

September 2016 | 08

## Arbeitsrecht – schnell notiert ...

### BAG: Allgemeinverbindlicherklärungen des Sozialkassentarifvertrages Bau unwirksam – entfällt damit die SOKA-Pflicht?

Mit Entscheidungen vom 21.09.2016 hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) die Allgemeinverbindlicherklärungen des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren (VTV) vom 15.05.2008, vom 25.06.2010 und vom 17.03.2014 für unwirksam erklärt. Die entsprechende Pressemitteilung des BAG liegt vor; die Urteilsgründe sind noch nicht verfügbar.

#### **Vorab in Kürze:**

Für viele Bauunternehmen wird das Urteil weniger revolutionäre Folgen bringen als zunächst zu vermuten wäre. Zwar wurde die Beitragspflicht zur Sozialkasse des Baugewerbes aufgrund der für unwirksam erklärten vorgenannte Allgemeinverbindlicherklärung verneint. Damit entfällt sie aber nicht automatisch vollständig. Vielmehr wird die Beitragspflicht zur Sozialkasse des Baugewerbes in vielen Fällen auch ohne Tarifbindung des Arbeitgebers gleichwohl bestehen bleiben – jedenfalls dann, wenn die Bauunternehmen bereits zuvor (d.h. unter der Geltung der vorangegangenen Allgemeinverbindlicherklärungen) als Bauunternehmen aktiv waren. Einen wesentlichen Unterschied macht die Entscheidung aber für Unternehmen, die ihre **Tätigkeit erst nach dem 15.05.2008** aufgenommen haben, bzw. für **ausländische Unternehmen**, die seit dem 15.05.2008 (wieder) in Deutschland Bauleistungen erbracht haben. Eine Rückforderung von SOKA-Beiträgen kann für diese sehr interessant sein. Gleiches gilt für **Generalunternehmer** und Auftraggeber, die für Beitragsrückstände ihrer Vertragspartner für die Zeit nach dem 15.5.2008 in Anspruch genommen werden. Die Geltendmachung der Rückforderungsansprüche sollte genau analysiert werden.

#### **Unser Rat:**

Das Thema "Allgemeinverbindlichkeit und SOKA-Pflicht" / "Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen" sollte in jedem Fall spätestens Anfang Dezember 2016 aufgegriffen werden, damit rechtzeitig Maßnahmen zur Verjährungsunterbrechung etwaiger Rückforderungsansprüche ergriffen werden können.

#### **Im Folgenden geben wir einen kurzen Überblick über die wichtigsten Fragen und Antworten:**

##### **1. Was genau hat das BAG entschieden?**

Leider liegt bislang nur die Pressemitteilung des BAG vor, so dass bis zur Veröffentlichung der vollständigen, schriftlichen Urteilsgründe noch einige Fragen offen bleiben werden.

Der wichtigste Baustein der Argumentation des BAG lässt sich jedoch bereits aus der Pressemitteilung entnehmen: Das BAG hat – anders als noch das LAG Berlin-Brandenburg in der Vorinstanz – entschieden, dass zum Zeitpunkt der jeweiligen Allgemeinverbindlicherklärung nicht mindestens 50% der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des VTV von tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt wurden. Deshalb war nach der damals gültigen und maßgeblichen Gesetzesfassung die Allgemeinverbindlicherklärung unwirksam (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TVG a.F.).

Das BAG kommt zu diesem Ergebnis, weil es – anders als die Vorinstanz – bei der Betrachtung auch Arbeitnehmer berücksichtigt, die von der Vorinstanz aufgrund von Einschränkungen des Geltungsbereichs der Allgemeinverbindlicherklärung (z.B. für die kunststoffver- und bearbeitende Industrie) nicht erfasst worden waren.

Im Falle der Allgemeinverbindlicherklärungen vom 15.05.2008 und vom 25.06.2010 bemängelte das BAG außerdem einen formellen Fehler: Der damals zuständige Minister hätte selbst über die Allgemeinverbindlichkeit entscheiden müssen und hätte dies nicht Beamten seines Ministeriums überlassen dürfen.

**Erstes Zwischenfazit ist also**, dass die Allgemeinverbindlichkeit nicht wirksam war. Entsprechend waren die Unternehmen, die nicht Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband waren und sind, nicht an die im VTV getroffenen Regelungen gebunden.

