

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



100 Jahre Sozialkassenverfahren

Die Entwicklungslinien der Sozialkassenverfahren von der
Weimarer Republik bis zur Bundesrepublik

Prof. Dr. Daniel Klocke Seite 3

Zur Genese von SOKA-BAU seit 1949:

Bisherige Entwicklungslinien und Zukunftspotential

Prof. Dr. Stefan Greiner, Dr. Alexander Pionteck Seite 19

Grenzüberschreitende Dimension –

Der Weg der Sozialkassenverfahren nach Europa

Prof. Dr. Manfred Walser Seite 29

Das Saison-Kurzarbeitergeld

Dr. Claudia Weinkopf Seite 44

100 Jahre Sozialkassenverfahren



Hubertus Heil, MdB
Bundesminister für
Arbeit und Soziales

Vor über 100 Jahren, am 15. November 1918, unterzeichneten zwei Männer ein Abkommen, das sie zu Geburtshelfern der Sozialpartnerschaft machte. Der Arbeiterführer *Carl Legien* und der Ruhrbaron *Hugo Stinnes* hätten politisch kaum weiter voneinander entfernt sein können. Doch in Zeiten der November-Revolution einte sie das Ziel, den sozialen Frieden in den Betrieben zu sichern und staatliche Eingriffe abzuwehren. Das *Stinnes-Legien-Abkommen* gilt heute als Wegbereiter der Tarifautonomie. Unternehmer erkannten Gewerkschaften fortan als Vertreter der Arbeitnehmerschaft und als gleichberechtigte Tarifpartner an. Löhne und Arbeitsbedingungen sollten nun auf Augenhöhe verhandelt und durch Kollektivvereinbarungen festgesetzt werden. Die Sozialpartnerschaft wurde schon kurze Zeit später mit der Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 gesetzlich verankert. 1919 fand die Koalitionsfreiheit Eingang in die Weimarer Reichsverfassung.

Der Grundstein für die Tarifautonomie, wie wir sie heute kennen, war damit gelegt und die Allgemeinverbindlicherklärung als ergänzendes Werkzeug geschaffen. Gleichwohl war die Arbeitswelt vor 100 Jahren eine völlig andere: Wichtige Arbeitnehmerrechte steckten noch in den Kinderschuhen oder mussten erst noch erkämpft werden, wie beispielsweise vergütete Urlaubsansprüche. Tariflicher Urlaub, meist nur wenige Tage im Jahr, war von einer Mindestverweildauer im Betrieb abhängig.

Es verwundert nicht, dass die Diskussion über die Gewährleistung von Urlaubsansprüchen insbesondere von den Gewerkschaften und Verbänden des Baugewerbes vorangetrieben wurde. Die tariflichen Ansprüche konnten angesichts kurzer Beschäftigungszeiten und häufiger Baustellenwechsel oftmals gar nicht erst entstehen. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung im neu geschaffenen Tarifrecht konnten die Sozialpartner erstmals tragfähige Lösungen entwickeln, die nicht am Widerstand ihrer Mitglieder scheitern würden.

1921 schließlich wurden die ersten gemeinsamen Einrichtungen der Sozialpartner errichtet. In der Weimarer Republik konnten die Sozialkassen ihr Potenzial allerdings nur im Ansatz entfalten. Die voranschreitende Inflation und der Einsatz staatlicher Schlichter setzten der tarifautonomen Regelung bald wieder Schranken und ab 1934 fand sie unter den Bedingungen der nationalsozialistischen Diktatur praktisch nicht mehr statt.

Nach dem Zweiten Weltkrieg konnte die Tarifautonomie wieder aufleben und die Arbeitsbedingungen in der jungen Bundesrepublik maßgeblich prägen. Die Idee, tarifpolitischen Initiativen durch die Allgemeinverbindlicherklärung zur Umsetzung zu verhelfen, wurde wieder aufgegriffen. Die Sozialpartner des Baugewerbes errichteten 1949 die ersten Sozialkassen zur Urlaubssicherung. Weitere Branchen und weitere Regelungsgegenstände folgten. Mit der deutschen Einheit im Jahr 1990 konnte auch das Gebiet der ostdeutschen Bundesländer in die meisten der bestehenden Sozialkassenverfahren einbezogen werden.

Heute betreiben die Sozialpartner des Bäckerhandwerks, des Baugewerbes, der Brot- und Backwarenindustrie, des Dachdeckerhandwerks, des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaus, des Gerüstbauer-Handwerks, der Land- und Forstwirtschaft, des Maler- und Lackiererhandwerks, der Steine- und Erdenindustrie in Bayern, des Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerks, des Schornsteinfegerhandwerks und der Zeitungsverlage gemeinsame Einrichtungen als Sozialkassen, denen für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge zugrunde liegen. Diese Sozialkassenverfahren sind einmalig auf die jeweilige Branche zugeschnitten, typische Gegenstände sind Urlaubsausgleich, Altersvorsorge und Berufsbildungsförderung.

Die Sozialpartner in diesen Branchen haben Verantwortung für ein gemeinsames Ziel übernommen und erfolgreich für die Einrichtung einer Sozialkasse geworben. Der Entschluss zur Gründung einer gemeinsamen Einrichtung steht für eine längerfristig angelegte Partnerschaft und geht damit über eine tarifvertragliche Bindung auf Zeit hinaus. Der Vorteil: Mit der Allgemeinverbindlichkeit öffnet sich zugleich ein völlig neuer Handlungsspielraum für solida-

risch organisierte Leistungen, die im einzelnen Beschäftigungsverhältnis oftmals nicht leistbar oder strukturell nicht durchsetzbar wären.

Ein in mehrfacher Hinsicht gelungenes Beispiel dafür sind die Berufsbildungsverfahren. Ausbildungsbetriebe erhalten darüber einen Teil der Ausbildungskosten erstattet. Da sich alle Arbeitgeber solidarisch beteiligen müssen, steigt der Anreiz, selbst auszubilden. Um die Qualität und Einheitlichkeit der Ausbildung zu sichern, kann der Tarifvertrag die Kostenerstattung für den Ausbildungsbetrieb an bestimmte Kriterien knüpfen. Damit wird in den beteiligten Branchen ein wesentlicher Beitrag zur Fachkräftesicherung geleistet.

Die Ausgestaltung der Berufsbildungsverfahren liegt dabei in der Hand der Sozialpartner, die ganz unterschiedliche Bestandteile wie die Festlegung einer Mindestausbildungsvergütung oder den Bemessungssatz für Erstattungsbeträge regeln können. Ob diese Regelungen im öffentlichen Interesse liegen, somit auch zumutbar für diejenigen sind, die keine Tarifbindung eingehen wollen, wird vor der Allgemeinverbindlicherklärung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales geprüft. Das Tarifvertragsgesetz sieht daher zwingend die Anhörung der Beteiligten und die Einbindung der Spitzenorganisationen vor.

Den Sozialkassentarifverträgen wurde mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014 ein besonderer Stellenwert eingeräumt. Dabei wurde der bundesweit sinkenden Tarifbindung Rechnung getragen. Für die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit kommt es seither nicht mehr auf die mehrheitliche Tarifbindung der Branche an. Vielmehr zählt die Frage, ob die Allgemeinverbindlichkeit für die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Sozialkassenverfahren erforderlich ist. Sozialkassen sind damit nicht mehr von der Tarifbindung und deren Schwankungen abhängig. Mit den Sozialkassenverfahrensicherungsgesetzen 2017 hat der Gesetzgeber erneut deutlich gemacht, dass der Fortbestand der Sozialkassensysteme im öffentlichen Interesse liegt.

Grundstein der tariflichen Sozialkassen und des tarifautonomen Handelns ist und bleibt eine starke Sozialpartnerschaft. Nur Verhandlungspartner, die die Besonderheiten der Branche kennen und sich auf Augenhöhe begegnen, können wirksame und für alle Seiten faire Arbeitsbedingungen aushandeln. Der stetig abnehmenden Tarifbindung von Unternehmen kann der Gesetzgeber nur

begrenzt entgegenwirken. Jedoch kann er Rahmenbedingungen schaffen, die Anreize für mehr Tarifbindung setzen.

Als Bundesministerium für Arbeit und Soziales haben wir dazu bereits verschiedene Maßnahmen ergriffen. Um die Breitenwirkung von Tarifverträgen zu verbessern, wurde 2014 der Instrumentenkasten zur Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter ausgebaut. Ein weiterer Fortschritt war die Umsetzung des neuen europäischen Entsenderechts: Seit dem Jahr 2020 sind nun auch ausländische Arbeitgeber für ihre in Deutschland tätigen Beschäftigten an einen Teil der allgemeinverbindlichen Tarifnormen gebunden. Dies betrifft zum Teil auch die Sozialkassenverfahren. Damit haben wir den Gedanken von »Equal Pay« und »Equal Treatment« auch für Entsendungen gestärkt.

In der vergangenen Legislaturperiode hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein weiteres Tarifpaket vorgeschlagen, um Anreize für eine originäre, auf Mitgliedschaft basierende Tarifbindung zu setzen. Ich freue mich sehr, dass es mit diesen Eckpunkten gelungen ist, wichtige Impulse für den aktuellen Koalitionsvertrag zu setzen. Darin enthalten sind beispielsweise das digitale Zugangsrecht der Gewerkschaften sowie die Einführung eines Bundestarifreuegesetzes.

In der jüngst ausgelaufenen Legislaturperiode haben wir zudem geregelt, dass die tarifliche Entlohnung in allen Einrichtungen des Gesundheitswesens Voraussetzung für den Abschluss von Versorgungsverträgen ist. Damit stärken wir denjenigen den Rücken, die in der Pandemie schier übermenschliche Leistungen erbracht und unser Gesundheitssystem am Laufen gehalten haben.

Gerade in einer sich wandelnden Arbeitswelt brauchen wir stabile und bewährte Mechanismen wie die Sozialkassenverfahren. Die aktuell älteste Sozialkasse im Baugewerbe ist über 70 Jahre alt. Heute besteht kein Zweifel daran, dass sich tarifliche Sozialkassen bewährt haben und auch künftig Bestand haben werden. Gleichwohl stehen sie vor enormen Herausforderungen, wie die Frage der Fachkräftesicherung, der Umgang mit extremen Wetterlagen, Krisen und Pandemien oder die Auswirkungen der anhaltenden Niedrigzinsphase auf die Altersvorsorgeregelungen. Weiterhin wird es darauf ankommen, dass die Sozialpartner gut zusammenarbeiten und einvernehmliche Lösungen finden. Ich danke all jenen, die sich für die Sozialkassen und damit für soziale Sicherheit und eine faire Arbeitswelt engagieren.

Die Entwicklungslinien der Sozialkassenverfahren von der Weimarer Republik bis zur Bundesrepublik

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M.oec., EBS Law School, Wiesbaden

I. Einleitung

Das moderne Arbeitsrecht wurde während der jeweiligen Epochen und durch die gesellschaftlichen Veränderungen bzw. Umbrüche geprägt. Insbesondere die Zunahme der staatlichen Wohlfahrtspflege und die Etablierung selbstbewusst agierender Sozialpartner warfen soziale Fragen auf, die nunmehr unterschiedlich beantwortet werden konnten.¹ Besonders gut lässt sich dieses Phänomen anhand der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien iSv. § 4 Abs. 2 TVG illustrieren.

§ 4 Abs. 2 TVG ordnet die Normwirkung für Regelungen der gemeinsamen Einrichtungen und der Tarifgebundenen an. Bereits die Aufzählung der nicht abschließenden Beispiele, Lohnausgleichskassen und Urlaubskassen, zeichnet das Verständnis des historischen Gesetzgebers vor, die in der Nachkriegszeit vorgefundene Struktur der Sozialkassen maßgeblich normativ zu fundieren.² Insofern reagiert § 4 Abs. 2 TVG auf einen Besitzstand, bereits bei Schaffung des TVG gab es eine Vielzahl von Sozialkassenverfahren.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales führt heute – Stand: November 2021 – eine ganze Reihe tariflicher Sozialkassen in ganz Deutschland, darunter etwa die Sozialkasse des Gerüstbaugewerbes und die SOKA-BAU, beide mit Sitz in Wiesbaden, sowie die Einzugsstelle Garten- und Landschaftsbau in Bad Honnef.³ Einige Einrichtungen, wie etwa die Sozialkassen im Baugewerbe, lassen sich auf die Anfangsjahre der Bundesrepublik zurückführen, einige Regelungsfragen reichen sogar noch weiter zurück.

Die Geschichte hat jedoch auch hier zugeschlagen. Heute spricht niemand mehr von den tariflichen Versorgungskassen der Apotheker, den Wohlfahrtseinrichtungen der Steinsetzer oder der Zigarrenindustrie. In den Anfangstagen der gemeinsamen Einrichtungen waren es jedoch genau diese Branchen, die den rechtlichen Diskurs

vorangebracht haben. Die SOKA-BAU, deren Kassen in der Nachkriegszeit diese Rolle übernommen haben, gab es 1921 noch nicht.

Die Entwicklung der gemeinsamen Einrichtungen ist in gewisser Weise auch die Geschichte der Emanzipation der Verbände im Arbeitsrecht per se und der Entdeckung der Sozialpartnerschaft. Unter diesem Blickwinkel kann sie sogar als logischer Endpunkt der Entwicklung des modernen Tarifrechts betrachtet werden. Erst die Einführung der Allgemeinverbindlicherklärung durch die Tarifvertragsordnung (TVO) ermöglichte eine bis dahin unbekannte Breitenwirkung.

Die wissenschaftliche Aufarbeitung der Genese der gemeinsamen Einrichtungen steht jedoch erst am Anfang. Viele Kontroversen berührten die Geschichte der Sozialkassen allenfalls.⁴ Die vorerst letzte zentrale Diskussion erfolgte anhand der SokaSiG-Gesetzgebung. Doch auch hier wird die Genese nur kurz gestreift, allerdings mit einem bemerkenswerten Fingerzeig: In der Gesetzesbegründung wird die historische Perspektive eröffnet und die Traditionslinie bis in die Weimarer Republik betont.⁵ Der folgende Beitrag versucht daher, trotz der schwierigen Quellenlage, einige Entwicklungslinien des tariflichen Sozialkassenverfahrens nachzuzeichnen.⁶

1 Vgl. *Preis*, RdA 2019, 75, 70, der das Sozialrecht sogar zum Ausgangspunkt systematischer Schutzgesetzgebung für Arbeitnehmer macht.

2 *Thüsing/v.Hoff*, ZfA 2008, 77, 79.

3 <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/merkblatt-sozialkassen.html> (2.12.2021).

4 *Assenmacher*, Funktionen und Befugnisse der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Münster 2003 (zugl. Münster, Univ., Diss 2003), S. 1; *Bötticher*, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1996, S. 10; *Fechner*, Ein Schritt voran: Rechtsgutachten zur Vorsorgekasse des deutschen Holzgewerbes, Düsseldorf 1965, S. 13; *Zöllner*, Empfiehlt es sich, das Recht der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) gesetzlich näher zu regeln? Gutachten G zum 48. Deutschen Juristentag, München 1970, G 15; andere Darstellungen konzentrieren sich oftmals nur auf eine Branche: vgl. *Blumensaat*, 25 Jahre Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft, Wiesbaden 1975; *Witt*, 65 Jahre Urlaubskasse, Berlin 2015.

5 BT-Drs. 18/10631, S. 634 zum Sozialkassenverfahren im Baugewerbe.

6 Deswegen bleiben auch andere gemeinsame Einrichtungen außer Betracht, vgl. etwa zum Gesamthafenbetrieb Lübeck, BAG, 25.1.1989 – 5 AZR 43/88 – BeckRS 9998, 152061, vgl. auch zu den unterschiedlichen Funktionen: *Bötticher* (Fn. 4), S. 10 ff.

II. Der Begriff »Sozialkasse«

Der Begriff der Sozialkasse wird heute im Wesentlichen auf solche Systeme angewandt, die § 4 Abs. 2 iVm. § 5 TVG widerspiegeln.⁷ Über einen Tarifvertrag und eine Satzung wird ein System erzeugt, das eine zentrale Stelle benennt, bei der die Mittel zusammenlaufen und welches über die Allgemeinverbindlichkeit eine Breitenwirkung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber entfaltet.

Allerdings wird der Begriff »Sozialkasse« nicht allein auf die gemeinsamen Einrichtungen iSv. § 4 Abs. 2 TVG bezogen. Ein gutes und vergleichsweise aktuelles Beispiel für die Begriffsnutzung ist etwa die Künstlersozialkasse aus dem Jahr 1983, die auf dem Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten (KSVG⁸) basiert. Sie ist der Unfallversicherung Bund und Bahn zugeordnet, eine rechtsfähige bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Teil der gesetzlichen Unfallversicherung ist. Diese Kasse koordiniert die Beitragsabführung für ihre Mitglieder zu deren jeweiliger Krankenversicherung und zur gesetzlichen Renten- und Pflegeversicherung.⁹ Im Folgenden soll der Begriff der Sozialkasse auf die gemeinsamen Einrichtungen iSv. § 4 Abs. 2 TVG bezogen werden. Nicht zuletzt durch das SokaSiG hat der Begriff der Sozialkasse bzw. des Sozialkassenverfahrens neben seiner praktischen Übung seine normative Bestätigung für das Tarifvertragsrecht erhalten.¹⁰

III. Historische Traditionslinien bis zur Weimarer Republik

Auch wenn erst die Weimarer Republik alle Mittel bereitstellte, um das tarifliche Sozialkassenverfahren zu konstituieren, reichen insbesondere das Kassensystem von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite sowie der Gedanke der Lohnabführung mit sozialer Zweckrichtung deutlich weiter zurück.

1. Die Kassen bis zur Weimarer Republik

Zunächst liegt nahe, das Sozialkassenverfahren auf die Kassenführung zurückzuführen. Der Begriff der Kasse leitet sich vom italienischen Wort »cassa« ab, was sich wiederum aus dem lateinischen Wort »capsa« entwickelt hat. Die cassa war der Ort, an dem das Geld aufbewahrt

wurde und fand seine Verbreitung als Fachbegriff, insbesondere im florierenden Bankengewerbe Oberitaliens.¹¹ Die Verwendung des Wortes Kasse lässt sich im südlichen deutschsprachigen Raum auf das 16. Jh. zurückdatieren.¹²

Das Modell sozialer Beitragssammlung ist allerdings älter als die Nutzung des Begriffs. Man sprach dann aber eher vom Büchsen- oder Hüttenpfennig. Dieser Pfennig wurde etwa für finanzielle Hilfen an Kranke, Verunfallte, Invaliden oder Witwen und Waisen tödlich verunglückter Bergleute verausgabt.¹³ Ein oft zitiertes Beispiel hierfür ist die Bergordnung des Rathes zu Goslar für den Rammelsberg von 1476, nach der die Bergarbeiter verpflichtet waren, einen Büchsenpfennig zu geben.¹⁴ Die Bergbruderschaft per se und die Sozialfürsorge lässt sich sogar auf den 28. Dezember 1260 datieren.¹⁵

Ähnliche Bedeutung erlangte auch das Kassenwesen der Zünfte. Das Zunftwesen gründete auf festen Regeln.¹⁶ Die meisten Gesellschaften unterhielten eigene Kassen, die sich aus Beiträgen bei Aufnahme in die Gesellschaft oder aus fortlaufenden Beträgen finanzierten.¹⁷ Diese Gesellschaften verstanden sich als eng verbundene Zusammenschlüsse, zu deren Aufgabe auch die Versorgung erkrankter Mitglieder zählte. Ein weiteres wichtiges Thema war die Beerdigung verstorbener Gesellen sowie die Witwenversorgung.

Die meist selbstverwalteten Kassen hatten den Zweck, über Beitragszahlungen für einen typischen Armutsfall

7 Greiner/Hanau/Preis, SR 2014, 2; Greiner, BB 2018, 2996; vgl. zuletzt Grzeszick, NZA 2021, 757.

8 Gesetz vom 27.7.1981 – BGBl. I 1981, S. 705.

9 Die Künstlersozialkasse ist anders verfasst als tarifliche Sozialkassen. Das System basiert darauf, dass Künstler die Leistungen zu 50 % tragen und die Künstlersozialkasse selbst die übrigen 50 % beisteuert, die sich zu 20 % aus einem Zuschuss des Bundes und zu 30 % von Unternehmen zusammensetzen, die Kunst und Publizistik verwerten.

10 Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz – SokaSiG) vom 16.5.2017 – BGBl. I 2017, S. 1210, BT-Drs. 18/10631; zur Verfassungsgemäßheit: BVerfG, 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17 – NZA 2020, 1338; vgl. auch Ulber, NZA 2021, 763.

11 Deutsches Rechtswörterbuch »Kasse«, S. 486 = <https://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw-cgi/zeige?index=lemmata&term=Kasse> (2.12.2021).

12 Deutsches Rechtswörterbuch »Kasse« (Fn. 11), S. 487.

13 Hierzu ausführlich zum sozialen Bergrecht: Ludyga, RdA 2011, 299.

14 Ludyga, RdA 2011, 299, 305 mwN.

15 Hieran knüpften die Knappschaften 2010 an, als sie ihr 750-jähriges Bestehen feierten: https://www.kbs.de/DE/UeberUns/Geschichte/geschichte_node.html (2.12.2021).

16 Sodan, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl., München 2018, § 1 Rn. 3.

17 Frerich/Frey, Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 9.

ihrer Mitglieder – insbesondere Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit – diese vor der Inanspruchnahme der Armenfürsorge zu bewahren.¹⁸ Ihre Bedeutung stieg in der zweiten Hälfte des 19. Jh. deutlich.

In der Folge wurde das Potenzial dieses Systems vom Staat bzw. von den »Fürsten« erkannt. So wurden etwa die Meister in die Pflicht genommen, wenn die Mittel der Gesellenkasse nicht ausreichten, um die Kosten für die medizinische Versorgung zu tragen. Es sind diese Strukturen, die in der Folge zur Herausbildung der Gesellenkrankenkassen führen und in der Krankenkasse und der Krankenversicherungspflicht im Deutschen Reich im Zuge der sozialen Frage enden.¹⁹ Der Begriff der Krankenkassen hat dabei eine bemerkenswerte Kontinuität. Noch heute gibt es die Allgemeinen Ortskrankenkassen. Allerdings sind diese Kassen zentrale Akteure des Sozialrechts.

Will man sich nicht in der Geschichte und der Heterogenität des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation und seinem Nachfolger, dem Deutschen Bund, verlieren, bietet es sich an, ein Schlaglicht auf Preußen²⁰ zu werfen. Bemerkenswert erscheint etwa die Regelung Preußens zur Beibehaltung und Neubildung gewerblicher Unterstützungskassen (»Cassen«) der Gesellen und Gehülfen durch die neue allgemeine Gewerbe-Ordnung für die Preußische Monarchie²¹ in § 144 GewO (GewO 1845). Die Regelung sah sogar vor, dass Gesellen und Gehülfen nicht von dem Beitritt ausgeschlossen werden durften, nur weil diese nicht bei einem Innungs-Genossen arbeiteten. § 145 der GewO 1845 erstreckte diesen Regelungsansatz dann auf Fabrik-Arbeiter. Eine Aussage zur Organisation enthielten diese Bestimmungen hingegen nicht. Wobei man im Lichte des Verbots der Bildung der Vereinigung der Arbeiter recht sicher sagen kann, dass die Bildung von Sozialkassen moderner Prägung nicht auf legalem Wege möglich war.

Ähnlich bestimmt auch § 56 der Verordnung vom 9. Februar 1849, betreffend die Errichtung von Gewerberäthen, Gewerbegerichten und verschiedenen Abänderungen der allgemeinen Gewerbeordnung (GewO 1849), dass durch Ortsstatuten die Krankenkassen, aber auch die Witwen- und Waisen-Unterstützungskassen durch Ortsstatut für alle geöffnet werden können.²² § 57 erlaubte Ortsstatute gegen Gewerbetreibende zur Beförderung von »Einrichtungen, welche [...] die Unterstützung [...] hilfsbedürftiger Gesellen oder Gehülfen« oder die »Fortbildung« dieser zum Gegenstand hatten. Die Regelung erlaubte es den Meistern einer Innung, diese Beiträge an

die Kassen zu zahlen. Bereits die Kommentierung von *Risch* aus dem Jahr 1853 weist auf die anvisierte Breitenwirkung dieser Regelung hin.²³ Dies galt insbesondere, weil nach § 58 GewO 1853 die für Gewerbetreibende und Gesellen geltenden Regelungen auch auf Fabrikunternehmer und Fabrikarbeiter ausgeweitet wurden, mit der Maßgabe, dass diese eine entsprechende Teilhabe an der Kassenverwaltung erhalten sollten.

Die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes vom 21. Juni 1869 (NGewO)²⁴ stützt diese Entwicklung. Deutlich tritt die Bedeutung in den §§ 140, 141 NGewO in den Vordergrund, die sich auf Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen für selbstständige Gewerbetreibende und Landesgesetze über die Kranken-, Hilfs- und Sterbekassen für Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter bezogen. § 141 Abs. 1 NGewO stellt die bis dahin geltenden Ortstatute unter den Vorbehalt eines Bundesgesetzes und Abs. 2 stellte sicher, dass die Mitgliedschaft nach Ortsrecht für solche Arbeitnehmer nicht bestehen musste, welche nachweisen, dass sie einer »anderen Kranken-, Hilfs- oder Sterbekasse« angehörten.

Nach der Reichsgründung zählten die Knappschaftskassen im Bergbau allein in Preußen im Jahr 1872 109.690 Mitglieder.²⁵ 1880 gab es allein in Preußen 4901 gewerbliche Unterstützungskassen mit ca. 839.000 Mitgliedern.²⁶ Ca. 21 % dieser Kassen waren Arbeitgeber getragen. Am bekanntesten ist wohl die Betriebskrankenkasse von *Alfred Krupp*, die bereits seit 1836 bestand.²⁷ Der Großteil der Kassen entwickelte sich hingegen auf Arbeitnehmerseite.

Eine interessante Beobachtung sind Diskussionen über die Organisation der Kassen auf Arbeitnehmerseite. So wurde beispielsweise 1902 in einem Beitrag der Zeitschrift

18 Vgl. *Fröhlich*, Die soziale Sicherung bei Zünften und Gesellenverbänden, Berlin 1976 (zugl. Köln, Univ., Diss 1974).

19 *Sodan*, in: *Sodan* (Fn. 17), § 1 Rn. 5–7.

20 Vertiefend: *Deter*, AuR 2018, G5.

21 Der Text ist abrufbar unter: http://dingler.culture.hu-berlin.de/article/pj095/mi095102_1 (2.12.2021).

22 Bei *Risch*, Die Verordnung vom 9.2.1849, Berlin 1953, betreffend die Errichtung von Gewerberäthen, Gewerbegerichten u. verschiedenen Abänderungen der allgemeinen Gewerbeordnung, 1853 finden sich auch Beispiele für dieses Ortsrecht.

23 *Risch* (Fn. 23), § 57 GewO 1853.

24 BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, Nr. 26, S. 245.

25 *Frerich/Frey* (Fn. 18), S. 64.

26 *Frerich/Frey* (Fn. 18), S. 57.

27 *Clemens*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., München 2019, Rn. 2.

»Der Tabak-Arbeiter« vehement dafür gestritten, dass die Gewerkschaft und die Unterstützungskasse getrennt werden müssten. Denn der höhere Beitrag könnte gerade dazu führen, dass Mitglieder die Gewerkschaft verlassen.²⁸ Auch dies mag ein Punkt gewesen sein, warum eine Einrichtung kraft Allgemeinverbindlichkeit später eine andere Strahlkraft entwickelt hat.

2. Der Soziallohn

Mit dem Kassenwesen eng verknüpft war die Frage nach dem Soziallohn. Der Begriff des Soziallohns ist heute kaum noch präsent. So findet sich etwa in der Entscheidung des BAG vom 7. März 1995 bereits im Kontext der betrieblichen Altersvorsorge die Aussage, dass mit Blick auf den Entgeltcharakter der Leistung in der älteren Rechtsprechung und Literatur von Soziallohn gesprochen werde.²⁹

Die Verbindung des Soziallohns zu den Sozialkassen ist augenfällig³⁰ und in der Tat ist es in der Literatur aber genau dieser Begriff, der am häufigsten betont wird, wenn man auf die Sozialkassen blickt.³¹ Buße etwa schreibt 1926 im Reichsarbeitsblatt, dass der Soziallohn die Bedeutung der Kassen weiter erhöht hat.³² Der Begriff bezeichnet die Entlohnung, die besondere Bedürfnisse bzw. Nachteile ausgleichen soll. Zentral für die Zeit ist das Denken in Zulagen bzw. Zuschüssen für Familie³³, Dienst- oder das Lebensalter etc.³⁴

In der Zeit des 1. Weltkriegs und danach stellte sich die Frage besonders deutlich, wie auf einen besonderen Bedarf der Arbeiter zu reagieren war. Insbesondere die finanzielle Mehrbelastung durch eine Familie, für die der Arbeiter der Alleinverdiener war, wurde zu einem Bezugspunkt der Lohnzahlung.³⁵ Dabei sollte der Begriff historisch nicht unterschätzt werden. Wie zentral und kontrovers diese Fragestellung etwa in den 20er-Jahren war, illustriert ein Beitrag in der Wochenzeitschrift des Zentralverbands der Steinarbeiter Deutschlands »der Steinarbeiter«. Der Beitrag gibt ein Gegenüber zweier Konzepte wieder: auf der einen Seite steht ein stetig wachsender Lohn gemessen an den Lebenshaltungskosten des Arbeiters und auf der anderen Seite ein Lohn, der den familiären Bedingungen des Arbeitnehmers Rechnung trägt.³⁶ In dem Beitrag wird der Soziallohn insbesondere als Gegenstück zum Akkordlohn betrachtet und als Benachteiligung lediger Arbeiter abgelehnt; ein Argument, das sich durch die Epoche zieht.

