010 und 2014 erklärt. Damit fehlt für die Vergangenheit teilweise die Rechtsgrundlage für die Beitragseinziehung und Leistungen der Sozialkassen für diejenigen Baubetriebe und Beschäftigten, die nicht bereits Mitglied der beiden Arbeitgeberverbände bzw. der IG BAU sind.

Das hätte zur Folge, dass ggf. die wechselseitigen Beitrags- und Erstattungsleistungen zwischen den Sozialkassen und Baubetrieben im Hinblick auf Urlaub, Leistungen im Alter sowie der Ausbildungsumlage für mehrere Jahre rückabzuwickeln wären. Zwar dürfte der Umfang möglicher Rückzahlungsansprüche wegen z. B. der Verjährung der Ansprüche und Entreicherung schwierig zu konkretisieren sein. Bereits durch notwendige Rückstellungen entstehen aber erhebliche finanzielle Belastungen, die den Fortbestand der Sozialkassen des Bauhauptgewerbes gefährden können. Zudem wird auch die allgemeine Akzeptanz der Sozialkassen im Bauhauptgewerbe bedroht. Denn die finanzielle Belastung verbleibt bei den tarifgebundenen Baubetrieben, während der Nutzen der gesamten Branche zu Gute kommt.

#### **Zu § 9 SokaSiG-E**

§ 9 SokaSiG-E unterstreicht die bestehende Sonder-situation des Bauhauptgewerbes aufgrund der beiden Beschlüsse des BAG. Die Verweisungen auf die sozialkassenrelevanten tarifvertraglichen Rechtsnormen in den §§ 1 bis 8 SokaSiG-E sollen nicht dynamisch wirken. Folglich sind hiervon künftige tarifvertragliche Vereinbarungen nicht betroffen. Er stellt damit klar, dass die gesetzliche Absicherung der Sozialkassen lediglich den Status quo erhalten soll. Eine Wirkung des SokaSiG-E für die Zukunft ist damit richtigerweise ausgeschlossen.

#### **Zu § 10 SokaSiG-E**

Durch § 10 SokaSiG-E finden die Regelungen der sog. Großen Einschränkungsklausel in der weitestgehenden Fassung der Bekanntmachung über die AVE von Tarifverträgen des Baugewerbes vom 14. Juli 2015 Anwendung. Durch die Große Einschränkungsklausel werden Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen der in ihr aufgeführten Wirtschaftsbereiche von der Rechtswirkung einer AVE eines Tarifvertrags des Bauhauptgewerbes ausgenommen. Die Regelung des § 10 SokaSiG-E stellt damit sicher, dass alle Betriebe, die schon bisher von den Sozialkassenverfahren des Bauhauptgewerbes ausgenommen waren, auch vom SoKaSiG ausgenommen bleiben.

Dies ist aus Gründen des Vertrauensschutzes für die Vergangenheit unerlässlich. Zudem hätten die AVE'en des Bauhauptgewerbes der betreffenden Zeiträume ohne die Große Einschränkungsklausel keine Zustimmung in den zuständigen Tarifausschüssen auf Bundes- bzw. Länderebene gefunden. Die Große Einschränkungsklausel ist Ausdruck der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie und stellt einen einvernehmlichen Kompromiss zwischen den beteiligten Tarifpartnern dar. Insbesondere nach den Rechtsänderungen im Jahr 2014 mit der Einführung des § 5 Abs. 4 S. 2 TVG kommt Einschränkungsklauseln wie der Großen Einschränkungsklausel bei AVE-Verfahren eine besonders wichtige Bedeutung zu. Durch sie wird gewährleistet, dass durch eine AVE nicht in bestehende Tarifwerke anderer Branchen eingegriffen wird. Die rechtsklare und rechtssichere Anwendung von Tarifverträgen ist notwendiges Wesensmerkmal der Tarifautonomie.

#### **Zu § 11 SokaSiG-E**

Der Gesetzentwurf nimmt nicht den Wortlaut der tarifvertraglichen Regelungen auf, sondern verweist lediglich auf diese im Anhang. § 11 SokaSiG-E entspricht dieser Regelungs-systematik und ist insofern ausnahmsweise akzeptabel, als dass die Wirksamkeit der dem SokaSiG-E zugrundeliegenden Tarifverträge für die lange zurückliegenden Zeiträume nicht vom Gesetzgeber überprüft werden kann und der Gesetzgeber diese daher unterstellen muss. Dies ist jedoch eine absolute, der konkreten Sondersituation geschuldete Ausnahme und darf kein Beispiel für die Zukunft sein. Eine AVE ohne einen existenten Tarifvertrag kann auch in der Zukunft nicht akzeptiert werden.

#### **Zu § 13 SokaSiG-E**

§ 13 SokaSiG-E stellt richtigerweise noch einmal klar, dass es sich um einen Sonderfall handelt, der keine Auswirkungen auf die Allgemeinverbindlichkeit tarifvertraglicher Rechtsnormen nach § 5 TVG

hat. So bleiben z. B. die AVE'en anderer Branchen oder aktuelle AVE-Verfahren von dem Gesetz-entwurf unberührt.