## 2. Welche unmittelbare Folge hat die Entscheidung des BAG?

Das BAG hat festgestellt, dass Arbeitgeber nicht kraft der vorgenannten Allgemeinverbindlicherklärungen vom 15.05.2008, vom 25.06.2010 und vom 17.03.2014 zur Zahlung von SOKA-Beiträgen verpflichtet sind, weil diese unwirksam sind. Diese Feststellung gilt für und gegen jedermann. Sie ist für alle laufenden und zukünftigen Rechtsstreitigkeiten mit der SOKA-Bau oder auch dritten Parteien, in denen es auf die Geltung des VTV kraft dieser Allgemeinverbindlicherklärungen ankommt, verbindlich. Keine Berücksichtigung findet die Entscheidung dagegen in bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren – selbst wenn das dort gefundene Ergebnis von der Entscheidung des BAG abweicht.

**Sehr wichtig ist aber:** Die Pflicht zur Zahlung von Beiträgen zur SOKA aus anderen Rechtsgründen – z.B. wegen Tarifbindung des Arbeitgebers oder wegen einer wirksamen Allgemeinverbindlicherklärung zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt – werden durch das Urteil nicht berührt (hierzu Näheres unten).

## 3. Müssen damit ab heute keine SOKA-Beiträge mehr gezahlt werden?

Nein, das lässt sich so aus der Entscheidung des BAG nicht ableiten. Zwar ist in der Pressemitteilung angegeben, dass aus den benannten, nunmehr als unwirksam festgestellten Allgemeinverbindlicherklärungen, keine Beitragsansprüche entstehen können. Aktuell ergibt sich die Beitragspflicht (für nicht tarifgebundene Unternehmen) aber aus der Allgemeinverbindlicherklärung des VTV vom 04.05.2016. Über deren Wirksamkeit hat das BAG nicht entschieden.

Auch die Argumentation des BAG in den entschiedenen Verfahren ist auf diese (aktuelle) Allgemeinverbindlicherklärung nicht vollständig übertragbar. Denn seit dem 16.08.2014 ist auf Grund einer Ge-

setzesänderung nicht mehr erforderlich, dass mindestens 50% der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des VTV von tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt werden. Das zentrale Argument des BAG in den o.g. Entscheidungen ist also in der aktuellen Gesetzesfassung nicht mehr relevant.

Andererseits ist nicht ausgeschlossen, dass auch die aktuell geltende Allgemeinverbindlicherklärung an rechtlichen Mängeln leidet, die zur ihrer Unwirksamkeit führen könnten. Ohnehin wird die aktuell gültige gesetzliche Grundlage für Allgemeinverbindlicherklärungen teilweise für verfassungswidrig oder zumindest verfassungsrechtlich bedenklich gehalten. Es ist also durchaus möglich, dass die Unwirksamkeit auch der aktuellen Allgemeinverbindlicherklärung festgestellt wird. Dies ist aber bislang noch nicht erfolgt.

**Zwischenfazit ist also**, dass sich die aktuelle Beitragspflicht aus einer neuen, rechtlich (noch) nicht rechtskräftig verworfenen Allgemeinverbindlichkeit ergibt.

**Empfehlung:** Es kann sich gleichwohl lohnen, Beiträge zunächst nur unter Vorbehalt zu zahlen und die aktuellen Allgemeinverbindlicherklärungen rechtlich überprüfen zu lassen. Dies gilt insbesondere für seit 2008 gegründete oder erstmals in den Geltungsbereich des VTV gelangte Unternehmen, da – hierzu sogleich – bei diesen eine gänzliche "Befreiung" von den SOKA-Beiträgen denkbar ist. Dies gilt auch ganz besonders für Unternehmen, die zukünftig erstmals von der SOKA in Anspruch genommen werden – das BAG hat letztlich die Argumentation der SOKA-Kritiker gestärkt.

## 4. Können SOKA-Beiträge für die Vergangenheit zurückgefordert werden?

Dies ist zurzeit noch nicht hinreichend geklärt. Die Entscheidungen des BAG werfen (leider) eine ganze Reihe von Folgefragen auf, die das BAG – jedenfalls ausweislich der Pressemitteilung – noch nicht geklärt oder sogar ausdrücklich offengelassen hat. Ob die vollständigen Entscheidungsgründe abschließende Klarheit bringen werden, bleibt zu abzuwarten.