IV. Die Anfänge des tariflichen Sozialkassenverfahrens

Allein dieser cursorische Überblick macht deutlich, wie heterogen die Lage der Wohlfahrtseinrichtungen bei Schaffung des Deutschen Reichs war. Die folgende Entwicklung der Sozialkassen kann daher auch als Ausdruck eines langsam zusammenwachsenden Tarifvertragsrechts verstanden werden.³⁷

1. Die Klagbarkeit der Tarifverträge

Ein wichtiger Baustein wurde noch vor dem Krieg und vor der Weimarer Republik herausgebildet. § 152 Abs. 1 GewO³⁸ hob bekanntlich »Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehülfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittelst Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter« auf. Gleichwohl erklärte § 152 Abs. 1 GewO, dass »Jedem Teilnehmer der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen« freistehe und »aus letzteren weder Klage noch Einrede« statfinde. Damit machte § 152 GewO Kollektivvereinbarungen in ihren frühen Erscheinungsformen zu Naturalobligationen. Man konnte also nicht auf

28 NN., Der Tabak-Arbeiter 1902, Nr. 43.

29 BAG, 7.3.1995 – 3 AZR 282/94 – AP Nr. 26 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

30 RArbBl. 1922 (Nichtamtlicher Teil), S. 601, 602.

31 Assenmacher (Fn. 4) S. 5; Zöllner (Fn. 4), G 15.

32 Buße, RArbBl. 1926 (NAT), S. 57, 60.

33 Buße, RArbBl. 1926 (NAT), S. 57; vgl. zum sog. Familienlohn die Zusammenstellung in: Der Tabak-Arbeiter 1927, Nr. 13, S. 3.

34 Zöllner (Fn. 4), G 15.

35 Wollenweber, Die rechtliche Natur der Zuschusskasse der Tarifvertragsgemeinschaft deutscher Apotheker und zweckverwandter Einrichtungen, Endingen 1930 (zugl. Freiburg, Univ., Diss 1930), S. 5; Assenmacher (Fn. 4), S. 5; Rätz, Zuschusskassen im Tarifvertrag, Greifswald 1933 (zugl. Greifswald, Univ., Diss 1933), S. 9; Buße, RArbBl. 1926 (NAT), S. 57, 58.

36 Der Steinarbeiter 1922, Nr. 34; vgl. auch später: Der Steinarbeiter 1924, Nr. 52, S. 3 »Das Problem der Soziallöhne«; vgl. auch die Kontroverse 1920 bei den Buchdruckern: Korrespondent 1920, Nr. 50. S. 2; Korrespondent 1920, Nr. 139, S. 3; vgl. auch Rätz (Fn. 36), S. 9; eine ausführliche Darstellung findet sich bei: Buße, RArbBl. (NAT), S. 57.

37 Fehner (Fn. 4), S. 12 zieht sogar die Parallele zum Arbeitsrecht als solchem. In der Tat fällt das Sozialkassenverfahren selbst in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg noch in ein Rechtsgebiet, das sich erst noch finden muss und erst in der Folge zum modernen Arbeitsrecht erstarkt.

38 Die NGewO wurde 1883 zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich.

tarifliche Leistungen klagten. Für ein effizientes Kassenverfahren bot sich der Tarifvertrag schon deshalb vermutlich lange Zeit nicht an.

Mit seiner bahnbrechenden Entscheidung erkannte das Reichsgericht eben diese Klagbarkeit 1910 an.³⁹ Diese Entscheidung ist für das vorliegende Thema schon deshalb bemerkenswert, weil sich die Rechtsprechung deutlich von § 152 GewO distanzierte und den Sinn und Zweck des Tarifvertragssystems in den Mittelpunkt rückt. Besonders wichtig ist die – diskutierbare⁴⁰ – Akzentuierung des Instituts des Vertrags zugunsten Dritter mit Blick auf die Zweifelsregelung des § 328 Abs. 2 BGB.⁴¹ Noch vor Schaffung der TVO bestanden somit wichtige Grundlagen.

2. Das Stinnes-Legien-Abkommen

Die Weimarer Arbeitsgesetzgebung war dann deutlich »sozialer« als die des Kaiserreichs und es ist gerade die Sozialpartnerschaft, die das theoretische Fundament einer Sozialkasse als gemeinschaftliche Einrichtung begründete: Bereits am 15. November 1918, im Zuge der Novemberrevolution, schlossen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände das sog. Stinnes-Legien-Abkommen, dessen Name von den beiden zentralen Akteuren, *Hugo Stinnes* und *Carl Legien*, abgeleitet wird. Das Abkommen enthält nicht nur die Begründung der Sozialpartnerschaft von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden (Nr. 1). In der Klausel Nr. 6 wird festgelegt, dass die Arbeitsbedingungen für alle Arbeiter und Arbeiterinnen in Kollektivvereinbarungen festgelegt werden sollen. Diese sollten nach Nr. 8 über Schlichtungsausschüsse verfügen.

3. Die Anerkennung von Tarifvertrag und Allgemeinverbindlichkeit durch die TVO

Ein zweites Element hängt mit dem Stinnes-Legien-Abkommen unmittelbar zusammen. Durch die TVO vom 23. Dezember 1918 war die Frage nach Funktion und Wesen des Tarifvertrags zugunsten von *Sinzheimers* Verbandstheorie⁴² gelöst worden und stellte nunmehr die Möglichkeit bereit, rechtssicher Tarifverträge auszuhandeln.

Im Kontext dieser Entwicklung lohnt der Blick auf *Sinzheimers* Perspektive auf das Tarifvertragsrecht. Denn *Sinzheimer* selbst trieb die Entwicklung des Tarifvertragsrechts voran. 1919 schrieb *Sinzheimer* in seinem berühmten Aufsatz »Wesen und Bedeutung des Koalitionsrechts«:

»Das Koalitionswesen ist nur zu verstehen, wenn man die Tätigkeit der Koalitionen, soweit sie auf die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen abzielt, als ein Mittel dazu ansieht, planvoll und bewusst soziales Recht zu schaffen und zu erhalten. Wir verstehen unter sozialem Recht solche Normen, die nicht der Staat geschaffen hat, sondern unmittelbar durch die gesellschaftlichen Kräfte selbst hervorgebracht wird. Bisher kannte die Rechtswissenschaft dieses soziale Recht nur in Form des Gewohnheitsrechts [...].«⁴³

1919 blickte *Sinzheimer* in die Zukunft:

»Koalitionsrecht bedeutet hiernach das staatlich anerkannte und geregelte Recht der Koalitionen auf Teilnahme an der Bildung und Verwaltung des Arbeitsrechts. Es ist ein subjektives öffentliches Recht, ein Anspruch an den Staat auf soziale Autonomie, ein Recht auf soziale Organschaft im Staate.«⁴⁴

Es soll an dieser Stelle nicht darum gehen, *Sinzheimer* selbst auszulegen, aber die Parallele dieser Gedanken, gerade die Verwaltung des Arbeitsrechts durch die Koalitionen ist eine offensichtliche Schnittstelle zu gemeinschaftlichen Einrichtungen wie wir sie heute kennen. Nicht gleichgesetzt werden sollte *Sinzheimers* Ablehnung eines Kammersystems, wie es *Lujo Brentano* vorschwebte, mit der Idee gemeinsamer Einrichtungen bzw. Sozialkassen. Es ist vielmehr das Institut der Allgemeinverbindlichkeit, das *Sinzheimer* diesem Ansatz entgegenstellt.⁴⁵

Genau diese Allgemeinverbindlichkeit ist dann auch der letzte Baustein des Tarifvertragsrechts, durch den das tarifliche Kassenverfahren möglich gemacht wurde. § 2 der TVO lautete:

»Das Reichsarbeitsamt kann Tarifverträge, die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen des Berufskreises in dem Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt haben, für allgemein verbindlich erklären.«

In seiner berühmten Schrift »Ein Arbeitstarifgesetz – Die Idee der sozialen Selbstbestimmung« von 1916 betrachtete *Sinzheimer* dieses Institut noch unter dem Blickwinkel eines Ausblicks, wobei er selbst die ersten Ansätze auf

39 RG, 20.1.1910 – Rep. VI 660/08 – RGZ 73, 92.

40 Klumpp, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (im Folgenden: MüHdbArbR), 4. Aufl., München 2019, § 225 Rn. 12.

41 RG, 20.1.1910 – VI 660/08 – RGZ 73, 92, 105.

42 Zichert, RdA 2001, 104, 107; vgl. auch MüHdbArbR-Richardi (Fn. 41), § 2 Rn. 24.

43 *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden, Bd. 1, Frankfurt aM. u. Köln 1976, S. 173, 174.

44 *Sinzheimer* (Fn. 44), S. 174.

45 *Sinzheimer* (Fn. 44), S. 190 f.

1908 und 1910 datiert.⁴⁶ Die Allgemeinverbindlichkeit wurde in ihrer historischen Perspektive auch nicht mit der Lohndebatte verbunden, sondern klar auf die sozialpolitischen Inhalte der Tarifverträge bezogen. Und in der Tat nimmt *Sinzheimer* die Arbeitskammer zum Modellbild für die Verallgemeinerung der Tarifverträge. Auf S. 207 seiner Schrift findet sich dann so etwas wie eine Initialzündung des wirkmächtigen Autors. Er fordert:

»Wonach wir streben müssen, ist die Loslösung aller Verwaltungsgeschäfte, die den Arbeitsverkehr und die Regelungen der Arbeitsbeziehungen zum Gegenstand haben, von der allgemeinen Verwaltung.«

Nur dann sei eine Organisation der Verwaltungstätigkeit möglich, die den besonderen Interessen der Beteiligten entspreche – und noch viel wichtiger: Alle Gruppen müssten mitwirken.

4. Das Jahr 1921

Von diesen Grundlagen ausgehend bietet es sich an, das Jahr 1921 einmal schlaglichtartig zu beleuchten. In diesem Jahr erfolgten wichtige Entwicklungen. 1921 ist anfangs ein unscheinbares Jahr – für diese Zeit.⁴⁷ Jedoch zeichnete sich bereits 1921 ab, was in den folgenden beiden Jahren in Form der Hyperinflation folgen sollte. Während die Reichsmark Anfang des Jahres schon erheblich unter dem Vorkriegswert stand, war sie am Ende des Jahres nur noch ein Hundertstel wert. Bis 1923 sollte die Hyperinflation im Prinzip sämtliche Vermögen aufgezehrt haben. Das führte zu dem viel zitierten Bild, dass die Guthaben der Kassen »wie Schnee in der Sonne« schmolzen⁴⁸ und zu der Frage wie sich die Kassen finanzieren konnten, um ihre Zwecke zu erfüllen.

a) Die Urlaubsfrage

Neben den Hilfskassen tritt in dieser Zeit auch der Urlaubsanspruch in den Tarifverträgen in den Vordergrund. Denn diese Frage wurde in den Tarifverträgen immer bedeutsamer und kam alsbald nach dem 1. Weltkrieg wieder auf.⁴⁹

Viele Arbeitnehmer waren wegen des häufigen Arbeitgeberwechsels nicht in der Lage, die ihnen zustehenden Urlaubsansprüche geltend zu machen. Da die meisten Tarifverträge auf die Verweildauer im Betrieb abstellten, führt auch ein tarifvertraglicher Anspruch auf Basis der neu geschaffenen TVO und sogar mit Blick auf eine Allgemeinverbindlichkeit nicht weiter. Es bedurfte eines neuen Systems – auf der Grundlage des mühsam erarbeiteten Besitzstandes.

Die »Mitteilungen aus dem Tarifwesen« im Reichsarbeitsblatt 1921 diskutieren daher unter der Überschrift »Urlaub« verschiedene Kassenmodelle.⁵⁰ Ausgehend von dem Befund, dass der Urlaub alsbald zum »eisernen Bestand« aller Tarifverträge werden wird, problematisiert die Publikation die Voraussetzung der längeren Beschäftigungsdauer und sieht gerade im Baugewerbe und etwa auch bei den Zimmerern große Probleme. Daher diskutiert die Mitteilung sog. Ferienkassen. Bemerkenswert ist dabei, dass diese Kassen einem doppelten Zweck dienen sollten. Denn diese Kassen sollten nicht nur den Jahresurlaub der Arbeitnehmer absichern, sondern auch die »zufälligen« Arbeitgeber von der Belastung mit der gesamten »Urlaubsschädigung« befreien.⁵¹

Das Reichsarbeitsblatt stellt dann zwei Publikationen dar: eine Meldung aus »Der Grundstein« und eine Meldung aus »Der Zimmerer«. Der Grundstein referiert in seiner Ausgabe vom 22. November 1919⁵² die Ansicht von *Troitscht*, »dass die Tarifverträge für rechtsverbindlich erklärt werden könnten, werden auch unorganisierte Unternehmer zu zwingen sein, dahingehende Vereinbarungen anzuerkennen«. Der Vorschlag wandte sich auch gegen ein eigenes Umlagesystem innerhalb der Arbeitnehmerschaft an die Verbandskasse, weil dieses Verfahren die Beitragseinziehung zu sehr belasten würde. Im Streitfalle wäre das Verhältnis der Arbeitnehmer zum Verband verschlechtert.

Vielmehr schlug *Troitscht* vor, ein Marken-Karten-System einzuführen.⁵³ Jeder Arbeitnehmer sollte eine Karte erhalten und diese dem Arbeitgeber bei Dienstantritt aushändigen. Das Feriengeld sollte dann von einer festzusetzenden Kasse ausgezahlt werden. Als Kassenstellen schlug *Troitscht* noch eine Alternative aus Bezirks- bzw. Orts-Arbeitgeberverbänden oder die Arbeitnehmerorganisation vor. Dort müssten auch die Arbeitnehmer ihre Marken kaufen.

46 *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz, 2. Aufl., Berlin 1977, S. 203 u. S. 205.

47 Vgl. *Ramm*, GS Kahn-Freund, 1980, S. 225 zur Arbeitsverfassung der Weimarer Republik.

48 *Hartmann/Horn/Delhey*, in: Rieger ua. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, 86. Aufl., Heidelberg 2021 (im Folgenden: HK-AHM), Rn. 1 »Versorgungswerk«.

49 *Witt* (Fn. 4), S. 1.

50 RArbBl. 1921 (Nichtamtlicher Teil), S. 1077, 1078 linke Spalte.

51 RArbBl. 1921 (Nichtamtlicher Teil), S. 1077, 1078 rechte Spalte.

52 Der Grundstein 1919, Nr. 46/47, S. 279.

53 Der Grundstein 1919, Nr. 46/47, S. 279.

In der Zeitschrift »Der Zimmerer« erschien 1921 ein Beitrag mit dem Titel »Zur Ferienfrage im Baugewerbe«. ⁵⁴ Hier wird eine intensive Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite geschildert. Ferner wird vorgeschlagen, den Lohn um 20 Pfennige zu erhöhen und diesen Lohn nicht an die Arbeitnehmer, sondern vom Arbeitgeber an eine von den vier Arbeitnehmerorganisationen zu gründende Ferienkasse auszuzahlen. Dieser Vorschlag wurde vom Zentralverband der Zimmerer als »unzureichend und ungeeignet« erachtet. Für die Arbeitgeberseite war bereits die Entlohnungsfrage anders zu beantworten. Eine Entlohnung für die Urlaubstage hätten die Arbeiter nicht zu beanspruchen. Hintergrund des Streits war auch eine disparate Tarifvertragssituation, aus der die Arbeitgeberverbände einen Bruch des Reichstarifvertrags für das Hochbaugewerbe erkannten. In der Sache ging es um die Entscheidungskompetenz des Haupttarifamtes. In der Folge, am 5. August, kam es unter Abwesenheit der Arbeitgeberseite zu einer Entscheidung der Haupttarifämter für Hoch- und Tiefbau und man entschied die Frage zugunsten eines Ferienanspruchs unter Fortzahlung des Lohns. Beide Parteien sollten die Allgemeinverbindlicherklärung beantragen. Die Arbeitgeberseite trug die Entscheidung nicht mit. ⁵⁵ Die Tarifämter in den Bezirken folgten hingegen der Entscheidung. ⁵⁶

Diese Momentaufnahme und die Rezeption durch das Reichs-Arbeitsblatt zeichnen einen guten Einblick in die Gedankenwelt dieser Zeit. Denn es ging zwar darum, fundamentale Rechte zu erkämpfen, jedoch schlossen sich eine ganze Reihe von Detailproblemen an. Für die Entscheidung des Haupttarifamtes konzidieren die Mitteilungen dann auch schon im gleichen Jahr, dass diese Entscheidung die Erwartungen an die Ferienfrage nicht befriedigen wird. ⁵⁷

b) Die Zuschusskasse der Apotheker

Es ist auch das Jahr 1921, in das die Gründung der zum damaligen Zeitpunkt prominentesten Sozialkasse fällt.

(1) Die Verheirateten-Zuschusskasse

Für die Apotheker bestand nahezu ein klassisches Problem des Soziallohns. Denn die Gehaltsstruktur orientierte sich bereits früh an den Sozialdaten. Daher konstatierte man, dass in aller Regel jüngere und unverheiratete Arbeiter älteren, verheirateten Arbeitern vorgezogen würden. ⁵⁸ Hierauf reagierte man mit der Verheirateten-Zuschusskasse. Diese trat am 1. Januar 1921 ins Leben. ⁵⁹ In der Apotheker-Zeitung lässt sich in jeder Ausgabe des Jahres 1921 gut nach-

vollziehen, wie schwierig sich die Beitragseinziehung gestaltete. ⁶⁰ Die Organisation der Kassen war für die Zeit besonders. Denn sie lag nicht nur in der Hand der Arbeitgeber, der Apotheker, sondern auch in der Hand der Angestellten. ⁶¹

Die Arbeitssoziologie der Apotheken ist wegen der Nähe des Apothekers und seiner Tätigkeit zu seinen Beschäftigten und der gewöhnlichen Größe einer Apotheke sicherlich nicht, auch nicht in der damaligen Zeit, verallgemeinerbar. Allerdings zeigt dieses Verfahren bereits klassische Merkmale des Sozialkassensystems.

(2) Die Zuschusskasse der Apotheker

In der Folge und insbesondere 1922 wurde dieser Gedanke zu einer einheitlichen Gehaltskasse weiterentwickelt. ⁶² Im Jahr 1927 löste denn auch eine Zuschusskasse die Verheirateten-Zuschusskasse ab. ⁶³

Den Tarifvertrag der Tarifvertragsgemeinschaft deutscher Apotheker schlossen der Deutsche Apotheker-Verein und der Gewerkschaftsbund der Angestellten, dieser vertreten durch seine Reichsfachgruppe Verband deutscher Apotheker. § 11 des Tarifvertrags sah die Bildung einer Zuschusskasse vor. Wiederum ging es um den Ausgleich der erhöhten Ausgaben für ältere oder verheiratete Angestellte. Die Kasse war als Gesellschaft bürgerlichen Rechts konzipiert und ihre Satzung sollte Teil des Tarifvertrags sein.

Das Aufkommen der Summe sollte zu einem Teil durch Abzug von Lohn der Angestellten und durch einen entsprechenden Beitrag des Arbeitgebers sichergestellt werden. Dabei bezog sich § 11 ausdrücklich auch auf das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung.

Das gleiche galt auch für die Satzung der Zuschusskasse ⁶⁴, diese nahm in § 1 ausdrücklich auf die Allgemeinver-

⁵⁴ Der Zimmerer 1921, Nr. 32.

⁵⁵ RArbBl.1921 (Nichtamtlicher Teil), S.1077, 1079 linke Spalte.

⁵⁶ Vgl. auch für das Tarifamt Erfurt, Der Zimmerer 1921, S.255 f.; RArbBl. 1921 (Nichtamtlicher Teil), S.1077, 1079 linke Spalte.

⁵⁷ RArbBl. 1921 (Nichtamtlicher Teil). S.1077, 1079 linke Spalte.

⁵⁸ Apotheker-Zeitung 1922, S.186, 187.

⁵⁹ Apotheker-Zeitung 1921, S.66.

⁶⁰ Vgl. etwa: Apotheker-Zeitung 1921, S.29.

⁶¹ RArbBl. 1922 (Nichtamtlicher Teil), S.601, 602.

⁶² Apotheker-Zeitung 1922, S.186, 187.

⁶³ Abgedruckt bei: Urban/Böttger-Urban, Apothekengesetze: Nach deutschem Reichs- und preußischem Landesrecht, Berlin 1927, S.176; vgl. auch Zöllner (Fn. 4), G 15.

⁶⁴ Abgedruckt bei: Urban/Böttger-Urban, Apothekengesetze: Nach deutschem Reichs- und preußischem Landesrecht, Berlin 1927, S.181.

bindlicherklärung vom 13. April 1927, mit Wirkung vom 1. Januar 1927, Bezug. Zentrales Gremium war der Verwaltungsrat, bestehend aus dem 1. und 2. Vorsitzenden des Rechtsausschusses und dem Geschäftsführer. Dieser Reichsausschuss setzte sich nach § 10 des Tarifvertrags aus drei Arbeitnehmervertretern und drei Arbeitgebervertretern zusammen. Dieser Aufsichtsrat setzte nach § 9 die Höhe der einzusendenden Abzüge und Beiträge fest. Kontrolliert wurde der Verwaltungsrat vom Aufsichtsrat.

(3) Die Rolle der Allgemeinverbindlichkeit

Wollenweber beschreibt in seiner Dissertation 1930 eine klare Gedankenführung bei der Schaffung der Kasse. Hätte die Beitragspflicht nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien getroffen, wären die beitragsverpflichteten, aber nicht zuschussberechtigten Mitglieder alsbald ausgetreten.⁶⁵ Eine rein schuldrechtliche Bindung der Tarifvertragsparteien wäre durch Austritt ebenfalls hinfällig gewesen. Die einzige Möglichkeit auf dieses Problem zu reagieren war somit die Allgemeinverbindlicherklärung.⁶⁶ Genau deshalb galt es eine für alle Berufsangehörigen umfassende Kasse zu schaffen.⁶⁷

(4) Die bayrische Apothekerversorgung

Der Berufsstand der Apotheker ist in historischer Hinsicht auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt bemerkenswert: Neben das tarifliche Sozialkassenverfahren der Apotheker trat 1925 die Bayerische Apothekerversorgung als berufsständiges Versorgungswerk, welche noch heute existiert.

Während die Zuschusskasse nach § 11 des Tarifvertrags auf die gleichmäßige Aufbringung der Beiträge von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite ausgerichtet war, hatte und hat die Bayerische Apothekerversorgung gemäß § 1 S. 3 ihrer Satzung (Stand: 2021) die Aufgabe, ihre Mitglieder und deren Hinterbliebenen zu versorgen. Hierbei orientiert sie sich an der Kammerzugehörigkeit und zielt insbesondere auf die Versorgung von Selbstständigen.⁶⁸ Diese Versorgung kann und konnte das Tarifvertragsrecht nur bedingt bereitstellen, wie auch heute noch § 12a TVG zeigt. Während eine Verpflichtung von Selbstständigen für das Tarifvertragssystem erforderlich war und ist, ist eine Berechtigung nur über die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person möglich. Für die Entstehung der Bayerischen Apothekerversorgung dürfte zudem die versicherungsrechtliche Behandlung der Apothekeninhaber ursächlich gewesen sein. Das System war ursprünglich nur auf Arbeiter und Angestellte ausgelegt.⁶⁹

5. Die Entwicklung nach 1921 (Überblick)

Während für das Jahr 1922 elf Ausgleichskassen gezählt werden, berichtet Wollenweber 1930, dass ein Großteil dieser Kassen wegen der Geldentwertung wieder geschlossen wurde. Er konstatiert für das Jahr 1929 genau zwei Ausgleichskassen.⁷⁰ Buße konstatiert dann etwa für das Jahr 1926, dass die Mehrheit der Kassen allein vom Arbeitgeber getragen würde.⁷¹ Das überrascht nicht wirklich. Trotzdem wäre es verkürzt, diese Entwicklung allein als Rückgang wegen der Geldentwertung einzuordnen. Im Folgenden sollen daher einige brancheninterne Diskussionen nachgezeichnet werden.

a) Buchdrucker

Frühe Ansätze finden sich etwa bei den Buchdruckern.⁷² Zugleich gibt die Zeitschrift »Der Korrespondent« einen guten Einblick darin, wie kontrovers die Frage nach Zulagen für Verheiratete innerhalb der Buchdrucker diskutiert wurde.⁷³ Auch in den Tarifverhandlungen 1920 kommt die Frage auf und scheitert dort. Selbst eine Ferienkasse konnte sich nicht durchsetzen.⁷⁴ Das deckt sich mit dem etwas groben Befund, dass die Buchdrucker generell Sozialpolitik der bzw. mit Unternehmern skeptisch gegenüberstanden, selbst aber über eine ganze Reihe von lokalen Unterstützungskassen verfügten. Todt/Radandt⁷⁵ sprechen etwa davon, dass von den bis 1848 bestehenden 66 lokalen Unterstützungskassen allein 31 von Buchdruckern gegründet worden seien.

b) Die Tabakarbeiter

Gerade für Branchen mit einem häufigen Arbeitgeberwechsel bot sich diese neue Struktur an.⁷⁶ Denn die über-

65 Wollenweber (Fn. 36), S. 9.

66 Wollenweber (Fn. 36), S. 9.

67 Wollenweber (Fn. 36), S. 10.

68 Zur Rentenversicherungspflicht angestellter Freiberufler: Giesen, NZA 2014, 1297.

69 Gittenberger, in: Körner ua. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, München Juli 2021, § 2 SGB VI Rn. 2.

70 Wollenweber (Fn. 36), S. 49; Buße, RArbBl. 1926 (NAT), S. 57, 60.

71 Buße, RArbBl. 1926 (NAT), S. 57, 60.

72 Schnürpel, Der Korrespondent 1920, Nr. 50, S. 2.

73 Der Korrespondent 1920, Nr. 50, S. 2; Der Korrespondent 1920, Nr. 139, S. 3.

74 Der Korrespondent 1920, Nr. 139, S. 3.

75 Todt/Radandt, Zur Frühgeschichte der deutschen Gewerkschaftsbewegung 1800–1849, Berlin 1950, S. 61 ff.

76 Oetker, GS Heinze, 2004.

betriebliche Struktur der tariflichen Einrichtungen ermöglichte eine andere Form der Flexibilität. Dennoch zeigt sich die Diskussion etwa bei den Tabakarbeitern in einem anderen Licht. In einem Beitrag in der Zeitschrift »Der Tabak-Arbeiter« wird etwa die Frage diskutiert, wer eine Kasse tragen solle. Im Rahmen des Beitrags wird dann die Meinung zitiert, dies könne die Gewerkschaftskasse sein, eine »besondere Ausgleichskasse« sei »überflüssiger Luxus«. Die Gewerkschaften hätten den Apparat bereits.⁷⁷ In dem Beitrag geht es ansonsten wiederum schwerpunktmäßig um die Gegenüberstellung von Sozial-, hier: Familienlohn und gleiche Entlohnung. Abermals wurde vor der Ungleichbehandlung der Ledigen gewarnt.

Betrachtet man die Urlaubsregelungen, bleibt die Entwicklung ebenfalls hinter den Vorschlägen aus dem Bauergewerbe zurück. So regelt der Schiedsspruch vom 12. April 1927 zwischen dem Reichsverband Deutscher Zigarrenhersteller und dem Deutschen Tabakarbeiter-Verband⁷⁸, dass Urlaub in dem Betrieb zu nehmen ist, wo man arbeitet. Treten die Arbeiter dann in einen neuen Betrieb ein, könnten sie keinen Urlaub nehmen.

c) Die Steinsetzer

Gut rekonstruieren lässt sich auch die Tarifaueinandersetzung der Steinsetzer. 1931 bestimmte § 8 des Reichstarifvertrags, dass die Bildung von Wohlfahrtseinrichtungen gefördert werden soll. Die Bestimmung listet dann insbesondere die Lohnfortzahlung bei Arbeitsbehinderung oder Witterungsbedingungen auf und die Gewährung von Urlaub bzw. Ferien. Beitragspflichtig waren nach § 8 Abs. 2 nur die Arbeitgeber. Die Gründung solcher Einrichtungen sollte auf der Ebene der Bezirke stattfinden. Die Einzelheiten sollten in den jeweiligen Lohn- und Arbeitstarifen geregelt sein. Hinter dieser Regelung stand das Problem, dass eine Regelung auf Ebene des Reichstarifvertrags sich nicht immer in die bestehenden Bezirksverträge einfügte.⁷⁹ Gleichwohl wollte man die bereits auf Bezirksebene bestehenden Einrichtungen bewahren.

d) Die Kassen in der Rechtsprechung

Wendet man den Blick der Rechtsprechung zu, geraten zwei bereits angesprochene Sozialkassen in den Fokus. Die erste grundlegende Entscheidung erging zur Apothekerkasse, die zweite zu einer örtlichen Wohlfahrtseinrichtung der Steinsetzer.

