

## 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 abzuschneiden. 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 – Einschätzungsprerogative 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.

---

\*E-Mail vom 19.01.2017

**B. Begründung:****1. Der Gesetzgeber ist im Rahmen seines Einschätzungsspielraums berechtigt, ein geeignetes Gesetz zu erlassen, um die SOKA Bau abzuschließen. 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 Erfordernis 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 Unwirksamkeitsverdikt 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, so dass 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 Allgemeinverbindlicherklärung 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 (Bepler 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/Bepler, § 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 umstritten, 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/La-kies, 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-](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, um-*

fassende 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 Fremdreten-gesetz. 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 Fremdreten-gesetz 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 vornahm, 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 höchstrichterlichen 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 tatenlos 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 Richtig-

keitsgewähr 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 Allgemeinverbindlichkeit 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.