Was sich allerdings bislang schon sagen lässt: Das BAG hat bislang nur entschieden, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen vom 15.05.2008, vom 25.06.2010 und vom 17.03.2014 unwirksam sind. Entsprechend scheidet eine Beitragspflicht kraft dieser Allgemeinverbindlicherklärungen aus.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die geleisteten Beiträge auch zurückgefordert werden können – das

BAG hat diese Frage ausdrücklich offengelassen. Eine Rückforderung kommt nicht in Betracht, wenn der jeweilige Arbeitgeber aus einem anderen Rechtsgrund als den unwirksamen Allgemeinverbindlicherklärungen vom 15.05.2008 / 25.06.2010 / 17.03.2014 zur Zahlung der Beiträge verpflichtet war (und ist):

- Tarifgebundene Arbeitgeber bleiben kraft Tarifbindung (d.h. Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband) verpflichtet, die Beiträge zu leisten und haben deshalb keinen Anspruch auf Rückzahlung.
- Nach dem 06.07.2015 geleistete Beiträge beruhen auf der nach der neuen Gesetzesfassung geschaffenen Allgemeinverbindlicherklärung (siehe oben) und können daher – wenn sich nicht auch diese als unwirksam erweisen sollte – nicht zurückgefordert werden.
- Auch für die Zeiten vor dem 06.07.2015 ist die große Mehrheit der nicht-tarifgebundenen Unternehmen voraussichtlich zur Beitragsleistung auf Grund älterer Fassungen des VTV und deren damaliger Allgemeinverbindlicherklärung verpflichtet. Denn diese älteren Fassungen gelten nach überwiegender Meinung jedenfalls solange für die ursprünglich von ihnen erfassten Arbeitgeber weiter, wie keine andere wirksame Allgemeinverbindlicherklärung oder anderweitige Ablösung (z.B. durch Eintritt in den Abbruchverband) erfolgt ist. Geltend gemacht werden könnte aber eine etwaige Differenz zwischen dem Beitrag gemäß dem letzten nachwirkenden VTV und den tatsächlich (auf Grund der unwirksamen Allgemeinverbindlichkeit) gezahlten Beiträgen. Die Beitragsraten haben in der Zeit von 2001 bis 2014 in einem relativ engen Band von ca. 1%-Punkt geschwankt (z.B. in Deutschland West von 19,4 – 20,4 %).

**Unser Rat:** Sie sollten die Differenz für Ihre Lohnsumme berechnen. Sodann ist zu entscheiden, ob die Rückforderung der Differenz erfolgen soll.

- Unternehmen, die zuvor nicht von einer (wirksamen) Allgemeinverbindlicherklärung erfasst wurden – etwa weil sie z.B. erst nach dem 15.05.2008 ihre Tätigkeit aufgenommen haben – trifft u.U. überhaupt keine Beitragspflicht für die Zeiten bis zum 06.07.2015.

**Unser Rat:** Für diese Unternehmen lohnt es sich besonders, die Möglichkeiten einer Rückforderung der SOKA-Beiträge genau zu prüfen.

Allerdings gilt es Folgendes zu beachten:

- Den wesentlichen Anteil der SOKA-Beiträge machen die Beiträge zur Urlaubskasse aus (aktuell 14,5%). Werden diese zurückgefordert, müsste umgekehrt der Arbeitgeber die erstattete Urlaubsvergütung zurückzahlen, so dass nur der Differenzbetrag verbliebe. Der Vorteil höherer Liquidität ist nachträglich nicht mehr zu erreichen.
- Der Anteil zur Zusatzversorgung (3,80% West / 0,60 % Ost) kann ggf. im Verhältnis zur SOKA vollständig zurückgefordert werden. Genau zu prüfen ist aber, ob die Verpflichtung gegenüber den Arbeitnehmern nicht weiter besteht.
- Auch die Rückforderung der Berufsbildungsumlage dürfte relevant sein.
- Die Geltendmachung der Rückforderungsansprüche ist insbesondere für die **Insolvenzverwalter** insolventer Bauunternehmen interessant.
- Weiter besteht ein erhebliches Interesse (und gute Erfolgsaussichten) zur Rückforderung der **Beitragsleistung ausländischer Unternehmen**, die in der Zeit der unwirksamen Allgemeinverbindlichkeit Arbeitnehmer nach Deutschland entsandt und Beiträge zur SOKA abgeführt haben, ohne von den Gegenleistungen der SOKA zu profitieren.
- Praktisch die **größte Bedeutung** aber dürfte die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung für Generalunternehmer haben, die für (fehlende) Beitragsleistungen ihrer Subunternehmer von der SOKA in Anspruch genommen wurden. Es spricht einiges dafür, dass für diesen Zeitraum keine "*Generalunternehmerhaftung*" nach § 14 AEntG besteht, weil es an "*zwingenden Arbeitsbedingungen*" fehlt.

Es stellen sich dann freilich immer noch Folgefragen, die ohne Vorliegen der Urteilsgründe nicht abschließend beantwortet sind: Welche Allgemeinverbindlicherklärung war (zuletzt) wirksam? Welche Verjährungsfristen finden Anwendung?