(1) Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Oktober 1928

Die soweit ersichtlich erste Entscheidung des RAG in diesem Kontext erging am 28. Oktober 1928.⁸⁰ In der Sache ging es um eine Regelung in einem Tarifvertrag über eine Zuschusskasse vom August 1927. Diese Regelung wurde im Oktober 1927 vom Reichsarbeitsminister für allgemeinverbindlich erklärt. Personell sollten die Pharmazettinnen und Pharmazeuten erfasst sein. Geografisch war das Gebiet des Deutschen Reichs erfasst.

Die Kasse selbst wurde als Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben, die einzigen Gesellschafter waren die damaligen Sozialpartner. Die Kasse finanzierte sich über einen Abzug vom Lohn der Pharmazeuten und einen gleichen Betrag aus eigenen Mitteln des Arbeitgebers. Die Zuschüsse sollten vorrangig älteren und verheirateten Arbeitnehmern zugutekommen.⁸¹

Man ahnt geradezu worum gestritten wurde: Die klagenden Verbände forderten die Zahlung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge auch von Außenseiterarbeitgebern. Interessanter ist wie gestritten wurde, denn das RAG stellte auf die Vertretungsbefugnis der klagenden Sozialpartner gemäß §§ 709, 714 BGB ab. Der damaligen Dogmatik folgend konnte die Kasse offenbar nicht selbst klagen.

Das RAG stellte zunächst den Zweck der Zusatzkasse als Wohlfahrtseinrichtung heraus. Das Gericht ordnete die die Kasse selbst betreffenden Regelungen als schuldrechtlich ein und trennte es von dem normativen Teil des Tarifvertrags.⁸²

Darüber hinaus enthielt der Tarifvertrag im normativen Teil unter der Überschrift »Regelung der Gehaltsbezüge«, dass der Arbeitgeber »arbeitsvertraglich verpflichtet« sei, das Tarifgehalt unter Abzug des Beitrags für die Zusatzkasse zu zahlen. Die gleiche Regelung enthielt auch die spiegelbildliche Pflicht des Arbeitgebers. Bemerkenswert ist dabei, dass diese Verpflichtungen zugleich einen Vertrag zugunsten Dritter iSv. § 328 BGB, nämlich zugunsten der Zusatzkasse, darstellen sollten. Diese Kon-

⁷⁷ Der Tabak-Arbeiter 1923, Nr. 5, S. 2.

⁷⁸ Der Tabak-Arbeiter 1927, Nr. 17, S. 3.

⁷⁹ Der Steinarbeiter 1927, Nr. 6, S. 2.

⁸⁰ RAG, 27.10.1928 – RAG 361/28 – Bensch. Samml. IV Nr. 49.

⁸¹ Ebd.

⁸² Ebd.

struktion nahm das RAG denn auch zum Anlass, diese Regelung dem normativen Teil des Tarifvertrags zuzuordnen.⁸³

Dass die Regelung für die Verbände und Mitglieder verbindlich war, stand während des Verfahrens zur Diskussion. Alle Beteiligten gingen hiervon aus. Rechtlich konzentrierte sich das RAG daher auf die Erstreckung der Außenseiter. Zunächst ging das Gericht auf die Argumentation des Berufungsgerichts ein: Für das RAG stand das systemische Argument im Vordergrund, dass die Zusatzkasse dem »ganzen Apothekerstand zugutekommen soll«. Weiter grenzte das Gericht die Kasse von einer Versicherung ab. Zwar weise die Kasse eine gewisse Verwandtschaft mit dem Wesen einer Versicherung auf, das Reichsaufsichtsamt für Versicherungen habe aber die Zugehörigkeit zu den Privatversicherungsunternehmen verneint. Auch einen Verstoß gegen Art. 159 WRV vermochte das Gericht nicht zu erkennen und räumte diesem Punkt genau einen Satz ein.

Allerdings war die Abrede nach Ansicht des Berufungsgerichts dennoch unwirksam. Das Gericht führte an, dass die Konstruktion mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht vereinbar sei. Ferner sei die Regelung für günstigere Regelungen abdingbar und die Zahlung des vollen Gehalts sei günstiger. Beide Punkte sind von großem wissenschaftlichem Interesse.

Der erste Einwand ist auch heute noch anzutreffen. Es dürfe nicht sein, dass Außenseiter gegen ihren Willen Beiträge zu einer Einrichtung zahlen sollten, die sie nicht geschaffen hätten. Das RAG erkannte in diesem Punkt eine Verkennung der Natur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung. Ein Vertrag zulasten Dritter sei zwar unzulässig. Hier läge aber gerade eine gesetzliche Regelung in Gestalt von § 2 TVO vor, die die Erstreckung legitimiere. Die Regelung könne auch Gegenstand eines Tarifvertrags sein, weil die Regelung ebenso gut in einem Arbeitsvertrag stehen könne.⁸⁴

Weiterhin unterzog das Gericht die Regelung selbst noch einer Inhaltskontrolle nach §§ 136, 138, 306 BGB.⁸⁵ Dabei tätigte das RAG zunächst eine wichtige Aussage beiläufig: Der Berufsrichter sei davon ausgegangen, dass die Einrichtung als solche im Rahmen eines Tarifvertrags durchaus erlaubt ist und dem Wohle der Beteiligten diene. Das RAG konzentrierte daher wiederum die Außenseiterwirkung und betonte die Entscheidungskompetenz des Reichsarbeitsministers.

Ebenso interessant würdigte das RAG auch den Umstand, dass die Arbeitnehmer selbst keinen Anspruch auf Leistungen der Zusatzkassen hätten.⁸⁶ Dies mache die Konstruktion nicht unsittlich. Vielmehr schlossen gemeinnützige Kassen, die zur Unterstützung bestimmter Personen errichtet seien, häufig einen Anspruch der Bezugsanwärter aus. Etwas anderes sei nur denkbar, wenn die Bezüge willkürlich erfolgten. Das schloss das RAG mit Blick auf die beiden klagenden Sozialpartner aus.

Gegen die Abdingbarkeit führte das RAG »das Gesamtinteresse des Apothekerstands« an. Zwar würden nur ältere und verheiratete Arbeitnehmer unmittelbar profitieren.⁸⁷ Dadurch würden aber auch Arbeitgeber, die diese beschäftigen, profitieren und auch jüngere Arbeitnehmer, die hier eine Aussicht erhielten. Dabei ließ das Gericht die Frage, auf wessen Interesse abzustellen ist, offen. Denn auch für den einzelnen Arbeitnehmer sei die Zusatzkasse bei richtiger und verständiger Würdigung günstiger. Der momentane Vorteil übersteige nicht den Spareffekt. Jeder Arbeitnehmer dürfe erwarten, den Zuschuss zu erhalten. Allein der Tod hindere ihn hieran und über diesen mache sich ein verständiger Arbeitnehmer keine Gedanken mit Blick auf die Beitragspflicht.

(2) Die Rezeption der Entscheidung

Die Entscheidung ist die erste und für ihre Zeit die zentrale Entscheidung zu den tariflichen Sozialkassen. Sie bestätigte das Konzept der sozialen Funktion der Lohngewährung und arbeitete wichtige Grundlehren für die damalige Dogmatik heraus.

In seiner Anmerkung zu der Entscheidung stellt *Nipperdey*, der selbst gutachterlich bei der Formulierung des Tarifvertrags tätig war, dann auch die große Bedeutung des Urteils heraus.⁸⁸ Grund hierfür war seiner Meinung nach, dass die Entscheidung die tarifvertragliche Regelung von Lohn unter Heranziehung von Zusatzkassen auf eine feste Basis stellte, die auch die Allgemeinverbindlichkeit ermöglichte. Im Kontext der damaligen Diskussion ist die Entscheidung auch ein gewisser Schlussstrich über die

83 RAG, 27.10.1928 – RAG 361/28 – Bensch. Samml. IV Nr. 49.

84 Ebd.

85 Ebd.

86 Ebd.

87 Ebd.

88 *Nipperdey*, Bensch. Samml. IV Nr. 49.

Unwirksamkeit der Beitragsregelungen.⁸⁹ Das Gleiche gilt auch für die Frage der Außenseiter-Bindung. *Wollenweber* etwa differenziert in seiner Schrift eher formal und betont, dass gar keine Vereinigung iSv. Art. 159 WRV vorliege.⁹⁰

Bemerkenswert an der Entscheidung ist auch, dass bis heute nachhallt, dass die gemeinsame Einrichtung keine juristische Person sein muss.⁹¹ Allerdings wird aus der Natur der Sache verlangt, dass die gemeinsame Einrichtung rechtsfähig sein muss.⁹²

(3) Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. Januar 1930

Hervorzuheben ist auch eine (Folge-)Entscheidung des RAG aus dem Jahr 1930.⁹³ Die Entscheidung erging zum Bezirkstarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband für das Steinsetz-, Pflasterer- und Straßenbaugewerbe für Mecklenburg, der freien Steinsetzer-Innung für den Regierungsbezirk Stralsund und dem Zentralverband der Steinarbeiter Deutschlands, Fachgruppe Steinsetzer vom 12. März 1928. Der Kläger wandte sich gegen den Kreiskommunalverband und forderte den höheren Tariflohn und die Abführung von Beiträgen an die nach dem Tarifvertrag errichtete Wohlfahrtskasse und deren Verwaltung. Das RAG bestätigte seine Rechtsprechung und betonte insbesondere, dass die Pflichten des Arbeitgebers zur Zahlung und Berichterstattung, die aufgebracht Mittel zur Urlaubsgewährung und zur Unterstützung im Falle der Arbeitslosigkeit sowie die Regelungen des Urlaubsanspruchs und auf Erwerbslosenunterstützung Teil des normativen Teils des Tarifvertrags seien.⁹⁴

e) Zwischenfazit

Die Entwicklung der Kassen stellt sich daher in dieser Zeit als ambivalent dar. Einerseits sind alle Elemente für den Auf- und Ausbau der Kassen durch das Recht und die Rechtsprechung vorhanden. Das theoretische Fundament war somit gelegt. Andererseits waren die kontroverse Frage um die soziale Funktion des Lohns als solche sowie der wirtschaftliche Hintergrund und die politisch komplexe Lage der jungen Republik nicht förderlich für die Entwicklung der tariflichen Sozialkassen.

V. Die Zeit des Nationalsozialismus

Wie für Deutschland, Europa und allzu bald die ganze Welt bedeutete die Zeit des Nationalsozialismus einen

tiefgreifenden Einschnitt. Für die Entwicklung des Tarifvertragsrechts und das tarifliche Kassensystem führt das nationalsozialistische Unrechtsregime ebenfalls zu einer tiefergehenden Zäsur.⁹⁵

1. Der Rückbau der Weimarer Republik

Die sozialen Errungenschaften der Weimarer Republik wurden, wenn sie nicht beseitigt wurden, der nationalsozialistischen Herrschafts- und Kriegsstrategie untergeordnet.⁹⁶ Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 begründete bekanntlich das Führerprinzip⁹⁷ gefolgt von der Fürsorgepflicht gegenüber der »Gefolgschaft« (§ 2 Abs 2 AOG). Gemäß § 65 Nr. 6 AOG wurde die TVO außer Kraft gesetzt. Damit wurde auch die Grundlage für tarifliche Sozialkassen beseitigt. Stattdessen durften die Treuhänder der Arbeit in ihrem Bezirk gemäß § 32 Abs. 2 AOG Arbeitsbedingungen »zum Schutze der Beschäftigten« in Form von sog. Tarifordnungen schriftlich erlassen.

2. Urlaub im Baugewebe

Ein Beispiel für dieses System ist die 16. Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit: Diese führt mit Datum vom 20. Mai 1936 ein Urlaubsmarken- und Urlaubskartensystem ein.⁹⁸ Nach § 1 dieser Verordnung konnte der Treuhänder der Arbeit in einer Tarifordnung bestimmen, dass im Baugewerbe oder im Baunebengewerbe, in denen kurzfristige Arbeitsverhältnisse üblich sind, ein Geldbetrag angesammelt wird und zu diesem Zweck in bestimmten Zeitabschnitten Urlaubsmarken in Teilbeträgen in die Urlaubskarte geklebt werden. Das Nähere sollte der Treuhänder der

89 *Wollenweber* (Fn. 36), S. 16 ff.

90 *Wollenweber* (Fn. 36), S. 31 f.

91 *MüHdbArbR-Klump* (Fn. 41), § 225 Rn. 21.

92 *Oetker*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 8. Aufl., München 2019, § 1 Rn. 799; *NK-TVG/Heuschmid*, § 1 Rn. 1128.

93 RAG, ARS 8, 143 m. Anm. v. *Nipperdey*.

94 RAG, ARS 8, S. 143, 151.

95 *Mayer-Maly*, RdA 1989, 233, 235: »Das bisherige kollektive Arbeitsrecht wurde [...] völlig beseitigt«; *Höpfner*, RdA 2020, 129, 136.

96 *Preis*, RdA 2019, 75, 81; vgl. auch *Rüthers*, AuR 1970, 97, speziell zur Betriebsverfassung.

97 Zur Perspektive auf das Arbeitsrecht: *Mayer-Maly*, RdA 1989, 233, 235.

98 RGL 1936 I, S. 454; hierzu auch *Witt* (Fn. 4), S. 2 und *Kalckbrenner*, RArbBl. 1936 (NAT) II, S. 281.

Arbeit in der Tarifordnung bestimmen. Produktion und Verkauf der Marken waren nach § 3 der Reichspost überantwortet; ebenso die Auszahlung des Urlaubsgeldes gegen Aushändigung der Urlaubskarte. Die dadurch entstehenden Gebühren sollte der Reichspostminister festsetzen dürfen. Am 31. August 1936 wurde diese Regelung durch eine weitere Verordnung dahingehend ergänzt, dass Urlaubsmarken, -karten und -geld nicht der Pfändung unterworfen waren.⁹⁹

Am 2. Juni 1936 erließ daraufhin der Treuhänder der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Brandenburg als Sonder-treuhänder der Arbeit für die Regelung des Urlaubs im Bau- und Baunebengewerbe eine sehr detaillierte Tarifordnung, gestützt auf § 33 Abs. 1 AOG und die 16. Durchführungsverordnung.¹⁰⁰ Neben der Festlegung des Anwendungsbe-reichs auf das Deutsche Reich und die Baubranche regelte die Ordnung in § 2 Abs. 1 die Regel-Urlaubsdauer iHv. vier Tagen nach 32 Wochen bzw. sechs Tagen nach 48 Wochen. Nach § 3 Abs. 1 sollte der sog. Gefolgsmann dem sog. Betriebsführer seine bei den Postämtern erhältliche Urlaubskarte aushändigen. Im Fall eines Wechsels der Betriebsstätte sollte die Karte weiterverwendet werden. Im Übrigen sollte sie nach § 6 im Betrieb aufbewahrt werden. Der sog. Betriebsführer sollte dann nach § 4 für jede Lohn-woche als Zusatz zum Lohn Urlaubsmarken iHv. 2%, bei Schwerbehinderten iHv. 3% und bei Jugendlichen iHv. 4% des Brutto-Wochenlohns in die Urlaubskarte einkleben und sogleich mit dem Datum der Lohnzahlung in Tinte entwer-ten. Die Auszahlung des Urlaubsgelds übernahm grund-sätzlich der sog. Betriebsführer (§ 7) und dieser konnte sich dann seinerseits wegen der Erstattung an die Postanstalt wenden, in deren Bereich sein Betrieb lag (§ 8).

Trotz dieser Regelungsstruktur fällt es schwer, hier eine Traditionslinie zu den modernen Sozialkassenverfahren zu erkennen.¹⁰¹ Vergleicht man dieses Verfahren mit den Ansätzen der Weimarer Republik in der gewerkschaftli-chen Diskussion¹⁰², zeigen sich erhebliche Brüche:

Vordergründig bot sich diese Regelung als Propaganda an.¹⁰³ Das Verweigern von Urlaub und Ablaufschwierig-keiten hätten aber auch unmittelbare Rückwirkung auf die Akzeptanz der staatlichen Tätigkeit entfalten können. War es nicht zuletzt die Vollbeschäftigung in *Hitlers* Baupro-jekten, die einen zentralen Beitrag zur Senkung der Mas-senarbeitslosigkeit lieferte.

Zudem war die Sozialpartnerschaft im Sinne des Stin-nes-Legien-Abkommen zerschlagen.¹⁰⁴ Das neue System ging dabei sogar so weit, die Struktur bewusst an dem

(gleichgeschalteten) Einheitsverband von Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Deutschen Arbeitsfront vorbei zu entwickeln.

Bemerkenswert ist zudem der klare Befund, dass das System ein Scheinsystem war, weil der Urlaubsanspruch von der Gestattung abhing. Ferner bestand eine kurze Verfallsfrist, die die Perspektive eröffnete, dass dieses Recht nur auf dem Papier stand.¹⁰⁵ Dieses System der Urlaubsgewährung stellte sich somit in einem gänzlich anderen Lichte dar als das moderne Sozialkassenverfah-ren, in dem die demokratisch organisierten Sozialpartner Verfahren und Organisation in den Händen halten.

3. Zweites Beispiel: das deutsche Theater

Betrachtet man diese Zeit weiter, so steht das Urlaubsver-fahren nicht allein. Das Gegenteil ist sogar der Fall. Ein weiteres Beispiel für die Entwicklung der Sozialkassen in dieser Zeit liefert die Tarifordnung für das deutsche Thea-ter vom 27. Oktober 1937.¹⁰⁶ Hier verpflichtete der NS-Staat nach § 1 Abs. 2 jeden Rechtsträger eines Theaters mit jedem Bühnenschaffenden eine Alters- und Hinterbliebenenver-sicherung abzuschließen. Die Versicherungsanstalt und deren Satzung sollte nach § 1 Abs. 2 durch den Reichs-minister für Volksaufklärung und Propaganda, *Joseph Goeb-bels*, im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern erfolgen. Die Versicherungsbeiträge sollten je zur Hälfte vom Theaterunternehmer und vom Bühnenschaffenden getragen werden (§ 4 S. 1). Der Theaterunternehmer war verpflichtet, die Versicherungsbeiträge an die Versiche-rungsanstalt abzuführen (§ 4 S. 2). Mit Erlass vom 3. März 1938 wurde als Versicherungsanstalt im Sinne von § 1 Abs. 2 Tarifordnung die Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen in München bestimmt. Ebenfalls für verbindlich bestimmt wurde deren Satzung vom 25. Februar 1938.¹⁰⁷

99 Verordnung über den Pfändungsschutz für Urlaubskarten, Urlaubsmarken und Urlaubsgeld im Baugewerbe und in den Baunebengewerben vom 31.8.1936, RGBl. 1936, S. 715.

100 RArbBl. 1936, S. 548.

101 Zöllner (Fn. 4), G 15 f.; Assenmacher (Fn. 4), S. 6.

102 Der Grundstein 1919, Nr. 46/47, S. 279.

103 Witt (Fn. 4), S. 2.

104 Vgl. auch Zöllner (Fn. 4), G 16.

105 Zeitschriftenartikel nach Witt (Fn. 4), S. 2 f.

106 RArbBl. 1937, S. 1080.

107 Bekanntmachung des Präsidenten der Bayerischen Versicherungskammer vom 3.3.1938, DRZ Nr. 70 vom 24.3.1938.

VI. Die Entwicklungen nach 1945

Durch die Niederlage im 2. Weltkrieg endete das NS-Regime. Die Kriegs- und Nachkriegsjahre bringen daher wiederum Zäsuren mit sich, insbesondere politische und wirtschaftliche: Mit dem Einbruch von Produktion und Beschäftigung kommen die Tätigkeiten der Kassen zum Erliegen.¹⁰⁸ Die soziale Gestaltung von Arbeitsverhältnissen wird von wesentlich grundlegenden, ja essenzielleren Fragestellungen abgelöst. Es entstehen in der Folge zwei Staaten: Die Deutsche Demokratische Republik, in der die Frage nach sozialer Lohn- und Urlaubsgestaltung sozialistisch betrachtet wird, und die Bundesrepublik Deutschland, deren Entwicklung im letzten Teil des Beitrags näher beleuchtet werden soll.

1. Das Kontrollratsgesetz Nr. 56

Nach dem Krieg wurde gemäß dem Kontrollratsgesetz Nr. 56¹⁰⁹ das AOG aufgehoben (Art. 1). Indes blieben nach Art. 2 Kontrollratsgesetz Nr. 56 die bestehenden Tarifordnungen bis zu ihrer Aufhebung, Änderung oder anderweitigen Neufassung seitens der zuständigen Behörden weiterhin in Kraft. Das bedeutete für die BRD die Fortgeltung der bis dato auf diesem Wege errichteten Kassen.

2. Bau- und Baunebengewerbe

Nach dem Ende des 2. Weltkriegs stand es zuvorderst an, Deutschland im wahrsten Sinne des Wortes wiederaufzubauen. Diese Aufgabe fiel der Bauwirtschaft zu und schon früh entwickelten sich wieder praktische und rechtliche Fragen, die spezifische Lösungen erforderlich machten.¹¹⁰ Diesem Problem nahmen sich im Baugewerbe die Tarifpartner an. Dabei sollte das Urlaubsmarkensystem wiederum eine zentrale Rolle spielen. Die Ansprüche wegen Urlaubs waren im Zuge der Liquidation der Reichsbehörden untergegangen.¹¹¹

Die Urlaubskasse konstituierte sich demnach bereits 1949. 1955 folgte die Lohnausgleichskasse, 1957 die Zusatzversorgungskasse (ZVK). Urlaubs- und Lohnausgleichskasse werden 1975 zur Urlaubs- und Lohnausgleichskasse (ULAK) zusammengelegt. Dieser Kasse wird ein Jahr später (1976) auch das umlagefinanzierte Berufsausbildungsverfahren zugeordnet. 2001 werden ZVK und ULAK unter der Dachmarke SOKA-BAU vereint. Im Nachkriegsdeutschland sind es diese Kassen, die die Ent-

wicklung des Rechts der gemeinsamen Einrichtungen besonders voranbringen.¹¹² Sie treten nach einhelliger Meinung in der Literatur deutlich in den Vordergrund.¹¹³

Daneben entstanden mit der Zeit eine ganze Reihe von Kassen im Baunebengewerbe und in verbundenen Branchen. 1960 wurde etwa die Lohnausgleichskasse, 1965 die Zusatzversorgungskasse für das Dachdeckerhandwerk gegründet. Die Zusatzversorgungskasse der Steine- und Erden-Industrie und des Betonsteinhandwerks VVaG wird seit 1970 von der Bayrischen Pensionskasse geführt. Die Dachdecker verfügen ebenfalls über Sozialkassen, die SOKA-Dach. Seit dem 12. Mai 1981 verfügen auch die Gerüstbauer über eine Sozialkasse und eine Zusatzversorgungskasse. Unter der Marke »Malerkasse« firmieren die gemeinnützige Urlaubskasse für das Maler- und Lackiererhandwerk eV. und die Zusatzversorgungskasse des Maler- und Lackiererhandwerks VVaG. Schließlich besteht aktuell noch die Zusatzversorgungskasse des Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerks VVaG, mit der Besonderheit, dass für Berlin die Sozialkasse des Berliner Baugewerbes ein Urlaubsverfahren bereithält. Nicht fehlen in dieser Aufzählung darf außerdem die Urlaubskasse für Bayern.

3. Die Rezeption durch das Bundesarbeitsgericht

Mit Urteil vom 5. Dezember 1958 nahm das BAG zum durch die §§ 4 Abs. 2, 5 TVG begründeten System Stellung.¹¹⁴ In der Sache ging es um einen Zuschlag zum Stundenlohn iHv. vier Pfennigen, der an die Lohnausgleichskasse für Arbeitsausfälle in der Winterperiode abgeführt werden sollte. Insbesondere unter Verweis auf das oben besprochene Urteil des RAG betonte das Gericht, dass es allgemein anerkannt sei, dass eine tarifliche Bestimmung, die Lohnabzüge und Zahlungen an eine im Interesse der Arbeitnehmer für bestimmte Fälle errichtete Lohnausgleichskasse festlege, im Hinblick auf § 5 TVG auch für allgemeinverbindlich erklärt werden könne.¹¹⁵

108 Vgl. die Darstellung zur Tabakindustrie bei Witt (Fn. 4), S. 4.

109 Kontrollratsgesetz Nr. 56; Aufhebung des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23.3.1934 vom 30.7.1947.

110 Hierzu: Daeschler, NZA-Beil. 2010, 6, 6; Assenmacher (Fn. 4), S. 7.

111 Witt (Fn. 4), S. 4.

112 Vgl. dazu auch den Beitrag von Greiner in diesem Heft.

113 Bötticher (Fn. 4), S. 12.

114 BAG, 5.12.1958 – 1 AZR 89/57 – NJW 1959, 595.

115 BAG, 5.12.1958 – 1 AZR 89/57 – NJW 1959, 595 f.

In der Entscheidung wandte sich das BAG auch gegen die Rechtsauffassung, dass die nach § 4 Abs. 2 des TVG erfolgte gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien und die über die Regelung der gemeinsamen Einrichtungen getroffenen Tarifnormen als solche durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht auf Außenseiter ausgedehnt werden dürften. Die Arbeitnehmer, die kraft Allgemeinverbindlicherklärung tarifgebunden werden, würden dadurch gerade nicht zwangsweise Mitglied der Lohnausgleichskasse.¹¹⁶

4. Die Bestandsaufnahme durch *Schelp* 1964

Eine grundlegende Untersuchung zu den Sozialkassen in Deutschland der Jahre nach 1945 kommt von *Schelp*. Seine Beiträge¹¹⁷ helfen noch heute und enthalten wichtige Impulse für die Systematisierung der Sozialkassen. Historisch betrachtet bezieht sich *Schelp* auf die 60er-Jahre. Somit stammt die Bestandsaufnahme aus einer Zeit vor den 68er-Unruhen und einer Zeit mit einer stärkeren Reflektion der gemeinsamen Einrichtungen durch die Wissenschaft.

Die Bestandsaufnahme selbst nennt neben den bekannten Kassen im Baugewerbe die Textil-, Zigarren- und Miederindustrie. Ferner benennt sie die Zusatzversorgung für Redakteure, die Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und die Vorsorgekasse des deutschen Holzgewerbes. Schließlich nennt der Beitrag auch die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder.¹¹⁸ Diese teilweise bunte Mischung gibt Zeugnis von der diversen Verbandslandschaft.

5. Das Textilgewerbe, Holzgewerbe und die Metallrente

Die im Tarifvertrag vom 13. Februar 1964 gegründete Kasse im Textilgewerbe steht sinnbildlich für die zunehmenden Rationalisierungserfordernisse des sich andeutenden Endes des Wirtschaftswunders. Denn diese Kasse war nicht auf Zulagen, sondern auf den Ausgleich von Rationalisierungsfolgen gerichtet. Zur Vermeidung von Abzügen bei der Altersrente waren zusätzliche Zahlungen zu den Beiträgen zur Rente vorgesehen. Es liegt in der Natur der Struktur dieser Kasse, dass sie heute nicht mehr aktiv ist.

Die Miederindustrie ist heute kaum mehr ein Begriff, vielleicht noch die Arbeitsgemeinschaft der Miederindustrie und der Gewerkschaft Textil-Bekleidung. Dieser Tarifvertrag sah just für 1964 die Bildung des Vereins

»Berufs- und Lebenshilfe« vor, wobei sich der Vorstand nur aus Mitgliedern der Gewerkschaft zusammensetzte. Dieses Modell hat vor einigen Jahren durch den Saarverein einige Aufmerksamkeit erhalten.¹¹⁹

Die Gewerkschaft Textil-Bekleidung ging 1998 in der IG Metall auf. Die IG Metall wiederum betreibt seit dem 29. Oktober 2001 mit Gesamtmetall die Metallrente GmbH bis heute.¹²⁰ Die Einordnung der Metallrente als gemeinsame Einrichtung gestaltet sich wiederum schwierig. Ohne dass hier die gesamte Rechtsprechungsentwicklung zu § 4 Abs. 2 TVG wiedergegeben werden kann, verlangt das BAG nicht mehr, dass die Einrichtung Leistungen auf Grund von Tarifverträgen erbringt¹²¹ und die Tarifpartner Leistungsvoraussetzungen und Leistungsumfang gemeinsam bestimmen.¹²² Es bedarf jedoch eines Tarifvertrags, der die Partner zur Einrichtung verpflichtet¹²³ und einer Existenz von Kontroll- und Weisungsrechten der Tarifvertragsparteien.¹²⁴ Beide Voraussetzungen sind nach hM. nicht erfüllt.¹²⁵ Metallrente wird daher nicht als »echte« gemeinsame Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG angesehen.¹²⁶

Vergleichbar ist auch die Entwicklung im Holzgewerbe. Die Vorsorgekasse des deutschen Holzgewerbes wurde von *Fechner* umfassend begutachtet.¹²⁷ Die Kasse war in der Rechtsform eines Vereins konstruiert, sollte aber nicht lange isoliert bestehen. Die Gewerkschaft Holz und Kunststoff ging zum 1. Januar 2000 ebenfalls in der IG Metall auf.

6. Das Zigarrenhandwerk

Auf Dauer ausgerichtet, aber heute nicht mehr vorhanden, waren zwei Einrichtungen der Tarifpartner in der Zigarrenindustrie. Historisch sind diese Einrichtungen vor allem

116 BAG, 5.12.1958 – 1 AZR 89/57 – NJW 1959, 595, 596.

117 *Schelp*, FS Nipperdey, 1965, S. 579; *Schelp*, BArdBl. 1964, S. 781; für 1970 findet sich eine weitere Auflistung bei *Zöllner* (Fn. 4), G 16 ff.

118 *Schelp*, FS Nipperdey (Fn. 18), S. 579; *Schelp*, BArdBl. 1964, S. 781.

119 BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 – AP Nr. 220 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

120 <https://www.metallrente.de/ueber-uns> (2.12.2021); *Koch*, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 25. Aufl., München 2021, Gemeinsame Einrichtungen.

121 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 4 TVG Rn. 370.

122 BAG, 10.8.2004 – 5 AZB 26/04 – NJOZ 2005, 527.

123 *Löwisch/Rieble* (Fn. 122), § 4 TVG Rn. 370.

124 BAG 25.1.1989 – 5 AZR 43/88 – juris.

125 MüHdbArbR-*Cisch* (Fn. 41), § 214 Rn. 65.

126 Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 122), § 4 TVG Rn. 370; nach MüHdbArbR-*Cisch* (Fn. 41), § 214 Rn. 65 ist dies auch das Selbstverständnis der Sozialpartner.

127 *Fechner* (Fn. 4), passim.

deshalb bemerkenswert, weil die Gewerkschaften im Zigarrenhandwerk neben den Buchdruckern zu den ältesten Gewerkschaftsstrukturen Deutschlands gehörten.¹²⁸ Inhaltlich knüpfte man an der Tarifordnung der 30er-Jahre an.¹²⁹ Die erste Kasse war die Einstufungskasse. Diese Stelle sollte Streitigkeiten über die tarifliche Einstufung klären. Die zweite Kasse, die Lohnausgleichskasse, wurde durch die Berufsgenossenschaft Nahrungsmittel und Gaststätten in Mannheim erledigt. Sie besteht heute noch, ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und tritt vornehmlich als gesetzliche Unfallversicherung für die Unternehmen in der Nahrungsmittel- und Getränkeindustrie in Erscheinung. Die Kassen selbst haben an Bedeutung verloren.

7. Die Presse

1960 wurde durch einen Manteltarifvertrag die Pflicht für Redakteure eingeführt, sich über ein Versorgungswerk der Presse GmbH versichern zu lassen. Für die Beiträge kamen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf.¹³⁰ Zudem musste der jeweilige Verlag 2,5 % der Gesamtgehälter in eine besondere Versorgungskasse einzahlen. Das Versorgungswerk der Presse GmbH besteht bis heute. Ihre Satzung ist nicht veröffentlicht. Die Struktur dieser Einrichtung lässt sich gut anhand des Tarifvertrags über die Altersversorgung für Redakteurinnen und Redakteure mit dem Schwerpunkt online-, audio- und audiovisueller Berichterstattung an Tageszeitungen zwischen dem Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger und dem Deutschen Journalisten-Verband illustrieren.¹³¹ Nach § 13 Abs. 1 S. 1 des Tarifvertrags ist der Verlag verpflichtet, den Beitragsanteil der Redakteurin/des Redakteurs von deren/dessen jeweiligem Monatsgehalt einzubehalten und ihn im Namen und für Rechnung der Redakteurin/des Redakteurs zusammen mit dem Beitragsanteil des Verlages an das Versorgungswerk abzuführen. Ferner wurde das Versorgungswerk für alle Angehörigen der Presse geöffnet und basiert zu einem Großteil auf freiwilliger Mitgliedschaft. Aktuell entwirft sich das Versorgungswerk insgesamt auf den Bereich der Medien und erfasst somit auch Blogger und Youtuber, wenn die Tätigkeit publizistisch geprägt ist.¹³²

8. Das Bäckerhandwerk

Auf den 22. Februar 1970 lässt sich der Abschluss des Tarifvertrags über die Errichtung einer »Zusatzversorgungskasse für die Beschäftigten in der Brot- und Backwarenindustrie«

datieren.¹³³ In § 2 des Tarifvertrags heißt es: Die Tarifvertragsparteien gründen eine gemeinsame Einrichtung gemäß § 4 Abs. 2 TVG mit dem Namen »Zusatzversorgungskasse für die Beschäftigten in der Brot- und Backwarenindustrie« in der Rechtsform eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes, im folgenden »Zusatzversorgungskasse« genannt. Zweck der »Zusatzversorgungskasse« ist es, aus den ihr gemäß § 4 zufließenden Mitteln Beihilfen zur Erwerbsunfähigkeitsrente und zum Altersruhegeld zu zahlen. Ursprünglich war die Kasse nur auf den Produktionsbereich ausgerichtet. Seit 1992 erfasst die Kasse alle Beschäftigten in der Brot- und Backwarenindustrie.¹³⁴ Die Kasse ist als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit verfasst.¹³⁵ Der Sitz der Kasse ist Bad Honnef (Rhein). Ihre Satzung nimmt auf § 4 Abs. 2 TVG Bezug.

Als eingetragener Verein wird ebenfalls das Förderungswerk für die Beschäftigten des Deutschen Bäckerhandwerks eV. seit 1970 betrieben. Zweck des »Förderungswerkes« ist es, ohne Begründung eines Rechtsanspruches aus den ihm nach § 4 zufließenden Mitteln der Bildung, insbesondere der Aus- und Weiterbildung dienende Maßnahmen zu bestreiten und insbesondere Beihilfen an Einrichtungen zur beruflichen und staatsbürgerlichen Bildung zu leisten (§ 3 des Tarifvertrags über die Errichtung eines Förderungswerkes für die Beschäftigten des Deutschen Bäckerhandwerks vom 18. Dezember 2002).¹³⁶

9. Das Ausbildungsförderwerk Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau

In der Branche des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaus besteht ein Umlageverfahren zur Ausbildungsförderung und zur Förderung der Winterbeschäftigung. Das Aus-

¹²⁸ Ausführlich: Schröder, HSR 2011, 195.

¹²⁹ Schelp, BArbBl. 1964, S. 781, 782.

¹³⁰ Vgl. BAG, 28.3.1990 – 4 AZR 536/89 – AP Nr. 25 zu § 5 TVG.

¹³¹ https://www.presse-versorgung.de/mediapool/anlage_rs_24_tarifvertrag_altersversorgung_online-redakteure.pdf (2.12.2021).

¹³² <https://www.presse-versorgung.de/aktuelles/erweiterung-der-berufe-und-wirtschaftsbereiche.html> (2.12.2021).

¹³³ <https://www.juraforum.de/muster-vorlagen/tarifvertrag-errichtung-einer-zusatzversorgungskasse-beschaeftigten-brot-und-backwarenindustrie> (2.12.2021); vgl. auch BAG, 24.9.2003 – 10 AZR 14/03 – NJOZ 2005, 349, 349.

¹³⁴ <http://www.zvk-brot.de/geltungsbereich-tarifvertrag.html> (2.12.2021).

¹³⁵ Satzung von 2014 abrufbar unter: <https://www.baeckerhandwerk.de/baeckerhandwerk/struktur-organisationen/zusatzversorgung/> (2.12.2021).

¹³⁶ Anlage 75 zu § 28 SokaSiG 2.

bildungsförderwerk Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau eV, AuGaLa, wurde 1977 durch eine tarifvertragliche Vereinbarung zwischen dem Bundesverband Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau eV, BGL, und der Industriewerkschaft Bauen Agrar Umwelt, IG BAU, gegründet.¹³⁷ Eingezogen werden die Beiträge von der Einzugsstelle für die Winterbeschäftigungsumlage im Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

10. Zusatzversorgung für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft

Die Zusatzversorgungskasse für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft basiert auf dem Gesetz über die Errichtung einer Zusatzversorgungskasse für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft (ZVALG) vom 31. Juli 1974.¹³⁸ Sie hat ihren Sitz in Kassel und ist gemäß § 1 Abs. 1 des Tarifvertrags eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts.

Nach § 16 ZVALG kann die Zusatzversorgungskasse mit Genehmigung des BMEL und des BMAS die Aufgaben gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien der Land- und Forstwirtschaft iSd. § 4 Abs. 2 des Tarifvertragsgesetzes, die eine Zusatzaltersversorgung für Arbeitnehmer der Land- und Forstwirtschaft zum Gegenstand haben, durchführen. Das BAG erreichte dieses Kassensystem vergleichsweise früh. In seiner Entscheidung vom 3. Oktober 1979 erachtete das Gericht die Rückwirkung der Allgemeinverbindlicherklärung für unbedenklich.¹³⁹ Aktuell ist der Tarifvertrag über die Zusatzversorgung der Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft vom 28. November 2000 einschlägig, der die besagten Versorgungsleistungen regelt und nachwirkt. Hinzutreten Qualifizierungsfonds auf Länderebene, die ebenfalls als gemeinsame Einrichtungen tarifvertraglich ausgestaltet sind.¹⁴⁰

11. Die Schornsteinfeger

Eine gewisse Berühmtheit in der Arbeitsrechtswelt hat auch die Ausbildungskostenausgleichskasse der Schornsteinfeger erlangt. Während gemäß § 27 SchfHwG¹⁴¹ die Zusatzversorgung über die Versorgungsanstalt der bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger als bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Sitz in München gewährleistet wird, wird die berufliche Ausbildung der Schornsteinfeger über den für allgemeinverbind-

lich erklärten Tarifvertrag über die Förderung der beruflichen Ausbildung im Schornsteinfegerhandwerk realisiert. Dieser Tarifvertrag wurde erstmalig 2012 geschlossen. Bereits 2018 setzte der 10. Senat des BAG ein Verfahren über die Zahlung der Mindestbeträge aus¹⁴² und äußerte in mehreren Entscheidungen Zweifel an der Tariffähigkeit des Zentralverbands Deutscher Schornsteinfeger eV.¹⁴³

VII. Schluss

Das Sozialkassensystem hat deutliche Traditionslinien zu den diversen Kassenverfahren vor der Zeit des Deutschen Reichs und der Weimarer Republik. Ermöglicht wurden effektive tarifvertragliche Lösungen aber erst durch die TVO und das in ihr vorgesehene Institut der Allgemeinverbindlicherklärung. Über dieses Institut konnten die Kassen Breitenwirkung entfalten und Ungleichbehandlungen vermeiden.

Der letzte Schritt dieser anfänglichen Entwicklung war die Anerkennung durch die Rechtsprechung Ende der 20er-Jahre. Es ist daher nicht verwunderlich, dass *Nipperdey* in seiner Anmerkung zur zentralen Reichsgerichtsentscheidung die besondere Bedeutung dieser Weichenstellung hervorhob und später in seinen Vorschlag eine Regelung über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien aufnahm.

Jenseits der rechtlichen Weichenstellung war die wirtschaftlich und politisch komplexe Lage der Weimarer Republik nicht förderlich für die Entwicklung der tariflichen Sozialkassen. Für die eher zaghaften Anfänge war die Zeit des Nationalsozialismus dann eine Zäsur. Tarifverordnungen übernahmen die Herrschaft über das Arbeitsleben. Die Sozialpartnerschaft, selbst die gleichgeschaltete, wurde als Problem betrachtet.

Es dauerte nach dem Krieg allerdings nicht lange, bis die Vorteile des Sozialkassenverfahrens wieder in den Vorder-

137 Vgl. auch Anlage 84 zu § 34 SoKaSiG und Anlage 85 zu § 35 SoKaSiG.

138 BGBl. 1974 I, S. 1660.

139 BAG, 3.10.1979 – 4 AZR 903/77 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Land- und Forstwirtschaft.

140 Der Tarifvertrag für Schleswig-Holstein ist abrufbar unter: <http://www.qif-sh.de/fileadmin/downloads/QLF-Tarifvertrag.pdf> (2.12.2021).

141 Gesetz über das Berufsrecht und die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk, BGBl. 2008 I, S. 2242.

142 BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 722/16 (A) – juris.

143 Ebd.

grund traten und viele Branchen auf das durch § 4 Abs. 2 TVG vorgezeichnete System zurückgriffen. Insbesondere die Sozialkassen der Bauwirtschaft leisteten wichtige Beiträge zur Emanzipation des Sozialkassenverfahrens.

Auch nach der Jahrtausendwende wurde das Potenzial der Institution der gemeinsamen Einrichtung hervorgehoben. So wurde das Verfahren als möglicher Lösungsmechanismus der Reform des Rentensystems ins Spiel gebracht.¹⁴⁴ Aktuell werden etwa die Plattformen und

Crowdworker als Regelungsgegenstand diskutiert.¹⁴⁵ In letzter Konsequenz sind auch diese Vorschläge Ausdruck der erfolgreichen Entwicklung der Sozialkassen und der sie tragenden Sozialpartnerschaft der letzten 100 Jahre.

¹⁴⁴ Thüsing/v.Hoff, ZfA 2008, 77.

¹⁴⁵ Hartung/Klaiber, ZRP 2021, 78, die sich eher an der Künstlersozialkasse orientieren wollen.

Zur Genese von SOKA-BAU seit 1949: Bisherige Entwicklungslinien und Zukunftspotential

Prof. Dr. Stefan Greiner, Universität Bonn/Rechtsanwalt Dr. Alexander Pionteck, B.A., Köln*

I. Einleitung

In kaum einer anderen Branche wird in vergleichbarer Weise physisch vereinnahmend gearbeitet wie »auf dem Bau«. Der Slogan »*Wir stempeln nicht! Wir mauern im Winter!*«¹ prangte im Jahr der glorreichen Fußballweltmeisterschaft 1954 nicht nur auf einem Plakat von Berliner Bauarbeitern, sondern steht geradezu sinnbildlich für die branchenspezifische Mentalität und das Arbeitsethos der Beschäftigten² in der Bauwirtschaft.³ Die Spezifika des Arbeitens in der Baubranche sind so ausgeprägt, dass bisweilen von einem »Bauarbeitsrecht« die Rede ist.⁴ Die Herausbildung des »Schlechtwettergeldes«⁵ ist eines von vielen, aber wohl das – historisch betrachtet – prominenteste Beispiel erfolgreicher Tarifpolitik für die Baubranche.⁶

Besonderes Arbeiten bedarf besonderer Regelungen. Diesem Ansinnen haben sich allen voran die Sozialpartner in mittlerweile jahrzehntelanger Tradition verschrieben. Wichtigstes regulatorisches Korrektiv, das erfolgreiche Sozialpartnerschaft zu Tage gefördert hat, um den spezifischen Umständen des Arbeitens in der Baubranche Rechnung zu tragen, sind die Sozialkassen der Bauwirtschaft (SOKA-BAU). Hierbei handelt es sich heute um die gemeinsame »Dachmarke« der historisch gewachsenen Ur-

laubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (UL-AK) sowie der etwas jüngeren Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK). Etwa 1 Mio. Arbeitnehmer, circa 80.000 Arbeitgeber, 40.000 Auszubildende und 360.000 Ruheständler profitieren heute von den verschiedenen Leistungen von SOKA-BAU.⁷ So wurden etwa rund 13,7

* Der Autor Greiner ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn; der Autor Pionteck ist Rechtsanwalt in Köln.

¹ Dieser Slogan ist einer Fotografie von Berliner Bauarbeitern von Heinz Funck entnommen, Berlin, Baustelle Weissensee, Bauarbeiter mit Plakat, 1954, Bundesarchiv Bild 183-27658-0006, CC-BY-SA, abgedruckt in 65 Jahre Urlaubskasse, Eine Dokumentation zu Ausstellung der Berliner Sozialkasse über die eigene Historie und einer Epoche gelebter Tarifpartnerschaft, zusammengetragen von Dietmar Witt, S. 29.

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird nur die männliche Form verwendet. Es sind aber ausdrücklich alle Beschäftigten unabhängig von ihrem Geschlecht gemeint.

³ Siehe zum Begriff des »Stempeln« FAZ, Die Stempelgänger, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/historisches-e-paper/historisches-e-paper-die-stempelgaenger-in-deutschen-staedten-1929-16078365.html> (3.12.2021).

⁴ Siehe etwa Englert/Langenecker/Maurer, Handbuch des Bauarbeitsrechts, Düsseldorf 2004.

⁵ Siehe dazu Bosch/Zühlke-Robinet, Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 1999, 239, 247 f.

⁶ Heute entspricht die Winterbeschäftigungsumlage dem früheren »Schlechtwettergeld«. SOKA-BAU zieht im Auftrag der Bundesagentur für Arbeit nach § 356 SGB III die Winterbeschäftigungsumlage ein.

⁷ Diese Zahlen beruhen auf eigenen Angaben von SOKA-BAU, abrufbar unter <https://www.soka-bau.de/soka-bau/ueber-soka-bau/profil-und-organisation> (3.12.2021).

Mrd. € seit der Einführung der Rentenbeihilfe an ehemals Beschäftigte der Bauwirtschaft ausgezahlt. Darüber hinaus wurden im Rahmen des Ausbildungsförderungsprogramms im Jahr 2019 ca. 402 Mio. € an Ausbildungsvergütungen und überbetrieblichen Ausbildungskosten erstattet.⁸ SOKA-BAU zählen damit zu den leistungsstärksten Sozialkassen der Bundesrepublik Deutschland.

Gewissermaßen ist die institutionelle Geburtsstunde von SOKA-BAU in ihrer heutigen Form in der Bildung der ersten Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft 1949 als »Gemeinnützige Urlaubskassen für die Bauwirtschaft« zu sehen. Formaljuristisch bzw. rechtstechnisch gewendet ist SOKA-BAU die »Dachmarke« von zwei gemeinsamen Einrichtungen iSd. § 4 Abs. 2 TVG. Der zugrundeliegende Tarifvertrag wird regelmäßig – seit Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes am 16. August 2014⁹ unter erleichterten Voraussetzungen¹⁰ – für allgemeinverbindlich erklärt (§ 5 Abs. 1a TVG). Aber die Sozialkassen der Bauwirtschaft sind viel mehr, als ihre rechtliche Hülle vermuten lässt. Gesellschafts- und arbeitsmarktpolitisch betrachtet, handelt es sich bei SOKA-BAU um eine kaum noch wegzudenkende, historisch tief verwurzelte »Institution« der Baubranche mit hoher sozialer Relevanz und Vorbildfunktion für andere Branchen – und damit auch um »den« zentralen Eckpfeiler des so bezeichneten Bauarbeitsrechts.¹¹

In folgenden Wirtschaftszweigen gibt es heute Sozialkassenverfahren: Baugewerbe; Betonsteingewerbe; Brot- und Backwarenindustrie; Dachdeckerhandwerk; Bäckerhandwerk; Gerüstbauer-Handwerk; Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau; Land- und Forstwirtschaft; Presse- und Medienversorgung; Steine- und Erdenindustrie; Betonsteinhandwerk sowie Ziegelindustrie in Bayern; Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk; Schornsteinfegerhandwerk; Maler- und Lackiererhandwerk.¹²

Um die Zukunft der Arbeitsbedingungen in der Baubranche tarifpolitisch erfolgreich gestalten zu können, ist ein Bewusstsein dafür nötig, welche spezifischen Bedürfnisse in der »Stunde Null« zur Entstehung von SOKA-BAU beziehungsweise der ersten gemeinnützigen Urlaubskasse in der Bauwirtschaft 1949 geführt haben. Worin findet SOKA-BAU ihren Ursprung bzw. Vorläufer? Welche Zwecke erfüllen die Sozialkassen in der Baubranche? Welche Bedingungen haben dazu beigetragen, dass SOKA-BAU sich in den letzten Jahrzehnten stetig weiterentwickelt hat und bei den Beschäftigten eine Akzeptanz genießt, die

ihresgleichen sucht? Das 100-jährige Jubiläum der Sozialkassenverfahren bildet den Anlass, diesen Fragen sowie den jeweiligen sozio-historischen Gegebenheiten und Bedürfnissen in der Baubranche seit dem Jahr 1949 nachzuspüren, angeleitet von dem Gedanken, dass die Zukunftslinien konsequent nur dann fortgezeichnet werden können, wenn die bisherigen Entwicklungsschritte transparent sind.

In diesem Sinne sollen zunächst die Spezifika des Arbeitens in der Baubranche herausgestellt werden (II.). Was unterscheidet das Arbeiten dort von anderen Branchen? In einem zweiten Schritt sollen die wesentlichen Entwicklungslinien und -etappen von SOKA-BAU nachgezeichnet werden, wobei nach den verschiedenen Sozialkassen differenziert wird (III.). Ein besonderes Augenmerk liegt darauf, die mit den Sozialkassen jeweils verfolgten Zwecke und Beweggründe transparent zu machen. Neben der gesellschaftspolitischen Genese von SOKA-BAU darf allerdings die hierzu ergangene Rechtsprechungsgeschichte nicht außer Acht gelassen werden. Auch die arbeitsgerichtliche Judikatur hat die gesellschafts- und arbeitsmarktpolitische Entwicklung von SOKA-BAU und des tariflichen Bauarbeitsrechts entscheidend geprägt und soll flankierend berücksichtigt werden. Zum Schluss wird ein Blick in die Zukunft gewagt und zugleich der Versuch unternommen, die dargelegten Entwicklungslinien weiter zu zeichnen und Evolutionspotentiale aufzudecken (IV.).

II. Spezifika des Arbeitens in der Baubranche

»Arbeit ist ein besonderer Saft. Wer Arbeit leistet, gibt keinen Vermögensgegenstand, sondern sich selbst hin.«¹³ Dieses pointierte Zitat von Hugo Sinzheimer gilt in gesteiger-

8 Diese Angaben beruhen auf der Darstellung im Geschäftsbericht SOKA-BAU 2019, S. 18, abrufbar unter https://www.soka-bau.de/fileadmin/user_upload/Dateien/Unternehmen/kennzahlen_2019.pdf (3.12.2021).

9 BGBl. 2014 I, S. 1348.

10 Siehe dazu mwN. Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, Berlin 2021 (zugl. Gießen, Univ., Diss. 2021), S. 189 ff.

11 Vgl. auch Greiner/Hanau/Preis, SR 2014 Sonderausgabe, 2 ff.

12 Siehe für eine detaillierte Auflistung in Deutschland errichteter Sozialkassen das Merkblatt des BMAS über Beitragsverpflichtungen zu tariflichen Sozialkassen, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/merkblatt-sozialkassen.pdf?__blob=publicationFile (3.12.2021).

13 Sinzheimer, Das Wesen des Arbeitsrechts, nachgedruckt in: Kahn-Freund/Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. I, Frankfurt aM. u. Köln 1976, S. 110.

tem Maße für das Arbeiten in der Baubranche. Es erfolgt unter besonderen Rahmenbedingungen: Zuvorderst zu nennen ist die unmittelbare Abhängigkeit des Arbeitens von den gegenwärtigen Witterungsverhältnissen.¹⁴ Je nach Ausmaß des »Schlechtwetters« muss die Arbeit am Bau mitunter sogar eingestellt werden. Aber auch ein schlicht ökonomisch bedingter Auftragsrückgang ist in der Baubranche keine Seltenheit. Zumindest aber kann die Auftragslage konjunkturellen und saisonalen Schwankungen unterliegen.¹⁵ Dies zwingt Bauunternehmen regelmäßig dazu, genügend Personal für den »Notfall« bereitzuhalten. Diese Umstände führen gleichzeitig zu einer latenten »Arbeitsplatzunsicherheit« für Beschäftigte innerhalb der Baubranche. *Bosch* und *Zühlke-Robinet* stellen die problematischen Rahmenbedingungen in diesem Zusammenhang präzise heraus und benennen vor allem die vergleichsweise hohe Fluktuationsquote als einen wichtigen Indikator für die Arbeitsplatzunsicherheit innerhalb des Baugewerbes.¹⁶ Eine weitere Besonderheit ist zudem, dass das Arbeiten weitestgehend standortunabhängig erfolgt. Es existieren oftmals keine stationären Produktionsstätten, weil der Arbeitsort *de facto* vom Bauauftraggeber vorgegeben wird.¹⁷ Folge für die Beschäftigten in der Baubranche ist das mitunter häufige Wechseln des Arbeitsplatzes oder sogar des Arbeitgebers. Die ohnehin latente Arbeitsplatzunsicherheit innerhalb der Baubranche perpetuiert sich auf diese Weise zusätzlich. Und schließlich ist die Bauwirtschaft im Vergleich zu anderen Branchen auch dadurch charakterisiert, dass regelmäßig nicht auf Vorrat produziert werden kann. Ein Ausgleich für Stillstand in den Winterarbeitsmonaten durch Mehrarbeit in den regulären Beschäftigungsperioden ist in den meisten Fällen von vornherein nahezu ausgeschlossen.¹⁸

III. Zentrale Entstehungsetappen von SOKA-BAU von 1949 bis heute – Eine historische Skizze

Aus den vorstehend skizzierten Spezifika des Arbeitens in der Baubranche sind besondere Bedürfnisse der Beschäftigten erwachsen. Leitend ist das gesteigerte Verlangen nach sozialer Absicherung für den Fall der Nichtbeschäftigung, etwa wegen Auftragsmangels oder witterungsbedingter Arbeitseinstellung, neben der besonderen Abhängigkeit

von lohnergänzenden Zusatzleistungen. So dient etwa das Urlaubskassenverfahren dem Zweck, den Urlaubsanspruch bzw. das Urlaubsentgelt der Beschäftigten in der Baubranche abzusichern. Diese besonderen Bedürfnisse der arbeitenden Belegschaften bereiteten den Nährboden für die Entstehung von Sozialkassen in der Bauwirtschaft. Die nachfolgende historisierende Skizze beginnt im Deutschland der Nachkriegszeit im Jahr 1949 und differenziert jeweils chronologisch zwischen den Urlaubs- und Lohnausgleichskassen (ULAK) auf der einen und der Zusatzversorgungskasse (ZVK) auf der anderen Seite. Gemeinsam haben alle Kassensysteme im Baugewerbe, dass sie gewerbebezogen konzipiert wurden und die flächendeckende Geltung innerhalb der gesamten Branche, ohne Ansehung einer Mitgliedschaftlich legitimierten Tarifbindung, entfalten sollten. Hierzu werden die Tarifverträge von ULAK und ZVK stets gem. § 5 Abs. 1a TVG für allgemeinverbindlich erklärt.

1. Grundlegung des Sozialkassenprinzips: Urlaubs- und Lohnausgleichsverfahren

Den Startschuss markiert das Jahr 1949. Die ULAK wurde als Urlaubskasse der Bauwirtschaft und als erste Kasse von SOKA-BAU nach Ende des Zweiten Weltkrieges unter der Bezeichnung »Gemeinnützige Urlaubskassen für die Bauwirtschaft« gegründet. Derartige Kassenbildungen erfolgten in diesem Jahr sowohl in Marburg als auch in München. Ca. sechs Jahre später trat die Lohnausgleichsklasse für die Bauwirtschaft hinzu, ehe beide Kassen im Jahr 1975 zur ULAK zusammengefasst wurden. Die ULAK ist seitdem als wirtschaftlicher Verein gem. § 22 BGB aktiv, welchem eigene Rechtsfähigkeit kraft staatlicher Verleihung zukommt.¹⁹

14 Siehe dazu *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15.

15 *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15; *Bosch/Zühlke-Robinet*, Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 1999, 239, 240.

16 *Bosch/Zühlke-Robinet*, Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 1999, 239, 240; siehe hierzu auch die statistische Darstellung Bausteine der Sicherheit, Dokumentation, Sozialkassen des Baugewerbes, Industrieergewerkschaft Bau-Steine-Erden, Frankfurt aM. 1985, S. 24.

17 *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15.

18 Siehe hierzu mwN. *Assenmacher*, Funktionen und Befugnisse der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Münster 2003 (zugl. Münster, Univ., Diss. 2003), S. 7.

19 *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler-TVG), § 1 Rn. 1125.