**Empfehlung:** Die konkreten Beitragsleistungen sollten – aufgliedert nach den vorgenannten Differenzierungen – aufgelistet werden. Es ist zu prüfen, ob **vor Jahresende** verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen sind. Eine abschließende Entscheidung zur Geltendmachung etwaiger Rückforderungsansprüche ist nach genauer Analyse der Vorteile und Risiken nach Vorlage der vollständigen Urteilsgründe zu treffen. **Generalunternehmer** sollten für den Fall der Inanspruchnahme durch die SOKA auf die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung in dem Zeitraum verweisen und ggf. geleistete Zahlungen zurückfordern.

#### **5. Hat die Entscheidung des BAG auch Auswirkungen auf die anderen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge des Baugewerbes (z.B. BRTV Bau)?**

Auch hier gilt: Das BAG hat zu dieser Frage keine Entscheidung getroffen. Es spricht jedoch einiges dafür, dass auch die Allgemeinverbindlicherklärungen anderer Tarifverträge des Baugewerbes jedenfalls im Zeitraum vom 05.05.2008 bis zum 16.08.2014 unwirksam sind. Denn das vom BAG bemängelte rechtliche Problem – Nichterreichung einer Quote der Beschäftigung von mind. 50% der Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern – dürfte ebenso die anderen Allgemeinverbindlicherklärungen der bundesweit geltenden Bautarifverträge in dem Zeitraum betreffen.

Ebenso wie der VTV muss dennoch auch der BRTV Bau und der TZA Bau aktuell angewandt werden. Denn deren jeweils letzte Allgemeinverbindlicherklärung vom 06.07.2015 ist auf Grund der neuen Gesetzesfassung ergangen.

Auch der TV Mindestlohn ist von der Entscheidung nicht betroffen, da er auf Grund des AEntG für "allgemeinverbindlich" erklärt wurde.

Es muss sehr differenziert geprüft werden, ob möglicherweise tarifliche Leistungen an Arbeitnehmer (z.B. Schmutzzulage, Überstundenvergütung, Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung) zurückgefordert werden können. Dies hängt wiederum davon ab, ob und wenn ja, welche Fassung des Tarifwerkes Bau im Arbeitsverhältnis aus anderen Rechtsgründen gilt. Maßgeblich sind hierfür zunächst die Tarifbindung des Arbeitgebers sowie des Arbeitnehmers und der genaue Inhalt des Arbeitsvertrages des einzelnen Arbeitnehmers. Darüber hinaus kann auch im individuellen Arbeitsverhältnis eine ältere Fassung des

BRTV und des TZA Bau "nachwirkende Geltung" beanspruchen.

Letztlich dürfte sich diese Frage aber in den wenigsten Fällen stellen: Kaum ein Arbeitgeber wird etwaige vor Jahren geleistete tarifliche Zahlungen zurückfordern können, ohne seine Mitarbeiter ganz erheblich zu demotivieren. Darüber hinaus besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass Rückforderungsansprüche durch die seit dem 06.07.2015 geltende neue Allgemeinverbindlicherklärung aufgrund der tariflichen Ausschlussfrist des § 14 BRTV Bau ausgeschlossen sind.

#### **6. Was sind die To-dos?**

Unternehmen der Baubranche sollten die bisher entrichteten Beiträge zur SOKA überprüfen – insbesondere im Verhältnis zur Beitragslast gegenüber der Zeit vor dem 15.05.2008. Aktuelle Beitragsleistungen sollten nur unter Vorbehalt gezahlt werden. Denkbar ist, die Wirksamkeit der aktuellen Allgemeinverbindlichkeit gerichtlich überprüfen zu lassen. Weiterhin sollten Rückforderungsansprüche und mögliche weitere Risiken (Rückforderung von durch die SOKA erbrachten Leistungen) analysiert werden. Insbesondere im Hinblick auf etwaige in der Vergangenheit erbrachte Beitragsleistungen wegen ausstehender Beitragspflichten von Subunternehmern empfiehlt sich eine Prüfung und Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen, soweit diese die Zeiträume der vorgenannten Allgemeinverbindlicherklärungen betreffen.

Mit freundlichen Grüßen

**CMS Hasche Sigle**  
**Geschäftsbereich Arbeitsrecht**



**Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.**

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.  
[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)



**Ihre juristische Online-Bibliothek.**

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.  
[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

-----  
Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

**CMS-Standorte:**

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.  
[cms.law](http://cms.law)