Aber der Reihe nach und zurück zu den Anfängen: Die bautypischen Rahmenbedingungen führen neben kalkulierbaren Lohneinbußen zu spürbaren Nachteilen bei Urlaubsansprüchen. Insbesondere die witterungsbedingte Beschäftigungsverkürzung aufgrund nicht selten auftretender Winterarbeitslosigkeit in der Baubranche zieht als Konsequenz regelmäßig die Abgeltung des Resturlaubs vor Inanspruchnahme des Arbeitslosengeldes mit sich.²⁰ Zweck des Urlaubsanspruchs nach dem BUrlG ist aber die Erholung von geleisteter Arbeit.²¹ Der Umstand, dass es für die Baubeschäftigten bei Wiedereinstellung im nächsten Jahr – womöglich sogar bei einem neuen Arbeitgeber – nahezu ausgeschlossen ist, noch im Sommer den Urlaubsanspruch *in natura* geltend zu machen, wiegt in der von physisch harter Arbeit geprägten Bauwirtschaft besonders schwer. Ebenso wegen des die Branche prägenden häufigen Arbeitsplatzwechsels ist die Erfüllung der Wartezeit als urlaubsanspruchsbegründende Voraussetzung beim Bauarbeitgeber für die Beschäftigten nicht immer möglich.²² So knüpft etwa § 4 BUrlG den vollen Urlaubsanspruch an das mindestens sechsmonatige Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Das Urlaubskassenverfahren wurde von den Sozialpartnern in Ansehung dieser arbeitspolitischen Situation ins Leben gerufen und dient der effektiven Absicherung bzw. Substituierung des urlaubsmäßigen Erholungszwecks. Den Beschäftigten der Baubranche sollte eine Lohnfortzahlung während des Urlaubs ermöglicht werden. Angestrebt wurde damit eine sozialpolitische Gleichstellung der Beschäftigten in der Baubranche vor allem mit Facharbeitern in der Industrie.²³

Vor dem Hintergrund dieses bausepezifischen Bedürfnisses markiert die Gründung der »Gemeinnützigen Urlaubskasse für die Bauwirtschaft« am 8. April 1949 in Marburg gewissermaßen den Beginn der SOKA-BAU-Entstehungsgeschichte.²⁴ Bemerkenswert ist dabei, dass das Urlaubskassenverfahren sogar noch vor Inkrafttreten des Tarifvertragsgesetzes²⁵ – wenn auch nur einen Tag – zur arbeitsrechtlichen Praxis zählte. Bereits das Reichsarbeitsgericht hatte hierfür den Grundstein gelegt, indem es das Institut der Gemeinsamen Einrichtung anerkannte, obwohl auch die Tarifvertragsverordnung (TVVO)²⁶ der Weimarer Republik seinerzeit keine einschlägige Rechtsgrundlage bereithielt.²⁷ Interessant und besonders lesenswert sind im Zusammenhang mit dem Gründungsprozess der ersten gemeinnützigen Urlaubskasse auch die von Rechtsanwalt *Blumensaat* niedergeschriebenen persönli-

chen Erinnerungen²⁸ und die aus seiner Sicht entscheidende Beteiligung von *Wilhelm Herschel*.²⁹ Zu erwähnen sind an dieser Stelle auch die initiativen Bemühungen des Sozialdemokraten und damaligen Gewerkschaftsführers der Gewerkschaft Bau-Steine-Erden *Georg Leber*.³⁰ Diese Beispiele zeigen eindringlich, dass für die Erhaltung und Fortentwicklung des Tarifvertragssystems stets auch durchsetzungsstarke Charaktere unerlässlich waren.

Bereits ein Jahr später wirkte das frisch begründete Urlaubskassenverfahren praktisch: Im Jahr 1950 wurden in Frankfurt erste Urlaubsmarken an Schaltern ausgegeben. In den Nachkriegsjahren 1950 und 1951 wurde die gemeinnützige Urlaubskasse auch auf die amerikanische und französische Besatzungszone erweitert und umfasste damit früh einen großen Teil des heutigen Bundesgebiets.³¹

Im Jahr 1958 hatte das BAG dann die erste wirklich brisante Rechtsfrage im Zusammenhang mit dem Urlaubsmarkensystem zu klären. Der damals geltende BRTV Bau vom 7. Juni 1956 sah eine Ausschlussfrist vor, die im vorliegenden Fall einem Anspruch des entlassenen Bauarbeitnehmers auf die Übergabe der Urlaubskarte entgegenstand. Das BAG entschied, dass der Ablauf der Ausschlussfrist des BRTV Bau dem Anspruch des entlassenen Bauarbeitnehmers auf die Übergabe der ordnungsmäßig geklebten Urlaubskarte regelmäßig auch dann entgegen-

20 *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15 f.

21 BAG, 20.6.2000 – 9 AZR 405/99 – NZA 2001, 100, 102.

22 Dazu *Assenmacher* (Fn. 18), S. 7 und in Fn. 21 mwN.

23 *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15, 16.

24 Genau genommen wurde wohl die »Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e.V.« sogar noch einen Tag zuvor, also am 7.4.1949 in München gegründet. Kurioserweise erblickt SOKA-BAU scheinbar selbst aber den Beginn des Urlaubskassenverfahrens in der einen Tag später in Marburg gegründeten Kasse, siehe <https://igbau.de/70-Jahre-Urlaubskassenverfahren.html> (3.12.2021).

25 Ursprüngliche Fassung des TVG vom 9.4.1949, WiGBl. S. 55, 68.

26 RGBl. 1918 I, S. 1456.

27 RAG, 27.10.1928 – 361/28 – RAGE 2, 279 ff.

28 Kurioserweise enthält der Text keine Jahresangabe für den Zeitpunkt der Veröffentlichung. Allerdings dürfte das Werk circa auf das Jahr 1974 zurückführbar sein, weil es schließlich anlässlich des 25-jährigen Jubiläums der Gemeinnützigen Urlaubskasse publiziert wurde, die 1949 gegründet wurde.

29 *Blumensaat*, 25 Jahre Gemeinnützige Urlaubskasse für die Bauwirtschaft, Wiesbaden 1974, S. 15 ff.

30 *Assenmacher* (Fn. 18), S. 7.

31 *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15, 16 f.; siehe für eine besonders detaillierte Darstellung *Blumensaat* (Fn. 12), S. 14 ff.

steht, wenn der Arbeitgeber es grob fahrlässig unterlassen hat, die Urlaubsmarken zu kleben³² – ein erster spürbarer Rückschlag für die Etablierung des Urlaubsmarkensystems. Darauf folgte aber im Jahr 1960 ein wichtiger evolutionärer Entwicklungsschritt des Urlaubskassenverfahrens, der die Grundsätze der vorgenannten Entscheidung gegenstandslos machte: Die bis dahin praktizierte Ausgabe von Urlaubsmarken wurde durch ein effizienteres Beitragseinzugssystem ersetzt. 1965 stellte das BAG sodann erstmals klar, dass die für die gemeinsamen Einrichtungen in der Bauwirtschaft so wichtige Allgemeinverbindlicherklärung weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verstößt.³³

Zwischenzeitlich war im Jahr 1955 auch die Lohnausgleichskasse gegründet worden. Der damals für allgemeinverbindlich erklärte »Tarifvertrag Lohnausgleich« beinhaltete erstmals eine Regelung, nach der eine Arbeitspause zwischen Weihnachten und Neujahr in der Baubranche einzuführen war.³⁴ Für diesen Zeitraum sah der erste Tarifvertrag Lohnausgleich ein Umlagefinanzierungssystem vor, um den Lohnausfall zu kompensieren. Das Lohnausgleichskassenverfahren zielte darauf ab, die branchenspezifischen Lohneinbußen, resultierend aus den oben beschriebenen Spezifika des Arbeitens in der Baubranche, effizient zu kompensieren und sozial nachteilige Folgen für die Beschäftigten abzumildern. Auf diese Weise sollten Arbeitgebern Anreize gesetzt werden, ihre Bauarbeiter auch über den Winter hinaus zu beschäftigen und Winterarbeitslosigkeit zu vermeiden.

Bereits zwei Jahre später stellte das BAG erstmals ausdrücklich klar, dass durch Tarifvertrag bestimmt werden kann, dass ein neu zu gewählender Lohnzuschlag vom Arbeitgeber an eine durch die Tarifvertragsparteien gebildete Lohnausgleichskasse abgeführt wird. Der Lohnausgleichskasse stehe insoweit das alleinige, unmittelbare Forderungsrecht hinsichtlich dieses Lohnausgleichs zu.³⁵

Mit Wirkung zum 1. Januar 2006 ist der Tarifvertrag Lohnausgleich außer Kraft getreten. Seine Funktion wurde mittlerweile durch das Saison-Kurzarbeitergeld gem. § 101 SGB III ersetzt.³⁶ Ergänzende tarifvertragliche Regelungen und Leistungen enthält der maßgebliche Bautarifvertrag (BRTV) bis heute. Nach § 4 Ziff. 6 BRTV wird durch die Auflösung von Arbeitszeitguthaben bis zur tariflich festgelegten Grenze von 150 Stunden (§ 3 Ziff. 1.43 Abs. 2 BRTV) zunächst Arbeitslohn fortgezahlt, bis

der Arbeitgeber Saison-Kurzarbeitergeld in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe zu erbringen hat. Dazu erhöht sich nach § 8 Ziff. 5.2 BRTV für jede Ausfallstunde im Zeitraum des Bezuges von Saison-Kurzarbeitergeld die Urlaubsvergütung um die Mindesturlaubsvergütung für diese Zeiträume (MUV S-KuG), wobei die ersten 90 Ausfallstunden unberücksichtigt bleiben.

Flankierend wurde bis in die 1970er Jahre am Ausbau der Winterbauregelung gearbeitet. Folge war ein spürbarer Rückgang von Winterarbeitslosigkeit im Baugewerbe.³⁷ 1975 wurden beide Kassenverfahren dann zu einer einheitlichen Sozialkasse mit dem Kürzel ULAK (Urlaubs- und Lohnausgleichskassen) zusammengeführt, die seitdem einen zentralen Eckpfeiler des Bauarbeitsrechts darstellt. Eine flächenmäßige Erweiterung erfuhr die ULAK infolge des politischen Zusammenbruchs der DDR 1989/1990. Im Jahr 1993 wurde das Urlaubskassenverfahren erstmals auch in den Ost-Bundesländern praktiziert.

Ein weiterer Meilenstein in der Entwicklung des Arbeitsrechts der Bauwirtschaft war die Einführung eines branchenspezifischen Mindestlohns durch Inkrafttreten des ersten deutschen »Mindestlohn-Tarifvertrags« zum 1. Januar 1997 im Baugewerbe, der seitdem durch die ULAK kontrolliert wird. Damit leisteten die Sozialpartner in der Baubranche echte Pionierarbeit, waren gewissermaßen ihrer Zeit voraus und legten – freilich mit dem erheblichen Vorzug einer tarifautonomen, branchenbezogenen Lösung – auch einen ersten Grundstein für den im Zuge des sog. Tarifautonomiestärkungsgesetzes erst Jahrzehnte später realisierten branchenunabhängigen gesetzlichen Mindestlohn gem. § 1 MiLoG.

Das Urlaubs- und Lohnausgleichskassensystem der Bauwirtschaft ist zudem längst komplexer geworden als die beiden Begriffsbestandteile vermuten lassen. So ist mittlerweile auch die Berufsbildung ein integraler Bestandteil der ULAK, an dem sich die gesamte Bauwirtschaftsbranche beteiligt. Zu diesem Zweck zahlt jeder Baubetrieb einen Sozialbeitrag in das Kassensystem der

32 BAG, 19.12.1958 – 2 AZR 141/58 – BAGE 7, 160.

33 BAG, 3.2.1965 – 4 AZR 385/63 – NJW 1965, 1626.

34 Siehe dazu mwN. *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15, 17 f.

35 BAG, 5.12.1958 – 1 AZR 89/57 – NJW 1959, 595.

36 Däubler TVG-Heuschmid (Fn. 19), § 1 Rn. 1125, Fn. 4059.

37 Siehe zum Ganzen *Bauer/Dupré/Wiesehügel*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 15, 17.

ULAK ein, der auch die Finanzierung des Berufsbildungsverfahrens sicherstellt.³⁸ Die Beitragshöhe richtet sich dabei gem. § 15 Abs. 1, 4 des maßgeblichen Verfahrenstarifvertrages (VTV) nach der jeweiligen Bruttolohnsumme der beim Bauarbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer – nach § 16 Abs. 5 VTV und § 17 VTV ergänzt um Kopfpauschalen für Auszubildende und Angestellte. Inhaltlich wird das Berufsbildungsverfahren im Übrigen durch den Tarifvertrag über die Berufsbildung im Baugewerbe (BBTV) geregelt, der nicht nur Vorschriften für das Berufsausbildungsverhältnis zwischen Auszubildenden und Arbeitgeber, sondern auch Regelungen zur Förderung der Berufsbildung im Baugewerbe enthält. Vorgesehen ist auch die Erstattung bestimmter Berufsbildungskosten des Bauarbeitgebers durch die ULAK. Bei der Berufsbildungsförderung handelt es sich um eine Sozialkassenleistung, die angesichts einer sich wandelnden (Bau-)Arbeitswelt großes Zukunftspotential aufweist.

2. Sozialpolitische Expansion: Gründung der Zusatzversorgungskasse

Die eingangs skizzierten Spezifika des Arbeitens in der Baubranche führen für die Beschäftigten oftmals auch zu Versorgungslücken im Alter oder zu Berufs- und Erwerbsunfähigkeit.³⁹ Diesem Bedürfnis soll die Zusatzversorgungskasse (ZVK) Rechnung tragen, die, chronologisch betrachtet, neben der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse das zweite eigenständige Sozialkassenverfahren der SOKA-BAU darstellt. Sie wurde im Oktober 1957 gegründet, um auch die mit dem Arbeiten in der Baubranche verbundenen weiteren Nachteile, insbesondere im Zusammenhang mit der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem SGB VI, zu kompensieren. Seither flankiert die ZVK das bis dato im Baugewerbe schon existierende Urlaubs- und Lohnausgleichskassenverfahren; seit 2007 aus aufsichtsrechtlichen Gründen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft.⁴⁰ Dabei sind die oben für die ULAK skizzierten Beweggründe übertragbar. Die für das Baugewerbe typischerweise kürzere Jahresarbeitszeit führte auch dazu, dass für die Beschäftigten geringere Rentenbeiträge in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt wurden.⁴¹ Folglich erhielten Beschäftigte der Baubranche vergleichsweise niedrigere Altersrenten. Auch insoweit sollten durch Gründung der ZVK die das Arbeiten in der Baubranche prägenden Nachteile kompensiert werden.

Zugleich sollten Anreize für Beschäftigte in der Baubranche vermindert werden, in andere Wirtschaftszweige abzuwandern.⁴² Zentrale Bestandteile der ZVK sind daher das Kassenverfahren zur betrieblichen Altersversorgung (BAV-Verfahren) und die Invalidenrente.⁴³ Im Jahr 2007 ist bereits anlässlich des 50-jährigen Jubiläums der ZVK ein Festschriftband erschienen, in dem *Asshoff, Sahl* und *Stang* die historischen Entwicklungslinien minutiös nachzeichnen und die Anwendungsweise des dazugehörigen Tarifvertrags darstellen.⁴⁴ Diese Darstellung soll hier nicht wiederholt werden. Vielmehr wird hieran angeknüpft, indem bei der historischen Skizzierung des Entwicklungsprozesses der ZVK einige tarifvertragssystematische Akzentuierungen vorgenommen werden sollen und das Augenmerk des Lesers auf diese gelenkt werden soll.

Ausgangspunkt ist der Tarifvertrag über eine zusätzliche Alters- und Invalidenbeihilfe (TVA) vom 28. Oktober 1957 und die damit verbundene Gründung der ZVK. Die ZVK wurde schwerpunktmäßig als Rentenbeihilferegelung konzipiert. Das Konzept war überbetrieblicher Natur, sodass die Zusatzrente auch für Beschäftigte in kleinen Betrieben Anwendung finden konnte, die aus sich heraus die Kosten hierfür nicht hätten tragen können.⁴⁵ Die Tarifverträge waren damit von vornherein darauf ausgerichtet, vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklärt zu werden.⁴⁶ Insofern wurde die ZVK als ein auf die Solidarität der gesamten Baubranche gestütztes Sozialkassenverfahren konzipiert. Der Gedanke der Solidarität ist insoweit prägend und durchzieht die gesamte Genese der SOKA-BAU wie ein roter Faden.

Das hierdurch zum Ausdruck gebrachte Solidarprinzip zog einen weiteren Effekt nach sich: Eine kartellierende

38 Siehe für das nachfolgend skizzierte Prozedere des Berufsbildungsverfahrens *Matthes*, in: Köbele/Sahl (Hrsg.), *Die Zukunft der Sozialkassensysteme der Bauwirtschaft im Europäischen Binnenmarkt*, Köln 1993, S. 41, 44f.

39 *Kissel*, ZfA 1985, 39, 40; *Assenmacher* (Fn. 18), S. 7.

40 Däubler TVG-*Heuschmid* (Fn. 19), § 1 Rn. 1125.

41 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 22; Instrukтив und historisch vor allem *Leber*, Vom Frieden, Stuttgart 1979, S. 62.

42 So insbesondere *Blumensaat/Gerling/Leber*, Urlaub, Lohnausgleich und Zusatzversorgung im Baugewerbe, 1961, S. 259; *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 22.

43 Siehe mwN. *Kissel*, ZfA 1985, 39 ff.

44 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21 ff.

45 Vgl. *Kissel*, ZfA 1985, 39, 40.

46 Siehe kritisch hierzu *Pionteck* (Fn. 10), S. 225 f.

Wirkung innerhalb der Baubranche, die einen Unterbietungswettbewerb zwischen den verschiedenen Bauarbeitgebern zulasten der Beschäftigten verhindert.⁴⁷ Hierbei handelt es sich um einen Effekt, der auch heute noch den Funktionsweisen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG zugeschrieben wird.⁴⁸ Der in dieser Weise konzipierte Tarifvertrag war nach seinem personellen Geltungsbereich zunächst so ausgestaltet, dass nur gewerbliche Arbeitnehmer, Poliere und Schachtmeister einbezogen werden konnten.⁴⁹ Zudem enthielt der Tarifvertrag am Anfang – im Zeitraum von 1958 bis 1963 – noch eine für die Beschäftigten der Baubranche eher ungünstige Wartezeitregelung. 1958 war eine Arbeitstätigkeit von 110 Monaten, 1959 von 132 Monaten und im Jahr 1960 von insgesamt 154 Monaten vorzuweisen, um Leistungen erhalten zu können. Die Wartezeitsituation verbesserte sich zugunsten der Baubeschäftigten allmählich erst im Zuge des Inkrafttretens des Tarifvertrags über eine tarifliche Alters- und Invalidenbeihilfe vom 12. November 1960.⁵⁰

Auch in den Folgejahren wurde die ZVK kontinuierlich durch verschiedene Tarifverträge weiterentwickelt. Besondere evolutionäre tarifpolitische Etappen und Diskussionen seien im Folgenden hervorgehoben: Ausgangssituation für die Weiterentwicklung des Bautariffsystems war der Anfang der 1960er Jahre sich verfestigende Zustand eines stagnierenden Mitgliederzuwachses der Beschäftigten in der IG Bau-Steine-Erden (IG BSE)⁵¹ – eine Situation, die auch heute nur zu gut bekannt ist.⁵² *Asshoff, Sahl* und *Stang* skizzieren diesen Zustand.⁵³ Die Mitgliederentwicklung verhielt sich gewissermaßen disproportional zu den bis dahin in der Baubranche erzielten tarifpolitischen Erfolgen und der darauf bezogenen Zufriedenheit der Baubeschäftigten. Die nicht organisierten Beschäftigten der Baubranche ersparten sich den Mitgliedschaftsbeitrag für die IG BSE und gelangten gleichwohl in den Genuss sämtlicher tarifpolitischer Errungenschaften von SOKA-BAU: »Sie ernten, wo sie nicht säen.«⁵⁴

Diese Gemengelage war der Ausgangspunkt für eine interessante tarifpolitische Diskussion im Jahr 1961 im Kontext der Weiterentwicklung der ZVK. Die IG BSE forcierte eine tarifliche Regelung, nach der nicht organisierte Beschäftigte der Baubranche mit einem Zusatzbeitrag für die ZVK belastet werden sollten.⁵⁵ Hierbei handelt es sich um einen Ansatz zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, der auch heutzutage – in den Grenzen, die Differenzierungsregelungen aus verfassungsrechtlichen

Gründen zu setzen sind⁵⁶ – positive Effekte für die Mitgliederentwicklung in den Gewerkschaften zeitigen könnte.⁵⁷

Diese tarifpolitische Debatte fruchtete seinerzeit allerdings nicht. Stattdessen unternahm die IG BSE den Versuch, organisierten Beschäftigten der Baubranche ein zusätzliches Urlaubsgeld zu sichern. Dieses Ansinnen versandete allerdings in einer Tarifregelung vom 28. April 1962, die lediglich eine kleine Rentenbeihilfe für langjährige Gewerkschafts- und Betriebszugehörigkeit vorsah.⁵⁸ Nachdem der Große Senat des BAG in seiner berühmten Grundsatzentscheidung vom 29. November 1967 Differenzierungsklauseln pauschal für unwirksam erklärte,⁵⁹ wuchs auch die Skepsis hinsichtlich der vorstehend skizzierten Tarifpraxis der Differenzierung nach der Dauer der Gewerkschafts- und Betriebszugehörigkeit. Sie wurde durch einen Tarifvertrag vom 29. Oktober 1969 über eine ergänzende Alters- und Invalidenbeihilfe für langjährige Gewerbezugehörigkeit im Baugewerbe (TVE) ersetzt.⁶⁰

47 So auch *Sahl*, NZA-Beil. 2010, 8 und mwN. *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 24.

48 *Giesen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 60. Ed., Stand: 1.6.2021, München 2021, § 5 Rn. 2; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 5 Rn. 3; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, Bd. 20, Frankfurt aM. 2017, S. 18 ff.; aA.: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 5 Rn. 32 ff.; *Franzen*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, TVG § 5 Rn. 2.

49 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 25.

50 Siehe zu den Einzelheiten der tariflichen Verbesserung *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 25 f.

51 Dazu *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 32; *Leber*, Vom Frieden, Stuttgart 1979, S. 71

52 Siehe für eine empirische Aufarbeitung der Mitgliederentwicklung in den DGB-Gewerkschaften *Pionteck* (Fn. 10), S. 27 ff.

53 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 32.

54 Vgl. *Waltermann*, Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2018, Rn. 516.

55 Dazu *Anders*, Stein für Stein, Hannover 1969, S. 269.

56 MwN. *Löwisch/Rieble* (Fn. 48), § 1 Rn. 2113 ff; vgl. hierzu auch den Diskussionsgegenstand des IX. Tarifsymposiums der Bauwirtschaft vom 6.5.2021 und insbesondere den Beitrag von *Waltermann* zur »Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?«, SR 2021, 177.

57 Siehe für einen ähnlichen Vorschlag zur Differenzierung hinsichtlich der Sozialbeitragshöhe zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem sog. Genter System: *Pionteck* (Fn. 10), S. 289 ff.

58 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 32.

59 BAG, 29.11.1967 – GS 1/67 – BAGE 20, 175, 224 ff.

60 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 34.

Mittlerweile hat sich auch die Rechtsprechung zu Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag weiterentwickelt. Einen Paradigmenwechsel brachte in dieser Hinsicht die Entscheidung des BAG vom 18. März 2009. Das BAG hat erstmals die einfache Differenzierungsklausel im Tarifvertrag gebilligt und gemeint, dass grundsätzlich tarif- und verfassungsrechtliche Bedenken nicht entgegenstehen.⁶¹ Allerdings sind qualifizierte Differenzierungsklauseln nach der Entscheidung des BAG vom 23. März 2011 nach wie vor verfassungswidrig.⁶²

Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass infolge einer abermaligen Weiterentwicklung des TVA zum 1. Juli 1975 weitere Personengruppen, insbesondere die Angestellten⁶³ des Baugewerbes, fortan vom personellen Geltungsbereich erfasst wurden.⁶⁴ Seit 2001 wurde dann das BAV-Verfahren durch einen Tarifvertrag über eine Zusatzrente im Baugewerbe (TV TZR) geregelt. Aus jüngerer Vergangenheit sei an dieser Stelle noch auf den Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung im Baugewerbe (TZA Bau) vom 1. Januar 2016 hingewiesen, mit dem die seit 1957 im Wesentlichen umlagefinanzierte Rentenbeihilfe sukzessive ersetzt worden ist. Danach sollte die im Grundsatz von Arbeitgebern finanzierte »Tarifrente Bau« fortan kapitalgedeckt organisiert werden und für sämtliche Baubeschäftigte und Auszubildende in der Baubranche Geltung beanspruchen.

Die ULAK und die ZVK wurden zwischenzeitlich im Jahr 2001 zu einem einheitlichen Sozialkassenverfahren zusammengeführt und firmieren seitdem unter der gemeinsamen »Dachmarke« SOKA-BAU. Reguliert wird das Zusammenspiel beider Kassensysteme vor allem über den seit 1999 regelmäßig fortentwickelten Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV). Der VTV regelt seither die Durchführung des in weiteren Tarifverträgen festgelegten Urlaubskassenverfahrens, der zusätzlichen Altersversorgung (BAV-Verfahren) und der Berufsbildung im Baugewerbe: die drei auch heute noch dominanten Säulen von SOKA-BAU.

Nicht unerwähnt bleiben soll zu guter Letzt auch das innovative Potential des Entsendeverfahrens. Zum einen praktiziert SOKA-BAU das Urlaubskassenverfahren auch für Beschäftigte, die von ausländischen Baubetrieben auf Baustellen in Deutschland entsandt werden. Auf diese Weise leistet SOKA-BAU einen wichtigen Beitrag zur Vereinheitlichung der Sozialkassenstandards und verhindert einen Unterbietungswettbewerb zwischen deut-

schen und ausländischen Baubetrieben. Zum anderen hat SOKA-BAU diverse Vereinbarungen mit analogen Einrichtungen im europäischen Ausland getroffen. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass entsandte Beschäftigte ebenfalls in den Genuss sozialkassenwirtschaftlicher Leistungen kommen und deutsche Bauarbeitgeber nicht zu Doppelzahlungen herangezogen werden.⁶⁵ Entsprechende Regelungen hierzu enthalten der BRTV (§ 8.13. und § 8.15.2 BRTV) und der VTV (§§ 5 Abs. 4, 12 Abs. 3 VTV). Damit leistet SOKA-BAU Pionierarbeit für die paneuropäische Etablierung und Koordinierung des Sozialkassenverfahrens.

3. Rolle rückwärts: das Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren

Ein schwieriges Thema in der jüngeren Geschichte von SOKA-BAU waren die Entwicklungen rund um das Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz (SokaSiG) vom 16. Mai 2017,⁶⁶ das in Wissenschaft und Rechtsprechung zunächst hohe Wellen schlug. Im Hinblick auf die bereits bestehende breite Darstellung im Schrifttum der vergangenen Jahre, die an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden soll, sei nur darauf hingewiesen, dass das SokaSiG von BAG und BVerfG im Ergebnis als verfassungskonform eingestuft wurde.⁶⁷ Es ist zu begrüßen, dass die Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft durch neue, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge inzwischen wieder im regulären Modus ablaufen können. Die Sozialpartner nehmen das Schicksal der Arbeitsbedingungen in der Baubranche in altbewährter Tradition somit wieder in die eigenen Hände.

61 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028.

62 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920.

63 Damals wurde noch zwischen Arbeitern, die überwiegend körperliche Arbeit leisteten und Angestellten mit schwerpunktmäßig »geistiger« Tätigkeit unterschieden. Hierbei handelt es sich um eine historisch bedingte Differenzierung, die heute so gut wie keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen mehr nach sich zieht.

64 *Asshoff/Sahl/Stang*, FS zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 21, 36.

65 Siehe zu den Einzelheiten die Darstellung auf der Homepage der SOKA-BAU, abrufbar unter <https://www.soka-bau.de/arbeitgeber/leistungen/urlaubsverfahren/entsendung-in-die-eu-und-schweiz> (3.12.2021).

66 BGBl. 2017 I, S. 1210.

67 BAG, 20.11.2018 – 10 AZR 121/18 – NZA 2019, 552, 556, Rn. 42 ff.; BVerfG, 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17 – NZA 2020, 1338, 1339, Rn. 14 ff.; s. dazu *Ulber*, NZA 2021, 763 ff.

IV. Zukunftspotentiale der bauwirtschaftlichen Sozialkassen

Zum Schluss soll ein Blick in die Zukunft gewagt und sollen die Entwicklungslinien der bauwirtschaftlichen Sozialkassen entlang möglicher Potentiale fortgezeichnet werden. Das Arbeitsrecht ist angesichts der voranschreitenden Digitalisierung im Umbruch. Die Schlagworte »Industrie 4.0« und »Arbeiten 4.0« prägen den Diskurs.⁶⁸ Diese Entwicklungen machen auch vor der Baubranche keinen Halt. Gleichzeitig steht unsere Gesellschaft unter anderem vor der Herausforderung, den demografischen Wandel in den Griff zu bekommen, der mannigfaltige Auswirkungen auf verschiedene Berufszweige und die Systeme der sozialen Sicherheit zeitigt.⁶⁹ Die Zukunftspotentiale von SOKA-BAU sollen unter diesen beiden Aspekten erörtert werden.

1. Demografischer Wandel: Ausbau des BAV-Verfahrens

Gem. § 153 Abs. 2 SGB VI wird die gesetzliche Rentenversicherung vor allem durch Beiträge und Bundeszuschüsse finanziert, wobei die Beiträge die Haupteinnahmequelle bilden. So belief sich der Anteil der Beitragsfinanzierung auf 77 % der Gesamteinnahmen der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2019 von rund 312,3 Mrd. €. ⁷⁰ Allerdings leben wir in einer immer älter werdenden Gesellschaft, wodurch auch die im Wesentlichen aus Beiträgen finanzierte gesetzliche Rentenversicherung zunehmend an Bedeutung verlieren wird. Nach der demografiepolitischen Bilanz der Bundesregierung zum Ende der 18. Wahlperiode beträgt die durchschnittliche Lebenserwartung in Deutschland bei Geburt für Männer 78,2 Jahre und für Frauen 83,1 Jahre. Ferner habe sich die Lebenserwartung in den letzten Jahrzehnten um rund 2,6 Monate pro Jahr erhöht.⁷¹ Hinzu kommt, dass die Geburtenrate in Deutschland in den letzten Jahrzehnten weitgehend konstant rückläufig ist.⁷² Nach der Vorausberechnung des Statistischen Bundesamtes liegt die Geburtenrate bis zum Jahr 2060 bei circa 1,5 Geburten je Frau. Zum Vergleich: Frauen im Jahrgang 1860 gebären im Durchschnitt je fünf Kinder.⁷³ Dies führt zwangsläufig zu einem rentenpolitischen Dilemma: Auf der einen Seite müssen immer mehr Rentenleistungen finanziert werden. Auf der anderen Seite brechen aber die möglichen Beitragszahler weg.

Diese demografische Gemengelage verträgt sich mit dem gegenwärtigen System der gesetzlichen Rentenversicherung nicht. Daher verwundert es nicht, dass der Anteil der Bundeszuschüsse im Proporz zur Beitragsfinanzierung schon seit geraumer Zeit konstant bei über 20 % liegt⁷⁴ – ein Trend, den man noch viel ausgeprägter auch bei der Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung beobachten kann.⁷⁵ Der demografische Wandel wirkt sich daher zwangsläufig nachteilig auf die Beitragsfinanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung aus.

Vor dem Hintergrund dieser empirischen Gemengelage steht unsere Gesellschaft vor der Herausforderung, neue Wege der Altersabsicherung gehen zu müssen. Vieles deutet derzeit darauf hin, dass der Staat dauerhaft nicht imstande sein wird, ein zuverlässiges Altersrenteneinkommen allein im Wege des »Generationenvertrags« zu garantieren. Einer dieser neuen Wege kann jedenfalls für die Beschäftigten in der Baubranche darin bestehen, das BAV-Verfahren als Bestandteil der SOKA-BAU weiter auszubauen. Das BAV-Verfahren der SOKA-BAU könnte dann auch als Vorbild für andere Branchen dienen.

In der Vergangenheit wurde auf diesem Gebiet für die Baubranche schon beachtliche Fortschritte erzielt. So haben Baubeschäftigte, die gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 TZA Bau nach dem 31. Dezember 2015 erstmals in das Baugewerbe eintreten, künftig einen Anspruch auf die »Tarifrente Bau«, die, verglichen mit der Rentenbeihilfe (vgl. § 13 TZA Bau), deutlich angehobene Altersrentenkonditionen (vgl. §§ 6, 8, 9 TZA Bau) vorsieht. Obgleich für den Großteil der Baubeschäftigten derzeit noch die Rentenbeihilfe praktiziert wird, hat SOKA-BAU mit der Einführung der Tarifrente Bau viel erreicht. Jahr für Jahr wird sie für immer mehr Baubeschäftigte Anwendung finden.

68 Siehe zum Begriff der »Industrie 4.0« *Ensthaler*, NJW 2016, 3473; instruktiv mwN. auch *Krause*, NZA-Beil. 2017, 53.

69 Dazu umfassend mwN. *Ruland*, NZS 2018, 793.

70 *Temming*, in: Fuchs/Preis/Brose (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht und SGB II, 3. Aufl., Berlin 2020, § 45 Rn. 22.

71 BT-Drs. 18/11145, S. 4.

72 Siehe für einige Zahlenangaben in diesem Zusammenhang *Ruland*, NZS 2018, 793, der darstellt, dass dies ein Trend ist, der schon Ende des 19. Jhdts. zu beobachten war.

73 Vgl. *Birg/Filip/Flöthmann*, Paritätsspezifische Kohortenanalyse des generativen Verhaltens in der BRD nach dem 2. Weltkrieg, Bielefeld 1990, S. 28; entnommen von *Ruland*, NZS 2018, 793 Fn. 5.

74 Siehe dazu <https://www.bpb.de/politik/innenpolitik/rentenpolitik/289783/bundeszuschuesse> (3.12.2021).

75 Vgl. *Greiner*, in: Fuchs/Preis/Brose (Fn. 70), § 22 Rn. 6.

Ungeachtet dessen sollte die IG Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) ihr ganzes tarifpolitisches Gewicht auch künftig einsetzen, um die Höhe der monatlichen Altersrentenleistung weiter nach oben zu treiben. Die Tarifautonomie hält die hierfür notwendigen Verhandlungsspielräume grundsätzlich bereit. Das Arbeitgeberlager wird sich womöglich zu höheren Beiträgen in die bauwirtschaftlichen Sozialkassen bereit erklären, wenn die verhandelnde Gewerkschaft dafür in anderen tarifpolitischen Streitpunkten nachgibt. Im Bewusstsein einer rückläufigen gesetzlichen Rentenversicherung könnte dem Ausbau des BAV-Verfahrens in Tarifverhandlungen eine gehobene Priorität beigegeben werden.

2. Berufsbildung in der digitalisierten Bau-Arbeitswelt

Die zunehmende Digitalisierung der Arbeitswelt macht auch vor der Baubranche keinen Halt. Zudem hat die Beschäftigungsvielfalt in der Bauwirtschaft zugenommen. Es gibt längst nicht mehr nur das Berufsprofil des klassischen Bauarbeiters. Die gravierende Veränderung der Rahmenbedingungen zeigt sich eindrücklich am Beispiel des Building Information Modeling (BIM), das in der Baubranche zurzeit »in aller Munde« ist.⁷⁶ Dabei handelt es sich um eine »kooperative Arbeitsmethodik, mit der auf der Grundlage digitaler Modelle eines Bauwerks die für seinen Lebenszyklus relevanten Informationen und Daten konsistent erfasst, verwaltet und in einer transparenten Kommunikation zwischen den Beteiligten ausgetauscht oder für die weitere Bearbeitung übergeben werden.«⁷⁷ Die Etablierung von BIM in der Baubranche wurde vom Bundesverkehrsministerium mit Nachdruck gefördert.⁷⁸ Mithilfe intelligenter Informationstechnologie sollen in Zukunft sämtliche Phasen des Bauprozesses effizienter koordiniert werden. Für viele Beschäftigte der Baubranche bedeutet diese Umstellung eine große Her-

ausforderung. Berufliche Bildung in Gestalt der Weiterbildung kann hier Abhilfe schaffen. Vor diesem Hintergrund wird künftig auch schon das bei SOKA-BAU etablierte Berufsbildungsverfahren zunehmend eine herausragende Rolle spielen, um die Beschäftigten in der Bauwirtschaft effektiv auf die sich verändernden Rahmenbedingungen einzustellen. Die Sozialpartner der Baubranche sollten alles daransetzen, die Leistungen beruflicher Bildung weiter auszubauen, zumal das Berufsbildungsverfahren bei den Beschäftigten eine hohe Akzeptanz genießt.

V. Schluss

Der historische Bogen vom Urlaubsmarkensystem zum BIM ist weit. Rückblickend belegt die Historie von SOKA-BAU eindrucksvoll die Leistungs-, aber auch die Anpassungsfähigkeit der tarifautonom geschaffenen Strukturen sozialer Sicherung in der Baubranche an die jeweiligen sozialen Herausforderungen der Zeit. Es bleibt zu hoffen, dass die gesellschaftliche Wertschätzung für die tarifautonome, solidarische Regelung von Branchenbelangen weiterhin hoch bleibt, das staatliche Recht abstützend wirkt, wo es erforderlich ist, und zugleich die notwendigen Regelungsspielräume belässt, um die Gegenwarts- und Zukunftsfragen sozialer Sicherung wirkungsvoll durch tarifautonome Rechtssetzung bearbeiten zu können. Stimmen diese Rahmenbedingungen, dürfte den Sozialkassenverfahren auch nach ihrem 100. »Geburtstag« noch ein langes, erfolgreiches Leben beschieden sein.

⁷⁶ Kemper, ZfBR 2020, 36; Siehe auch Boecken/Mzee, BauR 2021, 610; Bahnert/Heinrich/Johrendt, DS 2018, 210; Rupa, ZfBR 2020, 219.

⁷⁷ Bramann/May, Stufenplan Digitales Planen und Bauen, Berlin 2015, S. 4.

⁷⁸ Siehe zu den Hintergründen Kemper, ZfBR 2020, 36 f.

Grenzüberschreitende Dimension – Der Weg der Sozialkassenverfahren nach Europa

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M., Hochschule Mainz

I. Kontext

Den zuständigen Vertretern¹ der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften dürfte nicht nur in Deutschland ein großer Stein vom Herzen gefallen sein, als der EuGH am 25. Oktober 2001 formulierte:

»Die Artikel 59 EG-Vertrag [...] und 60 EG-Vertrag [...; heute: Art. 49 und 50 AEUV] stehen dem nicht entgegen, dass ein Mitgliedstaat ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das eine Dienstleistung im Gebiet des ersten Mitgliedstaats erbringt, einer nationalen Regelung wie derjenigen des § 1 Absatz 3 Satz 1 Arbeitnehmer-Entsendegesetz [heute §§ 3 iVm. 5 S. 1 Nr. 3 AEntG] unterwirft, durch die den zu diesem Zweck von dem Unternehmen entsandten Arbeitnehmern Urlaubsansprüche garantiert werden [...]«².

Was so technisch klingt, kann mit Fug und Recht als Meilenstein in der Geschichte der Sozialkassenverfahren bezeichnet werden. Denn auch 20 Jahre später – und somit 100 Jahre nach Schaffung der ersten Sozialkassensysteme – ist damit immer noch klargestellt, dass die mitgliedstaatlichen Urlaubskassensysteme grenzüberschreitend angewandt werden dürfen.

Bis in die 1990er Jahre sind die Sozialkassensysteme der Bauwirtschaft dagegen noch vorrangig als nationale Angelegenheit betrachtet worden. Das ist nicht verwunderlich, handelt es sich doch seit jeher um eine Branche, in der (idR.) die Endprodukte nicht transportabel sind. Eine grenzüberschreitende Dimension ergibt sich daher erst dann, wenn die wesentlichen Produktionsfaktoren – also die Arbeitnehmer – in ein anderes Land gehen.³ Wirtschaftlich interessant wird das vor allem dann, wenn die Kosten für diese Produktionsfaktoren – also die Arbeitskosten – auseinanderklaffen und die Transaktionskosten gering sind (dazu unter III). Daher änderte sich die Situation durch die verstärkte Integration des Binnenmarkts und die zunehmende Europäisierung der Beschäftigung (dazu unter IV). Damit gerieten nicht nur inländische Unternehmen durch europäische Konkurrenz unter Kostendruck, der Druck setzte sich auf das

Niveau der Arbeitsbedingungen fort. Mit ihm verloren gleichermaßen die Sozialkassensysteme an praktischer Bedeutung auf den Baustellen, da die dort tätigen ausländischen Betriebe zunächst nicht an ihnen teilnahmen (dazu unter II).

Im Folgenden soll analysiert werden, wie sich die Europäisierung der Arbeitsbeziehungen auf die Sozialkassensysteme ausgewirkt hat und welche Antworten die deutsche Rechtsordnung und insb. die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft gefunden haben (dazu unter V). Entscheidende Fragen stellen sich zwar auch in Bezug auf andere Sozialkassenverfahren, insb. etwa die Zusatzversorgung,⁴ dennoch soll der Fokus angesichts des Jubiläums der Urlaubskassensysteme auf diese gerichtet werden.

II. Rechtliche Einordnung der Arbeitnehmerentsendung

Zunächst gilt es aber, die rechtliche Problematik zu verdeutlichen. Die klassische Entsendesituation besteht darin, dass ein Unternehmen mit Sitz im Ausland vorübergehend seine Leistung im Inland erbringt und hierzu seine eigenen, im Sitzstaat beschäftigten, Arbeitnehmer einsetzt. Handelt es sich dabei um einen Arbeitgeber mit Sitz in der EU, kann er sich auf die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV berufen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV ist nicht betroffen, da sich die Arbeitnehmer gerade nicht in den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates integrieren wollen.⁵ Deren Berechtigung zur Arbeitsleistung in Deutschland ist daher lediglich ein Reflex der Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers (dazu IV.3).

1 Die Verwendung des generischen Maskulinums dient der besseren Lesbarkeit, soll aber alle Geschlechter miteinschließen.

2 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 ua. – Slg. 2001 I-7831 (Finalarte ua.).

3 Vgl. auch Syben/Gross, in: Köbele/Sahl (Hrsg.), Die Zukunft der Sozialkassensysteme der Bauwirtschaft im Europäischen Binnenmarkt, Köln 1993, S. 15, 17.

4 Dazu etwa Birk, FS Beitzke, 1979, S. 831, 856; Junker, ZIAS 1995, 564, 586.

5 Einschr. Zimmer, ZESAR 2020, 403, 404 mwN.

Will man beurteilen, ob ein solches Arbeitsverhältnis den deutschen Sozialkassenverfahren unterliegt, ist zuerst die Frage nach dem anwendbaren Recht zu stellen. Im Internationalen Arbeitsrecht gilt für den Fall, dass die Arbeitsvertragsparteien keine Rechtswahl getroffen haben (diese gilt prioritär nach den Maßgaben des Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO⁶), gem. § 8 Abs. 2 Rom I-VO das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der Arbeitnehmer »gewöhnlich seine Arbeit verrichtet«. In den meisten Fällen ist dies bei Entsendearbeitsverhältnissen das Recht des Herkunftsstaats. Denn Voraussetzung für das Vorliegen einer Entsendung (im hier verstandenen Sinn) ist es gerade, dass die regelmäßige Beschäftigung im Heimatstaat erfolgt und die Entsendung vorübergehend ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 Entsende-RL⁷).⁸ Angeknüpft wird also an der *tatsächlichen Arbeitsleistung* im Aufnahmestaat. Der Arbeitsvertrag unterliegt damit idR. ausländischem Recht (bzw. dem ausländischen Arbeitsvertragsstatut).

Nun handelt es sich bei den Regelungen zu den Sozialkassenverfahren – einschließlich der Beitragspflicht und Leistungsberechtigung – allerdings nicht um individualvertragliche Absprachen, sie sind vielmehr in Tarifverträgen geregelt. Da die Anwendung von Tarifnormen idR. ein kongruentes Arbeitsvertragsstatut voraussetzt, würden inländische Sozialkassennormen ausländische Entsendearbeitsverhältnisse nicht erfassen.⁹ Daher hat das BAG 1977 eine Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes für jugoslawische Bauarbeiter verneint, deren Arbeitsverträge nicht deutschem Recht unterlagen.¹⁰

Allerdings können Tarifnormen auch im Rahmen einer Sonderanknüpfung – ua. als Eingriffsnormen iSd. Art. 9 Rom I-VO – kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen sein. Eingriffsnormen sind zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen (!) Interesses angesehen wird, dass sie auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitsvertrag im Übrigen nach einem anderen Recht richtet. Entscheidend ist aber, dass mit einer Norm zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden. Ob die Normen allgemeinverbindlicher Tarifverträge als zwingende Vorschriften iSd. Art. 9 Rom I-VO anzusehen sind, ist umstritten.¹¹ Die besseren Argumente sprechen mE. idR. dafür – wobei dies

für jede Norm im Einzelnen zu beurteilen ist.¹² Denn mit einer Allgemeinverbindlicherklärung muss gerade ein öffentliches Interesse verfolgt werden, damit sie überhaupt erfolgen kann.¹³ Ohnehin kommt es heute auf die Beantwortung dieser Streitfrage für die Anwendung der hier interessierenden Sozialkassennormen nicht mehr an. Zwar hat das BAG 1977 noch einen Verstoß gegen den *ordre public* durch die Nichtanwendung der Sozialkassennormen in der konkreten Fallgestaltung verneint.¹⁴ Allerdings hat sich der Gesetzgeber schon 1996 angesichts der unklaren Rechtslage dazu entschlossen, durch das AEntG die Teilnahmen an den tarifvertraglichen Urlaubskassensystemen (vgl. § 5 S. 1 Nr. 3 AEntG) als Teil des »harten Kerns« arbeitsvertraglicher Normen – neben Entlohnung, Urlaub, Höchstarbeitszeiten usw. – ausdrücklich zu Eingriffsnormen zu erklären, sofern sie in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag nach § 5 TVG oder einer Rechtsverordnung nach den §§ 7 bzw. 7a AEntG festgelegt sind. Auf Details wird noch genauer einzugehen sein (IV.4).

Umgekehrt stellt sich die gleiche Frage, wenn deutsche Bauarbeiter ins Ausland entsandt werden. Da die Maßstäbe dieselben bleiben, soll diese Blickrichtung für den vorliegenden Beitrag ausgespart werden. Erwähnt sei nur, dass idR. aus Deutschland ins Ausland entsandte Arbeitnehmer von (allen) deutschen Sozialkassenverfahren erfasst bleiben.¹⁵

6 VO (EG) Nr. 593/2008 v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 2008, L 177/6.

7 RL 96/71/EG v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18/1.

8 Vgl. etwa EuGH, 3.6.2021 – C-784/19 – NZA 2021, 1461 (TEAM POWER EUROPE), Rn. 39; vgl. außerdem EuGH, 18.6.2015 – C-586/13 – NZA 2015, 925 (Martin Meat), Rn. 33.

9 Ausf. und zu Detailfragen der Anknüpfung etwa *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 15 Rn. 52 ff. mwN.

10 BAG, 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; vgl. dazu – auch zur inkonsistenten Weiterentwicklung der Rechtsprechung – *Deinert* (Fn. 9), § 15 Rn. 52.

11 Dazu mwN. *Oetker*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2021, § 13 Rn. 159.

12 Ausf. *Deinert* (Fn. 9), § 15 Rn. 60 ff.

13 So auch *Däubler*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (im Folgenden: Däubler TVG), Einl. Rn. 967.

14 BAG, 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; für ein weiteres Verständnis zwingender Normen schon *Däubler*, EuZW 1993, 370 ff.

15 Zur »Ausstrahlung« Däubler TVG-Däubler (Fn. 13), Einl. Rn. 904, 937 ff.

III. Empirischer Hintergrund

Die Herausforderungen, mit denen sich die deutsche Bauwirtschaft konfrontiert sieht und sah, sind in diesem Heft ausführlich beschrieben.¹⁶ Sie sind keineswegs eine deutsche Besonderheit, sondern kennzeichnend für den Wirtschaftszweig insgesamt.¹⁷ Das macht die Bauwirtschaft prädestiniert für die Arbeitnehmerentsendung, zumal in dieser Branche idR. der Ort der Produktion wie auch der Nachfrage zusammenfallen und daher eine Auslagerung der Produktion in Länder mit niedrigeren Arbeitskosten ausscheidet.¹⁸ Gleichzeitig war die Spanne der Tariflöhne im Baugewerbe bereits zu Beginn der Debatte um eine Entsende-RL im Jahr 1990 enorm. In der niedrigsten Tarifstufe bewegten sie sich zwischen 1,5 ECU in Portugal und 13,32 ECU in Dänemark. Für die Bundesrepublik gibt die Kommission 7,11 ECU an.¹⁹ Der Anteil entsandter Arbeitnehmer an den gewerblichen Arbeitnehmern in Deutschland nahm in dieser Zeit rasant zu: von 10,5 % im Jahr 1992 auf 17,2 % im Jahr 1997.²⁰ Hinzu kommt noch eine große Zahl an »Selbstständigen«.²¹ Bemerkenswert ist, dass die Einbeziehung von Entsendearbeitsverhältnissen in das Urlaubskassenverfahren zu keinem nennenswerten Rückgang führte: 2002 lag die Zahl immer noch bei 16,4 %.²² Damit einher ging eine deutliche Zunahme an illegaler Beschäftigung.²³ Aber selbst durch legale Beschäftigungsformen kam es zu einer erheblichen »Substitution inländischer Beschäftigter«.²⁴ Die Faktoren waren vielfältig. Die massive Bautätigkeit ua. im Zuge der Wiedervereinigung war ein wesentlicher Grund.²⁵ Aber auch die Liberalisierung des Europäischen Binnenmarktes fällt in diese Zeit.

Nach wie vor ist dabei die Bauwirtschaft mit einem Anteil von rund 45 % aller EU-weit ausgestellten A1-Bescheinigungen der am stärksten von Entsendungen betroffene Wirtschaftszweig, wobei 40 % dieser Entsendungen nach Deutschland erfolgen.²⁶ Als Herkunftsstaaten dominieren Polen (27 %) und Rumänien (14 %).²⁷ Das ist wenig verwunderlich, denn die Kostenunterschiede zwischen den EU-Staaten sind nach wie vor enorm. Die Arbeitskosten in der Bauwirtschaft bewegten sich 2019 zwischen 46,0 € in Dänemark und 6,4 € in Bulgarien. Für Deutschland werden 33,4 € angegeben.²⁸

IV. Entwicklung des Rechts der Arbeitnehmerentsendung

1. Ausgangspunkt

In der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Sozialkassen hat das Thema Arbeitnehmerentsendung lange Zeit nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt. Im Gutachten von *Zöllner* zum 48. Deutschen Juristentag 1970 in Mainz kommt es bspw. gar nicht vor,²⁹ genauso wenig wie in der für das Recht der Gemeinsamen Einrichtungen prägenden Schrift von *Böttcher*.³⁰

Sehr wohl diskutiert wird die Frage von *Gamillscheg* in seiner bis heute einflussreichen Arbeit zum »Internationalen Arbeitsrecht« von 1959.³¹ Er nahm zum damals noch bestehenden Urlaubsmarkensystem³² an, dass das inländische Urlaubsrecht bei einem Arbeitsort im Ausland ggf. über den *ordre public* (Art. 30 EGBGB aF.) eingreift. Bleibe das deutsche Recht Arbeitsstatut und bestehe ein ausländisches Urlaubsmarkensystem, schulde der Arbeitgeber zwar weiter Urlaub nach dem Arbeitsvertragsstatut, der

16 *Klocke*, 3, 8 f.; *Greiner*, 19, 20 f.; *Weinkopf*, 44.

17 Vgl. etwa *Lubanski*, Industrielle Beziehungen 1999, S. 267 ff.; *Syben/Gross*, in: *Köbele/Sahl* (Fn. 3), S. 15, 17.

18 Vgl. schon *Franzen*, DZWiR 1996, 89; *Nienhäuser*, Industrielle Beziehungen 1999, 292 ff.

19 KOM (91) 230 endg., S. 5

20 Vgl. *Eichhorst*, ZAF 2005, 197, 211.

21 *Loeffelholz/Gieseck/Buch*, Ausländische Selbstständige in der Bundesrepublik, Berlin 1994, S. 70, 88.

22 Vgl. Fn. 20.

23 *Bosch/Zühlke-Robinet*, Der Bauarbeitsmarkt, Frankfurt aM. 2000, insb. S. 239 ff.; zur weiteren Entwicklung auch *Lorenz*, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit, Berlin 2010, S. 22.

24 *Bosch/Worthmann/Zühlke-Robinet*, WSI-Mitteilungen 2000, 671, 676.

25 *Syben/Gross*, in: *Köbele/Sahl* (Fn. 3), S. 15, 20 f.

26 *De Wispelaere/Pacolet*, Posting of Workers 2017, Luxemburg 2019, S. 15 f., 27 f.

27 Pressemitteilung von SOKA-BAU v. 22.5.2018, abrufbar unter <https://www.soka-bau.de/soka-bau/medien/nachrichten/beitrag/erneut-deutlicher-anstieg-der-entsendungen-in-die-deutsche-bauwirtschaft> (15.1.2022).

28 Eurostat, Pressemitteilung v. 31.3.2020, 52/2020.

29 Vgl. *Zöllner*, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentags, München 1970, S. G13 ff.

30 *Böttcher*, Die Gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, insb. S. 70 ff., 100 ff.; ebenso auf die Problematik nicht eingehend *Henrich*, Das Verhältnis von tarif- und gesellschaftsrechtlicher Struktur der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Berlin/Bremen 1969 (zugl. Frankfurt aM., Univ., Diss. 1968).

31 *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, Berlin 1959 (zugl. Tübingen, Univ., Habil. 1959), etwa S. 289 f. zur österreichischen und belgischen Urlaubskasse.

32 Zum Markensystem *Klocke*, 3, 13 ff. in diesem Heft.

von der Urlaubskasse erhaltene Urlaub müsse jedoch angerechnet werden. In der Konsequenz bedeutet dies, dass auch in dem Fall, in dem der Arbeitnehmer noch keinen Urlaub nach den geklebten Marken beanspruchen konnte, er immer noch einen Anspruch gegen den Arbeitgeber gehabt hätte. Die sich daraus ergebende Doppelbelastung müsse – so *Gamillscheg* – durch Staatsvertrag geregelt werden.³³ Der Arbeitnehmer könne aber weiterhin am inländischen System teilnehmen, wenn ein solches bestehe, und der Arbeitgeber müsse dann während der Entsendung für die Einlösung sorgen und das Urlaubsgeld übermitteln.³⁴ *Gamillscheg* ging also von einer Ausstrahlung der Tarifnormen aus. Was die Wirkung allgemeinverbindlicher Tarifnormen auf Arbeitsverhältnisse unter ausländischem Statut angeht, die im Inland durchgeführt werden, nimmt *Gamillscheg* eine Anwendung dann an, wenn ihre Unterschreitung als soziale Mindestnormen nicht geduldet werden kann. Er sieht sie dann aufgrund des *ordre public* eingreifen. Insgesamt plädiert er für eine Behandlung in gleicher Weise wie bei gesetzlichen Normen.³⁵

Auch wenn damit bereits in groben Zügen die kollisionsrechtliche Bewertung vorgezeichnet war, die später Entsende-RL wie auch AEntG kodifizierten, fand das Thema in der Folge nur wenig Beachtung.³⁶ Das BAG folgte in seiner bereits angesprochenen Entscheidung von 1977 zwar der konzeptionellen Einordnung, sah im Ergebnis aber den *ordre public* nicht betroffen.³⁷

2. Regulierung auf Ebene der EU

Weiter fortgeschritten war die Diskussion bereits im Sozialrecht.³⁸ Die Frage der sozialen Sicherheit von Wanderarbeitnehmern hat die EU bzw. EWG von Beginn an umgetrieben. Bereits 1958 wurden die VO Nr. 3 des EWG-Rates über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer³⁹ sowie die entsprechende Durchführungs-VO Nr. 4⁴⁰ verabschiedet, deren Grundstruktur in der Nachfolge-VO (EWG) Nr. 1408/71⁴¹ bzw. der aktuell geltenden VO (EG) Nr. 883/2004⁴² und den jeweiligen Durchführungs-VO fortbesteht. Allen gemein ist, dass sie Urlaubskassensysteme nicht erfassen.⁴³ Auch auf mitgliedstaatlicher Ebene spielten tarifvertragliche Sozialkassenverfahren in zwischenstaatlichen Sozialabkommen keine Rolle.⁴⁴

Dennoch hat die Kommission frühzeitig die Bedeutung der Koordinierung des Arbeitsrechts für die weitere europäische Integration erkannt. Daher legte sie 1972 –

also vier Jahre nach Erlass der Freizügigkeits-VO (EWG) Nr. 1612/68⁴⁵ zur Ausgestaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit – einen VO-Vorschlag zur Regelung des Konfliktrechts bei Arbeitsverhältnissen vor.⁴⁶ Der Regelungsbereich des Entwurfs ging zwar deutlich über den der heutigen Entsende-RL hinaus, weil er das Kollisionsrecht in Bezug auf Arbeitsverträge umfassend geregelt hätte. In der konzeptionellen Gestaltung des Entsenderechts war jedoch die aktuelle Ausgestaltung schon angelegt. Für vorübergehende Entsendungen wäre zwar weiterhin das Heimatrecht anzuwenden gewesen (Art. 5 Abs. 1 des Vorschlags), dennoch sollten die in Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 des Vorschlags aufgeführten Eingriffsnormen des Aufnahme Staates angewendet werden können (Art. 5 Abs. 2 des Vorschlags). Darin fanden sich in Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 lit. g des Vorschlags auch kollektivvertragliche »Vorschriften über Mindesturlaub«. Ob dies auch die deutschen Urlaubskassensysteme erfasst hätte, ist zumindest unsicher. Nach damals wohl vorherrschender Auffassung hätte die Allgemeinverbindlicherklärung nämlich nicht zu deren Eingriffsnormcharakter geführt (dazu sogleich). Anders als bei der heutigen Entsende-RL knüpfte der VO-Vorschlag den Entsendebegriff an denjenigen der damaligen Wanderarbeitnehmerverordnung (EWG) Nr. 1408/71.⁴⁷ Der

33 *Gamillscheg* (Fn. 31), S. 294.

34 *Gamillscheg* (Fn. 31), S. 361 mVa. LAG Berlin, 11.11.1929.

35 *Gamillscheg* (Fn. 31), S. 363 f.

36 Auf die geringe praktische Bedeutung hinweisend *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 7. Aufl., Berlin/Frankfurt aM. 1967, S. 532; lediglich auf die Ausstrahlung von Tarifnormen hinweisend *Isele*, FS Ficker, 1967, S. 241, 258 in einem Beitrag zur »Auslandsmontage«.

37 BAG, 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

38 Vgl. etwa *Brüggemann*, BArbBl 1963, 435 f. zur VO Nr. 35/63 der EWG v. 2.4.1963 über Familienbeihilfen für entsandte Arbeitnehmer.

39 ABl. 1958, 30/561.

40 ABl. 1958, 30/597.

41 ABl. 1971, L 149/2.

42 ABl. 2004, L 166/1.

43 Vgl. EuGH, 28.2.2019 – C-579/17 – curia (BUAK), Rn. 69.

44 Vgl. etwa das Abkommen zwischen Deutschland und Österreich über Soziale Sicherheit v. 22.12.1966, BGBl. 1969 II, S. 1235 sowie die Zusatzabkommen von 1969, 1974 und 1980; zum Abkommen mit Jugoslawien BAG, 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; für eine Übersicht der Mitte der 1970er Jahren geltenden Abkommen *Burchardt*, RIW 1976, 155, 156 ff.; zur Lage in den 1960er Jahren etwa *Figge*, BlStSozArbR 1966, 10, 11; zur Ausstrahlung in Bezug auf Entwicklungshelfer *Figge*, BlStSozArbR 1979, 170 ff.

45 ABl. 1968, L 257/2.

46 Vorschlag einer VO (EWG) über das auf Arbeitsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft anzuwendende Konfliktrecht, COM (72) 170 endg.

47 Vgl. auch *Birk*, DB 1973, 1551, 1552 f.; außerdem *Burchardt*, RIW 1976, 155, 157 f.

Entwurf wurde jedoch nie verabschiedet, da Bedenken hinsichtlich der Privatautonomie und der Möglichkeit der Einbeziehung von Drittstaaten bestanden.⁴⁸ Schließlich wurde er 1981 zurückgezogen.⁴⁹

Mit dem Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte 1987⁵⁰ änderte sich dann das politische Umfeld. Die *Delors*-Kommission veröffentlichte 1989 das »Aktionsprogramm zur Anwendung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer«⁵¹. 1991 legte die Kommission in diesem Rahmen erneut einen Vorschlag zur Regelung des Entsenderechts vor, nun allerdings nicht mehr in Form einer vereinheitlichenden VO, sondern in Form einer RL.⁵² Dieser stieß bei den Sozialpartnern zunächst auf Skepsis, was zur Ablehnung des Vorschlags im Ministerrat führte.⁵³ Ua. war unklar, ob die Sozialkassenverfahren auf Entsendearbeitnehmer anzuwenden gewesen wären, weil zu der Zeit umstritten war, ob allgemeinverbindliche Tarifnormen Eingriffsnormen darstellen können.⁵⁴

Der von der Kommission 1993 geänderte Vorschlag⁵⁵ stieß dann wiederum bei den damals typischen Herkunftsstaaten – ua. Vereinigtes Königreich, Irland und Portugal – auf Widerstand. Neben anderen Fragen war wieder die Einbeziehung von Entsendearbeitsverhältnissen in die Sozialkassen ein wesentlicher Streitpunkt.⁵⁶ Nach weiteren gescheiterten Verabschiedungsbemühungen sorgten Anfang 1996 insb. die durch den EU-Beitritt Schwedens, Finnlands und Österreichs veränderten Mehrheitsverhältnisse für einen Durchbruch. Lediglich Portugal und das Vereinigte Königreich stimmten im Ministerrat dagegen.⁵⁷ So konnte die Entsende-RL 96/71/EG schließlich am 16. Dezember 1996 erlassen werden.⁵⁸ Die Umsetzungsfrist war zum 16. Dezember 1999 vorgesehen. Als Rechtsgrundlagen wurden die Art. 57 Abs. 2 und Art. 66 EGV (heute Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV) gewählt, also die Kapitel zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Dass nicht das Sozialkapitel zumindest als zusätzliche Rechtsgrundlage herangezogen worden ist, ist vor allem vor dem Hintergrund der vehementen Ablehnung durch das Vereinigte Königreich zu verstehen.⁵⁹

Zentral steht Art. 3 Entsende-RL, der den Katalog an Arbeitsbedingungen enthält, die international erstreckt werden müssen, sofern sie entweder in (staatlichen) Rechtsvorschriften oder in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen der Bauwirtschaft festgelegt sind. Daneben

war es den Mitgliedstaaten freigestellt, auch allgemeinverbindliche Tarifverträge anderer Branchen für international zwingend zu erklären.⁶⁰

Während der erste Kommissionsvorschlag die Erstreckung der inländischen Arbeitsbedingungen nur bei Entsendungen greifen lassen wollte, die länger als drei Monate innerhalb eines Jahres dauerten (Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs), gelten die Vorgaben der verabschiedenden RL idR.⁶¹ ab dem ersten Tag. Eine Einschränkung hätte der RL einen Großteil ihres Anwendungsbereichs genommen. Denn auch heutzutage dauert in der deutschen Bauwirtschaft fast die Hälfte der Entsendungen weniger als drei Monate. Nicht einmal jede zwanzigste Entsendung erreicht zwölf Monate.⁶²

Die erste wesentliche Weiterentwicklung des Entsenderechts auf europäischer Ebene bestand in der Verabschiedung der Durchsetzungs-RL 2014/67/EU⁶³, die sich vor allem mit technischen Fragen der Durchsetzung der Vorgaben der Entsende-RL befasst. Sie stellte eine Reaktion auf mehrere EuGH-Entscheidungen zur Dienstleistungsfreiheit und zum Entsenderecht dar, allen voran die Rs. *Laval*⁶⁴ und die Rs. *Rüffert*⁶⁵.

48 *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, Frankfurt aM. 2006, S. 54.

49 ABl. 1981, C 307/3.

50 ABl. 1987, C 7/105.

51 KOM (89) 568 endg.

52 KOM (91) 230 endg.; ausf. zur Historie *Wirmer*, DB 1994, 2134 ff.

53 Umfassend diskutiert auf einer von der IG Bau Steine Erden organisierten Fachtagung 1992 in Trier, dokumentiert in: *Köbele/Sahl* (Fn. 3); dazu auch *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 659.

54 Vgl. die Formulierung des Vorschlags: Art. 3 Abs. 1 lit. a KOM (91) 230 endg. Eine Erfassung ablehnend *Birk*, in: *Köbele/Sahl* (Fn. 3), S. 143, 162; *Coen*, BB 1992, 2068; für ein weiteres Verständnis *Däubler*, DB 1993, 781; ähnl. auch *Hanau/Heyer*, unv. Gutachten zur Voraussetzung der Teilnahme entsandter Arbeitnehmer am Sozialkassenverfahren, 1995, S. 40 mwN.

55 KOM (93) 225 endg.

56 Vgl. *Preis/Temming* (Fn. 48), S. 56 f. mwN.

57 Gemeinsamer Standpunkt Nr. 32/96 v. 3.6.1996; vgl. auch *Preis/Temming* (Fn. 48), S. 57; *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 659.

58 Vgl. Fn. 7.

59 Krit. zur Rechtsgrundlage *Franzen*, DZWIR 1996, 89, 92 f.

60 Dazu *Deinert*, RdA 1996, 339, 350.

61 Vgl. aber die Ausnahmemöglichkeit gem. Art. 3 Abs. 5 Entsende-RL.

62 Vgl. die Präsentation von *Middendorf/Walser*, Arbeitskräftemobilität im Binnenmarkt v. 12.6.2018, Folie 12, abrufbar unter <https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/koerner/fiwa/archiv/rechtsgespraech/20180612-walser-entsenderecht.pdf> (15.1.2022).

63 ABl. 2018, L 159/11.

64 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval un Partneri*).

65 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*).

Die politische Debatte ebte jedoch trotzdem nicht ab⁶⁶ und mündete schließlich in der Verabschiedung der Änderungs-RL (EU) 2018/957⁶⁷. Durch sie wurde die Brancheneinschränkung auf die Bauwirtschaft aufgehoben und die Möglichkeit allgemein wirksame Tarifverträge zu erstrecken wurde erweitert.⁶⁸ Hervorzuheben sind außerdem die Ersetzung des Begriffs der Mindestentgeltsätze durch den Entlohnungsbegriff und die Geltung zusätzlicher Arbeitsbedingungen im Falle von Langzeitsendungen. Auf einzelne Aspekte der Durchführung der Urlaubskassenverfahren können sich diese Änderungen zwar auswirken (bspw. die Kontrolle der Lohnzuschläge hinsichtlich der Beitragsbemessung), sie führen allerdings in den bisher erfassten Branchen zu keiner strukturellen Veränderung. Die Geltung zusätzlicher Arbeitsbedingungen bei Langzeitsendungen kann jedoch dazu führen, dass Urlaubskassenverfahren von Branchen, die bislang keine Entsendearbeitsverhältnisse erfassten, nach zwölf bzw. 18 Monaten doch zu erstrecken sind.⁶⁹ Auch die Verabschiedung der Änderungs-RL war von heftigen politischen Debatten begleitet.⁷⁰ Die von Polen und Ungarn angestrebten Nichtigkeitsklagen scheiterten aber vor dem EuGH.⁷¹

3. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Begleitet wurden die Rechtssetzungsaktivitäten durch eine Reihe an EuGH-Entscheidungen, die ihrerseits wiederum den Druck auf das Schaffen einer umfassenden Regelung erhöhten. Die Richtung vorgegeben hat der Gerichtshof schon mit der Rs. *Seco*.⁷² Infrage stand eine Bestimmung, nach der auch für aus einem Mitgliedstaat entsandte drittstaatsangehörige Arbeitnehmer zwar Beiträge zur dortigen Sozialversicherung hätten geleistet werden müssen, aber keine entsprechenden Leistungsansprüche entstanden wären. Gleichzeitig waren diese Arbeitnehmer schon von einer vergleichbaren Einrichtung im Herkunftsstaat erfasst. Mit Blick auf eine Vermeidung von Doppelbelastungen und den fehlenden Schutzzweck verstieß die Bestimmung gegen die Dienstleistungsfreiheit.⁷³ Auch in der Rs. *Rush Portuguesa*⁷⁴ betonte der EuGH das Recht eines Arbeitgebers, sich »mit seinem gesamten Personal« auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats frei zu bewegen. Auf die Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer komme es nicht an – eine Arbeitserlaubnis oder Ausgleichszahlungen an die Einwanderungsbehörde dürfen nicht verlangt werden. Es darf lediglich kontrolliert werden, dass kein

Missbrauch erfolgt. In der Rs. *Vander Elst* unterstrich der Gerichtshof, dass auch das Erfordernis einer Regulierung des eigenen Arbeitsmarkts keinen hinreichenden Grund dafür darstellt, für im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit entsandte Drittstaatsangehörige eine Arbeitserlaubnis zu verlangen. Denn es sei in diesen Fällen gerade kein Zutritt auf den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaats bezweckt.⁷⁵ Gleichzeitig entschied der Gerichtshof allerdings auch, dass die Mitgliedstaaten »ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen« in ihrem Hoheitsgebiet ausdehnen dürfen.

Damit war ein Grundstein dafür gelegt, auch Urlaubskassensysteme im Rahmen der Dienstleistungserbringung auf ausländische Arbeitsverhältnisse zur Anwendung zu bringen.⁷⁶ Dies bestätigte der EuGH im Grundsatz in der Rs. *Guiot*. Entsendearbeitgeber dürften jedoch nicht zur Zahlung für Schlechtwetter- und Treuemarken herangezogen werden, wenn sie bereits vergleichbare Beiträge im Heimatstaat bezahlten.⁷⁷ Wenig später wiederholte er in der Rs. *Arblade*, dass es eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle, wenn im Aufnahmestaat zusätzlich zum Heimatstaat Beiträge an einen Fonds abzuführen seien.⁷⁸ Verlangt werden könne aber, dass die Arbeitnehmer im Aufnahmestaat eine dort festgelegte tarifvertragliche Mindestvergütung erhielten. Zur effekti-

66 Ausf. *Seikel*, Die Revision der Entsenderichtlinie, WSI Working Paper Nr. 212, August 2020.

67 RL (EU) 2018/957 v. 28.6.2018 zur Änderung der RL 96/71/EG, ABl. 2018, L 173/16; dazu ausf. *Klein/Schneider*, SR 2019, 21 ff.; *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433 ff.

68 Dazu bspw. *Krause*, AuR 2020, 152, 154 ff.; *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 78 f.; *Zimmer*, AuR 2019, 152 ff.

69 *Walser*, RdA 2021, 90, 104.

70 Dazu mwN. *Däubler TVG-Lakies/Walser* (Fn. 13), § 1 AEntG Rn. 50.

71 EuGH, 8.12.2020 – C-626/18 – BeckRS 2020, 33950 (Polen/Europäisches Parlament); EuGH, 8.12.2020 – C-620/18 – BeckRS 2020, 33950 (Ungarn/Europäisches Parlament).

72 EuGH, 3.2.1982 – C-63/81 – Slg. 1982, 223 (*Seco*).

73 Vgl. zum Doppelbelastungsverbot schon *Burchardt*, RIW 1976, 155, 156; vgl. auch *Franzen*, IPRax 2002, 186, 188.

74 EuGH, 27.3.1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1417 (*Rush Portuguesa*).

75 EuGH, 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803 (*Vander Elst*).

76 IdS. auch *Hold*, AuA 1996, 113, 114; *Preis*, ZIP 1995, 891, 906; aA. wohl *Junker*, ZIAS 1995, 564, 580.

77 EuGH, 28.3.1996 – C-272/94 – Slg. 1996, I-1915, Rn. 22 (*Guiot*).

78 EuGH, 23.11.1999 – C-396/96 und C-376/96 – Slg. 1999, I-8498, Rn. 50 (*Arblade* ua.).

ven Kontrolle könne der Aufnahmestaat außerdem verlangen, dass dort Unterlagen bereitgehalten werden. Im Ergebnis dürfen also nur Anforderungen gestellt werden, die im Aufnahmestaat ein höheres Schutzniveau als im Heimatstaat erzeugen.⁷⁹

Diese Entwicklung vor Augen erscheint es folgerichtig, dass der EuGH in der – bereits einleitend zitierten – Rs. *Finalarte* die Anwendung der deutschen Urlaubskassensysteme auf Entsendearbeitsverhältnisse für unionsrechtskonform erklärte, sofern Doppelbelastungsverbot und Günstigkeitsprinzip beachtet werden. Kriterien für letztere können dabei sein.⁸⁰

- Zahl der Urlaubstage;
- Höhe des Urlaubsgeldes pro Tag;
- Übertragbarkeit der erworbenen Beschäftigungszeiten auf einen neuen Arbeitgeber;
- tatsächliches Geltendmachen der Urlaubsansprüche;
- Zahlungsmodalitäten;
- Insolvenzsicherung des Urlaubsentgelts.

Ferner müssen die Arbeitsbedingungen für inländische und ausländische Arbeitsverhältnisse die gleiche Verbindlichkeit besitzen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn nur inländische Unternehmen durch Firmentarifvertrag die Anwendung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags abwenden könnten.⁸¹

Daneben hat der Gerichtshof noch eine Reihe weiterer entsenderechtlicher Entscheidungen getroffen, die sich zwar auf die Durchführung der Sozialkassenverfahren auswirken, wenn es bspw. um den Entsendebegriff geht,⁸² die jedoch nicht speziell zu Sozialkassen ergangen sind und die daher hier nicht im Einzelnen aufgeführt werden können.⁸³

Neben dem Entsenderecht i.e.S. wirken sich freilich auch die materiellrechtlichen Entscheidungen des EuGH auf die Sozialkassen aus. Im Bereich der Urlaubskassen gilt das in besonderem Maß für das Urlaubs- und Arbeitszeitrecht. So sind etwa jüngst die Meldepflichten in § 6 Abs. 1 S. 3 VTV-Bau⁸⁴ ergänzt worden, um eine korrekte Urlaubsentgeltberechnung nach den Vorgaben des EuGH in der Rs. *Hein* zu ermöglichen.⁸⁵ Aber auch auf andere Sozialkassenverfahren wirkt sich die EuGH-Rechtsprechung aus, man denke nur an die Gleichbehandlungsfragen im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung.⁸⁶ Für eine vertiefte Betrachtung dieser Fragen besteht hier allerdings nicht der Raum.⁸⁷

4. Regulierung in Deutschland

Als Reaktion auf das (vorläufige) Scheitern des Vorhabens zum Erlass der Entsende-RL auf europäischer Ebene⁸⁸ wurden in Deutschland schon ab 1994 die Stimmen immer lauter, die forderten, die Sache auf nationaler Ebene selbst in die Hand zu nehmen. 1995 rief die Gewerkschaft sogar zu öffentlichen Demonstrationen hierfür auf.⁸⁹ Immerhin wurde befürchtet, dass durch den liberalisierten Dienstleistungsmarkt die Arbeitsplätze von 140.000 Bauarbeitnehmern in Deutschland gefährdet sein könnten.⁹⁰ Auch andere Staaten wurden aktiv. So sah Belgien bereits seit längerem die Geltung von Tariflöhnen und die Abführung von Sozialkassenbeiträgen für Entsendearbeitsverhältnisse vor. Parallel mit der deutschen Initiative wurden außerdem in Österreich und Frankreich entsprechende Regelungen angestrengt.⁹¹ Flankiert wurden die gesetzgeberischen Aktivitäten durch den Runderlass 72/95 der Bundesanstalt für Arbeit (heute Bundesagentur für Arbeit – BA) in der Folge der EuGH-Entscheidung in der Rs. *Vander Elst* (dazu unter 3). Dieser sah vor, dass eine Arbeitserlaubnis für Drittstaatsangehörige an Entsendearbeitnehmer im Rahmen einer vorübergehenden Dienstleistung nur dann erteilt werden sollte, wenn der Drittstaatsangehörige beim

79 IdS. auch GA *Sharpston* in ihren Schlussanträgen v. 17.12.2009 zu der Rs. EuGH – C-96/08 – Slg. 2010, I-2911, Rn. 36 (CIBA).

80 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 ua. – Slg. 2001 I-7831 (Finalarte ua.), Rn. 44 f., 48.

81 EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (Portugalia); zur Problematik unter dem reformierten AEntG *Walsers*, RdA 2021, 90, 94 ff.

82 Bspw. EuGH, 19.12.2019 – C-16/18 – AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 96/71 (Dobersberger); EuGH, 19.1.2006 – C-244/04 – Slg. 2006, I-885 (Kommission/Deutschland); EuGH, 21.9.2006 – C-168/04 – Slg. 2006, I-9041 (Kommission/Österreich).

83 Vgl. für einen Überblick über die entsenderechtlichen Entscheidungen *Glowacka/Kullmann*, Rechtsprechung zum Europäischen Arbeitsrecht, Band II, Wien 2020, S. 55 ff.

84 Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe v. 28.9.2018 idFv. 7.1.2022.

85 EuGH, 13.12.2018 – C-385/17 – AP Nr. 28 zu Richtlinie 2003/88/EG (Hein); ergänzt durch Änderung des VTV-Bau v. 29.1.2021.

86 Etwa EuGH, 25.5.2000 – C-50/99 – Slg. 2000, I-4055 (Podesta).

87 Dazu *Walsers*, FS 75 Jahre BUA, 2021, S. 223, 235 ff.

88 Vgl. die damalige Erklärung von Arbeitsminister *Blüm*, wiedergegeben von *Schavoir-Ysselstein*, VW 1995, 656.

89 Vgl. Bundesratsinitiative von 1994, BR-Drs. 372/94; IG BAU, Festschrift 150 Jahre Baugewerkschaft, Frankfurt aM. 2019, S. 21; vgl. auch *Däubler*, DB 1995, 726 ff.; einschr. aber bspw. *Koenigs*, DB 1995, 1710 f.; krit. *Stieb*, GmbHR 1996, R81 f.

90 BT-Drs. 13/2418, S. 7.

91 BT-Drs. 13/2414, S. 6; vgl. auch *Kehrmann/Sprilke*, AiB 1995, 621, 622.

entsendenden Unternehmen ordnungsgemäß beschäftigt ist (mindestens ein Jahr) und ihm keine geringeren Löhne gezahlt werden als vergleichbaren Arbeitnehmern in Deutschland. Nach Interventionen durch die Kommission wurde vom Erfordernis der ortsüblichen Löhne Abstand genommen, der Rest aber aufrechterhalten.⁹²

Auf diese Weise wurde der Druck, zu einer europäischen wie nationalen legislativen Lösung zu kommen, bewusst verstärkt. Im September 1995 legte das damalige Bundesarbeitsministerium den Entwurf für das AEntG vor,⁹³ der – leicht verändert – zügig verabschiedet wurde und bereits am 1. März 1996 in Kraft trat.⁹⁴ Das Gesetz war zwar zunächst bis zum 1. September 1999 befristet, was nach dem Inkrafttreten der Entsende-RL aber nicht mehr aufrechtzuerhalten war.⁹⁵ Das AEntG gilt daher seitdem für alle Entsendungen aus dem weltweiten Ausland nach Deutschland und ist folgerichtig weder auf Entsendungen aus der EU noch auf solche aus dem EWR oder auf Staaten, mit denen bilaterale Werkvertragsabkommen bestehen (dazu V.3), beschränkt.⁹⁶ Eine Ausnahme für kurzfristige Entsendungen wurde im Zuge des Gesetzgebungsprozesses aus dem Entwurf gestrichen.⁹⁷

Der Anwendungsbereich des ursprünglichen AEntG war dennoch eng. Neben der Bauwirtschaft umfasste es nur die Seeschiffahrtsassistenten (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 AEntG aF.). Die einschränkende Definition des Baugewerbes über einen Anhang, die im ursprünglichen Entwurf zum AEntG noch vorgesehen war,⁹⁸ wurde im Zuge des Gesetzgebungsprozesses aufgegeben. Das verabschiedete Gesetz knüpft am umfassenden Bau-Begriff des § 75 Abs. 1 Nr. 2 AFG aF. (heute § 101 Abs. 2 SGB III) an und erfasst damit auch sämtliche Tätigkeiten des Baunebenberges, wie bspw. das Maler- und Lackierhandwerk.

Neben einem »harten Kern« an international erstreckten Normen war schon von Beginn an eine zwingende Wirkung für Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen iSd. § 4 Abs. 2 TVG vorgesehen (§ 1 Abs. 3 AEntG aF. – heute § 5 S. 1 Nr. 3 AEntG). Damit waren auch die Urlaubskassenverfahren stets auf Entsendearbeitnehmer anzuwenden, was von den Tarifvertragsparteien der Branche im Gesetzgebungsprozess vehement gefordert worden war.⁹⁹ Insofern war auch klar, dass diesen eine entsprechende Regelungsbefugnis für ausländische Arbeitsverhältnisse zukommen muss. Dies ist zuvor tw. anders gesehen worden,¹⁰⁰ war aber schon damals unzutreffend, wenn man mit dem BAG etwa davon ausging, dass eine

Tarifnorm über den *ordre public*-Vorbehalt auf ein ausländisches Arbeitsverhältnis angewendet werden konnte¹⁰¹. Um – in Anerkennung der entsprechenden EuGH-Rechtsprechung – einer potenziellen gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierung bzw. Beschränkung vorzubeugen, war in § 1 Abs. 3 AEntG aF. eine Doppelbelastung des Arbeitgebers ausgeschlossen.

Von Anfang an war eine öffentlich-rechtliche Überwachung der Einhaltung des Gesetzes zunächst noch durch die BA und die Hauptzollämter (§ 2 AEntG aF.) vorgesehen, die mittlerweile vorrangig durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) erfolgt (§§ 16 ff. AEntG nF.). Verstöße stellten Ordnungswidrigkeiten iSd. § 5 AEntG aF. dar (heute § 23 AEntG).

Ein Problem, das sich durch die Beitragshöhe mittelbar auf die Urlaubskassen auswirkte, bestand nach Inkrafttreten des AEntG im Fehlen eines einheitlichen tarifvertraglichen Mindestlohns.¹⁰² Zwar konnte im April 1996 ein solcher Tarifvertrag abgeschlossen werden, der in Stufen einen Mindestlohn in Baubetrieben für die alten und neuen Bundesländer in unterschiedlicher Höhe vorgesehen hätte.¹⁰³ Allerdings scheiterte das Verfahren zur Allgemeinverbindlicherklärung am Widerstand der Arbeitgeberseite im Tarifausschuss. Letztere argumentierte, dass der Mindestlohn deutlich über der untersten Lohnstufe

92 Ausf. zum Erlass und seiner gemeinschaftsrechtlichen Einordnung: *Borgmann*, ZAR 1996, 119 ff.; vgl. auch *Eichhorst*, Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler und supranationaler Regulierung, Frankfurt aM. 2000 (zugl. Konstanz, Univ., Diss. 1998), S. 222 f.

93 BT-Drs. 13/2414.

94 BGBl. I, S. 227; dazu auch *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 654; krit. etwa *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 ff.

95 Vgl. *Deinert*, RdA 1996, 339, 351.

96 *Ulber*, Arbeitnehmerendegesetz, Frankfurt aM. 2009, § 2 Rn. 6; *Hanau*, NJW 1996, 1369.

97 Vgl. *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 655.

98 Kritik dazu durch die Tarifvertragsparteien der Branche, vgl. etwa die Stellungnahme des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes v. 7.8.1995 und der IG Bau-Steine-Erden v. 7.8.1995.

99 Vgl. das Gemeinsame Schreiben der Tarifvertragsparteien an das BMAS v. 17.3.1995.

100 *Matthes*, in: Köbele/Sahl (Fn. 3), S. 41, 57; *Koch*, Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, München 1994, Rn. 88.

101 BAG, 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; so auch *Birk*, in: Köbele/Sahl (Fn. 3), S. 143, 158; *Deinert* (Fn. 9), § 15 Rn. 52. Abweichend sieht der 9. Senat die Regelungsbefugnis offenbar nicht generell für gegeben, sondern nur durch das AEntG vermittelt: BAG, 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 – AP Nr. 12 zu § 1 AEntG.

102 *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 655.

103 *Hanau*, NJW 1996, 1369, 1370.

fast aller anderen Wirtschaftszweige läge.¹⁰⁴ Anfang September 1996 wurde daher ein neuer Tarifvertrag mit deutlich niedrigeren Mindestentgelten vereinbart. Aber auch dieser wurde nicht erstreckt. Die BDA akzeptierte diesmal zwar die Lohnhöhe, bestand jedoch auf einer Befristung der Allgemeinverbindlicherklärung.¹⁰⁵ Dies war Anlass für den Gesetzgeber 1998 in § 1 Abs. 3a AEntG (heute §§ 7, 7a AEntG) die Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung tarifvertraglicher Mindestlöhne per Rechtsverordnung zu schaffen¹⁰⁶ – neben dem Verfahren in § 5 TVG. Der Tarifausschuss war in diesem Fall zwar immer noch beteiligt, ihm kam – im Gegensatz zu § 5 TVG – jedoch keine Vetoposition zu. Tatsächlich wurde auf diesem Weg dann zum ersten Mal der Bau-Mindestlohnvertrag vom 26. Mai 1999 per Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärt.¹⁰⁷ Das BVerfG hat dieses Verfahren als verfassungskonform eingestuft.¹⁰⁸

Über diese Anpassung hinaus wurde das AEntG in den vergangenen mehr als 25 Jahren vielfach novelliert.¹⁰⁹ So wurden bereits 1997¹¹⁰ auch Leiharbeitsverhältnisse über § 1 Abs. 2a AEntG aF. (heute § 8 Abs. 3 AEntG) mit einbezogen, sofern die Überlassung in den Geltungsbereich einer vom AEntG erfassten Tarifregelung erfolgte (beachte in dem Zusammenhang allerdings das Überlassungsverbot in die Bauwirtschaft gem. § 1b AÜG¹¹¹).¹¹² Neben einer stetigen Erweiterung des Anwendungsbereichs stechen vor allem drei Anpassungen hervor: So wurde 2009 das Gesetz als Ganzes neu gefasst und bekam im Wesentlichen seine bis heute bestehende Struktur.¹¹³ Erwähnenswert ist ferner seine Ausweitung auf alle Branchen durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz von 2014¹¹⁴. Die letzte große Anpassung erfolgte durch die Umsetzung der Änderungs-RL (EU) 2018/957¹¹⁵, wobei die wesentlichen Neuregelungen der RL nachvollzogen worden sind, etwa die Ersetzung des Begriffs der Mindestentgeltsätze durch den Entlohnungsbegriff in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG, die Geltung zusätzlicher Arbeitsbedingungen im Falle von Langzeitentendungen aufgrund von § 13b AEntG sowie die internationale Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge iSv. § 3 AEntG aller Branchen – also nicht nur derjenigen der Bauwirtschaft. In § 2 AEntG wurden außerdem weitere Arbeitsbedingungen aufgenommen.¹¹⁶

Außerhalb des AEntG selbst war auch für das Entsenderecht das 2017 geschaffene Sozialkassenverfahrensicherungs-gesetz (SokaSiG)¹¹⁷ bedeutsam.¹¹⁸ Dieses

erklärte nicht nur alle Sozialkassentarifverträge für Zeiträume ohne wirksame Allgemeinverbindlicherklärung gesetzlich für allgemeinverbindlich. Auch deren international zwingende Wirkung wurde rückwirkend über § 3 Abs. 8 SokaSiG für die Urlaubsregelungen des BRTV-Bau¹¹⁹ und § 7 Abs. 11 SokaSiG für die Verfahrensvorschriften des VTV-Bau angeordnet. Schließlich erklärt § 12 SokaSiG Abschnitt 5 des AEntG – also die Regelungen zur Auftraggeberhaftung aus § 14 AEntG und die Regelungen zum Gerichtsstand aus § 15 AEntG – hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung von Urlaubskassenbeiträgen für entsprechend anwendbar.¹²⁰ Sowohl die Wahl des Erstreckungsmechanismus wie auch die inhaltliche Ausgestaltung sind verfassungs- und unionsrechtlich nicht zu beanstanden.¹²¹ Alle betroffenen Tarifverträge sind mWz. 1. Januar 2019 neu gefasst worden, weshalb diese nun wieder ausschließlich über eine Allgemeinverbindlicherklärung und das AEntG erstreckt sind.

104 Ausf. zum Ganzen *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 657; *Deinert*, RdA 1996, 339, 349.

105 Dazu *Schmitt*, WiB 1996, 769, 772; *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 658.

106 Gesetz v. 19.12.1998, BGBl. I, S. 3843; vgl. die entsprechende Einschätzung der IG BAU in deren Rundschreiben T 44/1998 v. 27.11.1998.

107 Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe v. 25.8.1999, BGBl. I, S. 1894.

108 BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

109 Für einen vollständigen Überblick *Däubler TVG-Lakies/Walser* (Fn. 13), § 5 AEntG Rn. 79 ff.

110 Gesetz v. 16.12.1997, BGBl. I, S. 2970.

111 Zu den Ausnahmen *Ulber J.*, in: *Ulber* (Hrsg.), AÜG, 5. Aufl., Frankfurt aM. 2017, § 1b Rn. 54 ff.; *Düwell*, BB 1995, 1082, 1084 ff.

112 Zum Unterfallen grenzüberschreitender Leiharbeit unter die Dienstleistungsfreiheit bereits *EuGH*, 17.12.1981 – Rs. 279/80 – AP Nr. 9 zu Art. 119 EWG-Vertrag (*Webb*).

113 Gesetz v. 20.4.2009, BGBl. I, S. 799.

114 BGBl. 2014 I, S. 1348.

115 Gesetz v. 16.7.2020, BGBl. I, S. 1657.

116 Ausf. *Franzen*, ZFA 2020, 30 ff.; *Walser*, RdA 2021, 90 ff.; zu den Vorgaben für die Umsetzung schon *Klein/Schneider*, SR 2019, 72 ff.

117 V. 16.5.2017, BGBl. I, S. 1210.

118 Zu den Hintergründen *Bachner/Walser*, in: *Deinert/Heuschmid/Zwanziger* (Hrsg.), *Handbuch Arbeitsrecht*, § 123 Rn. 72b; ausf. auch *Biedermann*, BB 2017, 1333 ff.

119 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe v. 28.9.2018.

120 Dazu *BAG*, 30.10.2019 – 10 AZR 567/17 – AP Nr. 380 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, Rn. 12.

121 Zur Verfassungsmäßigkeit *BVerfG*, 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17 – NZA 2020, 1338; *BAG*, 20.11.2018 – 10 AZR 121/18 – AP Nr. 364 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; *Ulber*, NZA 2021, 763 ff.

V. Umsetzung der Entsendeverfahren in der Praxis

Mit der Entsende-RL und dem AEntG wurde zwar der Rahmen für die Erstreckung der Sozialkassenverfahren auf Arbeitnehmer ausländischer Betriebe geschaffen, nun standen aber sowohl die Tarifvertragsparteien wie auch die Sozialkassen selbst vor der Herausforderung der praktischen Umsetzung.

Dabei fällt zunächst auf, dass aus unterschiedlichen Gründen die meisten Urlaubskassenverfahren des Baunebergewerbes derzeit gar nicht auf ausländische Arbeitsverhältnisse angewandt werden. So fehlen bspw. im Maler- und Lackiererhandwerk schon die rechtlichen Voraussetzungen dafür, da keine bundesweite Tarifregelung besteht.¹²² Aktuell existieren mit dem Bauhauptgewerbe und dem Gerüstbauhandwerk aber immerhin zwei international erstreckte Urlaubskassenverfahren in Deutschland.

Die Beitragspflicht besteht gegenüber der durch den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag errichteten gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien. Um eine solche Einrichtung handelt es sich bei der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der deutschen Bauwirtschaft (ULAK), die unter der Marke *SOKA-BAU* auftritt, und der Sozialkasse des Gerüstbaugewerbes (*SOKA Gerüstbau*). Zwar existieren im Bauhauptgewerbe mit der Sozialkasse des Berliner Baugewerbes (*Soka-Berlin*) und der Gemeinnützigen Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes eV. (*UKB*) noch zwei regionale Urlaubskassen. Deren Zuständigkeit beschränkt sich aber aufgrund der jeweils ausdrücklichen tarifvertraglichen Anordnungen ausschließlich auf Betriebe mit Sitz in den beiden Bundesländern. Für Betriebe mit Sitz im Ausland ist die ULAK daher auch dann zuständig, wenn diese in Bayern oder Berlin tätig werden. Eine Ungleichbehandlung ist nicht zu befürchten, da sich die Urlaubs- und Sozialkassenregelungen bundesweit entsprechen, was die Voraussetzung für die internationale Erstreckung ist (vgl. § 3 S. 2 AEntG).

Die Einzelheiten des Beitrags- und Leistungsverfahrens sind tarifvertraglich geregelt. Hinsichtlich der Bauwirtschaft enthält § 8 BRTV-Bau die materiellen Urlaubsbedingungen und der VTV-Bau die verfahrensrechtlichen Normen für die Beitrags- und Leistungsabwicklung. Vergleichbar ist die Regelungsstruktur im Gerüstbauhandwerk mit § 8 RTV-Gerüstbau¹²³ und dem VTV-Gerüstbau¹²⁴. Dies soll im Folgenden näher betrachtet werden.

1. Bauhauptgewerbe

a) Tarifvertragliche Regelungen

Ab 1997 wurden im Bauhauptgewerbe auch Entsendearbeitsverhältnisse in das Urlaubskassenverfahren miteinbezogen. Zunächst existierten in den §§ 55 ff. VTV-Bau aF. für aus dem Ausland entsendende Arbeitgeber eigenständige Regelungen.¹²⁵ Das ArbG Wiesbaden hielt diese aber für unwirksam, da den Tarifvertragsparteien die Tarifmacht zur Regelung grenzüberschreitender Sachverhalte gefehlt habe (dazu IV.4).¹²⁶ Zu Recht widersprachen das Hessische LAG wie auch das BAG in anderen Verfahren.¹²⁷ Denn es existiert eben kein Grundsatz, nach dem sich die Tarifmacht auf inländische Arbeitsverhältnisse beschränkt.¹²⁸ Die Verfassungsbeschwerde eines luxemburgischen Unternehmens gegen die Beitragspflicht hat das BVerfG als unzulässig verworfen.¹²⁹ Nicht zuletzt aufgrund dieser Kontroverse, aber auch mit Blick auf das EuGH-Verfahren in der Rs. *Finalarte* haben die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft am 20. Dezember 1999 einen neuen VTV-Bau vereinbart. Seit dem 1. Januar 2000 unterliegen daher außerhalb Deutschlands ansässige Arbeitgeber denselben Regelungen wie inländische Arbeitgeber. Dies gilt sowohl für die Beitragsleistung (insb. §§ 15, 18, 20 ff. VTV-Bau) als auch für die Leistungen an Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§§ 12 ff. VTV-Bau), einschließlich der Urlaubsabgeltung (idR. gem. § 8 Nr. 6.1 lit. a BRTV-Bau).

b) Doppelbelastungsverbot und Nichtdiskriminierung

Eine zentrale Herausforderung bei der Implementierung der Entsendeverfahren ist die Einhaltung des vom EuGH betonten und in § 5 S. 1 Nr. 3 AEntG festgeschriebenen Doppelbelastungsverbots (dazu IV.3). Die Tarifverträge

122 Zum Problem Walser, RdA 2021, 90, 94.

123 Rahmentarifvertrag für das Gerüstbauer-Handwerk v. 27.2.2020.

124 Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Gerüstbauer-Handwerk v. 27.2.2020.

125 VTV-Bau v. 12.11.1986 idFv. 18.12.1996.

126 ArbG Wiesbaden, 29.4.1998 – 3 Ca 3359/97 – juris, Rn. 56; aA. Wank/Brögemann, unv. Gutachten zur Frage des Betriebssitzes bei ausländischen Arbeitgebern, 2000, S. 33 ff.; von Danwitz, RdA 1999, 322 ff.

127 HessLAG, 10.4.2000 – 16 Sa 1858/99 – AR-Blatte ES 370.3 Nr. 3; Revision zurückgewiesen durch BAG, 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 – AP Nr. 12 zu § 1 AEntG; vgl. auch BAG, 25.6.2002 – 9 AZR 439/01 – AP Nr. 15 zu § 1 AEntG; HessLAG, 5.3.2001 – 16 Sa 583/00 – juris.

128 Deinert (Fn. 9), § 15 Rn. 52.

129 BVerfG, 22.12.2000 – 1 BvR 2043/00 – NZA 2001, 491.

der Bauwirtschaft treffen hierfür Vorsorge. So werden gem. § 8 Nr. 13 BRTV-Bau Urlaubstage und Urlaubsentgelt, die ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland für das laufende Kalenderjahr bereits vor der Entsendung gewährt hat, auf die während der Entsendezeit entstandenen Ansprüche angerechnet. Außerdem bestehen aufgrund von § 8 Nr. 15.2 BRTV-Bau keine Beitragsansprüche der ULAK, wenn ein ausländischer Arbeitgeber nachweist, dass er für seine Arbeitnehmer auch während der Entsendung Beiträge zu einer vergleichbaren Urlaubskasse in seinem Heimatstaat entrichtet. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim ausländischen Arbeitgeber (vgl. § 5 Abs. 4 VTV-Bau).¹³⁰ Das BAG hat die Vereinbarkeit der Vorschriften mit den Anforderungen des Doppelbelastungsverbots bestätigt.¹³¹

Hierzu gehört auch, dass die ULAK Freistellungsabkommen mit Einrichtungen aus anderen EU-Staaten geschlossen hat.¹³² Aktuell bestehen vergleichbare Einrichtungen in:¹³³

- *Belgien*: Office Nationale de la Sécurité Sociale (ONSS) sowie Office Patronal, d'Organisation et Contrôle des Régimes de Sécurité d'Existence (OPOC),
- *Dänemark*: atp FerieKonto,
- *Frankreich*: Congés Intempéries BTP Union des Cais- ses de France (CIBTP),
- *Italien*: Commissione Nazionale Paritetica per le Casse Edili (CNCE) und
- *Österreich*: Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungs- kasse (BUAK).

Für die Vergleichbarkeit reicht das formale Vorhandensein einer Urlaubskasse nicht aus, vielmehr muss eine solche Kasse auch ein vergleichbares Schutzniveau bieten. So gelang es der polnischen »Narodowa Kasa Urlopowa« 2006 mangels Sicherstellung des erforderlichen Schutzniveaus nicht, die Urlaubskassen der Aufnahmestaaten zu Freistellungsabkommen zu bewegen.¹³⁴ Nicht vergleichbar sind auch ausländische Handwerkskammern. Vonseiten Luxemburgs wurde bereits seit Beginn des Entsendeverfahrens 1997 für dortige Betriebe versucht, eine Befreiung von der Teilnahme an den deutschen Urlaubskassenverfahren zu erreichen, wofür auch die Mitgliedschaft derselben in der dortigen Handwerkskammer ins Feld geführt worden ist.¹³⁵ Allerdings bietet diese nicht den erforderlichen Schutz der Urlaubsansprüche.

Sehr wohl bestand über die og. Kassen hinaus zunächst noch eine Freistellungsvereinbarung der ULAK mit der nie-

derländischen »A&O Services«, einer Urlaubskasse für Stuckateure und das Ausbaugewerbe. Nachdem diese aufgrund einiger rechtlicher Veränderungen in den Niederlanden nicht mehr die erforderliche Vergleichbarkeit aufwies, wurde die Vereinbarung nach 2015 (Vakantiefonds Afbouw) bzw. 2016 (Vakantiefonds Schilders) nicht mehr verlängert.¹³⁶ Nicht vergleichbar ist auch der niederländische »Tijdsparfonds voor het Bouwbedrijf« (Niederländischer Zeitsparfonds für den Baubetrieb), der 2008 das zuvor bestehende niederländische Urlaubskassenverfahren ersetzte.¹³⁷ Bei ihm ist nur ein Teil des Urlaubsanspruchs abgesichert und der Fonds selbst kann keine Klagen erheben, um ausbleibende Beiträge zu sichern.¹³⁸ Von Schweizer Seite gekündigt wurde die Vereinbarung mit dem »Paritätischen Vollzugsfonds des Schweizerischen Bauhauptgewerbes«.¹³⁹

Schließlich ist noch zu beachten, dass eine Befreiung von der Teilnahmepflicht am ausländischen Urlaubskassensystem nicht automatisch auch eine Befreiung vom inländischen Urlaubskassensystem bedeutet. Denn für die Beurteilung der Baubetriebseigenschaft kommt es auf das inländische Recht an, was zu abweichenden Beurteilungen führen kann.¹⁴⁰

Allerdings dürfen die Urlaubskassenregelungen nur dann auf ein Entsendearbeitsverhältnis angewandt werden, wenn sie günstiger als diejenigen des Herkunftsstaats sind. Die Bestimmungen des AEntG sind insoweit durch die Gerichte von Amts wegen einschränkend auszulegen.¹⁴¹ Dafür reicht es nicht aus, dass im Herkunftsstaat ein höherer Mindest-

130 BAG, 30.10.2019 – 10 AZR 567/17 – AP Nr. 380 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, Rn. 45.

131 Ebd., Rn. 19.

132 Vgl. zu einem entsprechenden Unterstützungsangebot der Kommission, das – soweit erkennbar – aber nicht genutzt worden ist, ABl. Nr. C 50 v. 22.2.1999, S. 42.

133 Vgl. SOKA-BAU, <https://www.soka-bau.de/europa/de/wer-muss-teilnehmen> (15.1.2022).

134 Ausf. und mwN. Walser, FS 75 Jahre BUAK, 2021, S. 223, 239f.; vgl. allgemein zum Vergleich der Schutzniveaus Polens und Deutschlands: BAG, 21.11.2007 – 10 AZR 782/06 – AP Nr. 297 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

135 Angaben von Vertretern SOKA-BAUs.

136 Vgl. <https://nedax.nl/dossier-soka-bau#:~:text=Sinds%201%2D8%2D2015%20beschouwt,beroepen%2C%20kunnen%20deze%20onthefving%20aanvragen.> (15.1.2022).

137 Vgl. Waas, in: Thüsing (Hrsg.), Mindestlohnengesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Thüsing), § 5 AEntG Rn. 16.

138 Walser, FS 75 Jahre BUAK, 2021, S. 223, 240.

139 Thüsing-Waas (Fn. 137), § 5 AEntG Rn. 17.

140 Vgl. etwa zur Teilnahmepflicht eines österreichischen Betriebs HessLAG, 19.3.2010 – 10 Sa 1405/09 – nv.

141 Vgl. BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 464/18 – AP Nr. 392 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, Rn. 40f.; BAG, 18.10.2006 – 10 AZR 576/05 – NZA 2007, 1111; BAG, 25.6.2002 – 9 AZR 439/01 – BAGE 102, 1.

lohn besteht, wenn die übrigen Urlaubsregelungen wie Wartezeiten, Urlaubstage etc. zu einer Schlechterstellung führen,¹⁴² wobei auch verfahrenstechnische Vorteile durch die Urlaubskassenverfahren zu berücksichtigen sind¹⁴³. Die Urlaubsregelung ist insofern also als Ganzes zu betrachten.¹⁴⁴

Zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland gegenüber inländischen Arbeitgebern müssen die Vorschriften der Sozialkassentarifverträge nach Ansicht des BAG »flexibel« angewandt werden. Das gilt bspw. für den Fall, dass ein entsandter Arbeitnehmer nach den Vorschriften seines Heimatstaates Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat und sein Arbeitgeber diesen auch tatsächlich abgilt. Dann soll nämlich der ausländische Arbeitgeber in entsprechender Anwendung von § 13 Abs. 1 S. 1 VTV-Bau Anspruch auf Erstattung gegen die ULAK haben, obwohl die Urlaubsabgeltung nicht nach Maßgabe der tariflichen Vorschriften (§ 8 Nr. 6.1 BRTV-Bau) erfolgt ist.¹⁴⁵

Abseits von Freistellungsabkommen hat die ULAK zur Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes mit dem polnischen (staatlichen) Sozialversicherungsträger »Zakład Ubezpieczeń Społecznych« (ZUS) 2018 ein Abkommen unterzeichnet, das die Direktabführung der auf Urlaubsabgeltungsansprüche (§ 8 Nr. 6 BRTV-Bau) zu entrichtenden arbeitnehmerseitigen Sozialversicherungsbeiträge an die ZUS vorsieht. Zuvor sind diese regelmäßig an die Arbeitgeber ausbezahlt worden, wobei die Unsicherheit bestand, ob diese dann in allen Fällen ordnungsgemäß an die ZUS abgeführt worden sind. In den ersten 26 Monaten nach Inkrafttreten des Abkommens betrug das Volumen der überwiesenen Mittel bereits rd. 6 Mio. PLN (rd. 1,3 Mio. €).¹⁴⁶

c) Meldepflichten

Auf der anderen Seite muss der ausländische Arbeitgeber für eine Anspruchsberechtigung seinen Meldepflichten nach den einschlägigen tarifvertraglichen Vorgaben (§§ 5, 6 VTV-Bau) ordnungsgemäß nachgekommen sein.¹⁴⁷

Dies führt zu einer praktischen Problematik, mit der sich die ULAK bereits bei der Etablierung des Entsendeverfahrens konfrontiert sah: Wie sollte sie überhaupt erfahren, dass ein ausländisches Unternehmen auf dem deutschen Markt tätig wird, wenn es sich nicht freiwillig meldet? Bei einem deutschen Unternehmen ist davon auszugehen, dass die Sozialkassen über kurz oder lang auf dieses aufmerksam werden. Bei einem Entsendeunternehmen, das nur wenige Wochen oder Monate auf dem deutschen Markt tätig ist, ist dies weniger sicher. Dies gilt umso

mehr, als die deutschen tarifvertraglichen Sozialkassen auf zivilrechtliche Durchsetzungsinstrumente beschränkt sind – anders als etwa die österreichische BUAK als Körperschaft öffentlichen Rechts¹⁴⁸. Tatsächlich sind die Entsendeunternehmen ihren Meldepflichten zunächst nur unzureichend nachgekommen.¹⁴⁹ Die Lösung lag in einer Kooperation mit den Zollbehörden. Nach dem heutigen § 18 AEntG (§ 3 AEntG aF.) sind alle Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, die in Deutschland tätig werden und deren Arbeitsbedingungen nach § 16 AEntG von der FKS als zuständiger Behörde der Zollverwaltung überwacht werden, verpflichtet, bei den Zollbehörden eine Meldung mit den in § 18 Abs. 1 AEntG genannten Inhalten abzugeben.

Die ULAK hat sich mit dem Zoll auf einen Datenaustausch verständigt und wird über die für ihren Zuständigkeitsbereich relevanten Meldungen informiert. So kann sie aktiv auf den entsprechenden Arbeitgeber zugehen. Hierzu unterhält sie innerhalb ihrer Organisation einen eigenständigen Bereich zum Arbeitnehmerentsendeverfahren, dessen Mitarbeiter in der Lage sind, mit den Betrieben und Entsendearbeitnehmern in 14 Sprachen zu kommunizieren.¹⁵⁰ Zur Wahrnehmung ihrer Kontrollpflichten erhält die FKS umgekehrt von der ULAK deren Erkenntnisse über etwaige Verstöße. Datenschutzrechtliche Grundlagen finden sich an verschiedenen Stellen. Zentral stehen dabei § 69 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 2 Nr. 2 SGB X. Gestärkt wurde die Kooperation jüngst durch die Aufnahme von gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien als Zusammenarbeitsbehörden der FKS zur Schwarzarbeitsbekämpfung in § 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 20

142 In Bezug auf die Schweiz: BAG, 3.5.2006 – 10 AZR 344/05 – AP Nr. 25 zu § 1 AEntG; in Bezug auf Luxemburg: HessLAG, 19.3.2007 – 16 Sa 1297/06 – juris, Rn. 32.

143 Vgl. BAG, 20.7.2004 – 9 AZR 343/03 – AP Nr. 18 zu § 1 AEntG; BAG, 20.7.2004 – 9 AZR 369/03 – EzA § 1 A-EntG Nr. 4.

144 Dazu Däubler TVG-Lakies/Walser (Fn. 13), § 5 AEntG Rn. 51; vgl. auch BAG, 22.10.2015 – 2 AZR 720/14 – AP Nr. 13 zu § 85 SGB IX, Rn. 72; HessLAG, 17.8.2018 – 10 Sa 1549/17 – BeckRS 2018, 36474, Rn. 45; best. durch BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 464/18 – AP TVG Nr. 392 zu § 1 Tarifverträge: Bau, Rn. 41.

145 Vgl. BAG, 25.1.2005 – 9 AZR 146/04 – AP Nr. 21 zu § 1 AEntG; BAG, 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 – AP Nr. 12 zu § 1 AEntG.

146 Ausführlich zum Abkommen v. 24.8.2018 Kus, Leitfaden, 2021, abrufbar unter https://www.isaproject.eu/wp-content/uploads/2021/05/DE_Guidelines_ZUS_SOKA_BAU.pdf (15.1.2022).

147 Vgl. BAG, 25.1.2005 – 9 AZR 146/04 – AP Nr. 21 zu § 1 AEntG; BAG, 13.5.2004 – 10 AZR 120/03 – AP Nr. 265 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

148 Vgl. Mulley/Lichtenberger, FS 75 Jahre BUAK, 2021, S. 31, 43 ff.

149 Unter Nennung von Zahlen Sahl/Stang, AiB 1996, 652, 656.

150 SOKA-BAU, Geschäftsbericht 2018, Wiesbaden 2019, S. 29.

SchwarzArbG¹⁵¹. Kooperationen bestehen darüber hinaus auch mit anderen Behörden wie der Deutschen Rentenversicherung Bund oder der BA, bspw. für den Bereich der Leiharbeit (vgl. § 18 Abs. 6 AÜG).

Praktisch kommt § 18 AEntG damit eine fundamentale Bedeutung für ein effektives Funktionieren des Entsenderechts zu. Unionsrechtlich begegnen die Vorschriften keinen durchschlagenden Bedenken. Denn anders als inländische Arbeitgeber unterliegen ausländische Arbeitgeber wegen des fehlenden Geschäftssitzes in Deutschland regelmäßig keinerlei gewerbe- oder handwerksrechtlichen Meldepflichten. § 18 AEntG schafft hierfür nur einen Ausgleich.¹⁵² Darüber hinaus erlaubt es Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a der Durchsetzungs-RL 2014/67/EU den Mitgliedstaaten ausdrücklich, Meldepflichten vorzusehen.¹⁵³ Unionsrechtskonform ist daher auch die in § 18 Abs. 2 AEntG vorgesehene Versicherung, die ein Entsendearbeitgeber bei der Anmeldung beifügen muss. Er bestätigt darin, dass er seine Verpflichtung aus § 8 AEntG einhält. Denn sie ermöglicht erst eine effektive Sanktionierung, wie sie auch das Unionsrecht fordert (vgl. Art. 20 RL 2014/67/EU). Sie schneidet dem Arbeitgeber ua. die Möglichkeit ab, im Rahmen eines Bußgeldverfahrens nach § 23 AEntG einzuwenden, er habe bei der Nichtgewährung der zwingenden Arbeitsbedingungen nicht schuldhaft gehandelt.

d) Generalunternehmerhaftung

Ein weiteres wesentliches Instrument zur effektiven Durchsetzung der Beitragspflicht stellt die Generalunternehmerhaftung dar.¹⁵⁴ Sie ist in § 14 AEntG geregelt und wurde 1998 eingeführt.¹⁵⁵ Der Sache nach handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete Bürgenhaftung.¹⁵⁶ Sie ist als verschuldensunabhängige Durchgriffshaftung zulasten des Generalunternehmers ausgestaltet, der einen Subunternehmer unterbeauftragt.¹⁵⁷ Denn der Generalunternehmer kann von der Urlaubskasse oder den begünstigten Arbeitnehmern in Anspruch genommen werden, ohne dass diese zuvor vergeblich versucht haben müssen, den Subunternehmer als Hauptschuldner oder irgendein anderes Glied innerhalb einer Subunternehmerkette in Anspruch zu nehmen. Die sonst für den Bürgen mögliche Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) ist kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die Haftung bezieht sich neben dem Mindestentgelt ausdrücklich auch auf die Beiträge an die Urlaubskasse gem. § 5 Nr. 3 AEntG. Der Generalunternehmer soll so auch im eigenen Interesse seine Nachunternehmer mit dieser Blickrichtung sorgfältig auswählen

und darauf achten, dass sie die nach dem AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten.¹⁵⁸ In der Rs. *Wolff&Müller* hat der EuGH die Auftraggeberhaftung als tatsächlichen Vorteil für die Arbeitnehmer für vereinbar mit der Entsende-RL wie auch der Dienstleistungsfreiheit erachtet.¹⁵⁹

Um das Haftungsrisiko zu verringern und gleichzeitig öffentliche Vergabeverfahren zu vereinfachen, existiert ein sog. Präqualifizierungsverfahren. Außerdem hat SOKA-BAU ein sog. Bürgenfrühwarnsystem eingerichtet, durch das Generalunternehmer frühzeitig auf eine mögliche Haftung aufmerksam gemacht werden.¹⁶⁰

e) Gerichtsstand

Zu den Normen, die eine effektive Umsetzung der Sozialkassentarifverträge unterstützen, gehören auch die Gerichtsstandsregelungen. Denn in einem Massenverfahren mit jährlich tausenden Gerichtsverfahren wären wechselnde Gerichtsstände administrativ kaum handhabbar, schon gar nicht, wenn diese tw. im Ausland lägen. Für die Ansprüche der ULAK (bis 31. Dezember 2009 ZVK-Bau als damalige Einzugsstelle) sind daher die tariflichen Gerichtsstandsregelungen (§ 48 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG) zur örtlichen Zuständigkeit zu beachten (vgl. § 15 S. 2 AEntG).¹⁶¹ Art. 6 Entsende-RL sieht einen Gerichtsstand im Aufnahmestaat ausdrücklich vor.¹⁶²

151 Gesetz v. 11.7.2019, BGBl. I S. 1066; zur europäischen Zusammenarbeit etwa *Klein*, Sozialrecht aktuell 2015, 76, 88 f.

152 OLG Düsseldorf, 16.3.2000 – 2 b Ss (OWi) 2/00 – AP Nr. 1 zu § 3 AEntG.

153 Die EU-Kommission scheint aber Bedenken zu haben, ohne diese öffentlich genauer zu spezifizieren, vgl. die Mitteilung über ein entsprechendes Aufforderungsschreiben v. 15.7.2021, INF 23/3440.

154 BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609, 610; *Jorens/Peters/Houwerzijl*, Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union, 2012, S. 63; zum Ganzen auch *Walser*, FS 75 Jahre BUAK, 2021, S. 223, 247 f.

155 Als § 1 Abs. 2a AEntG, Gesetz v. 19.12.1998, BGBl. I, S. 3843; auf das niederländische Vorbild verweisend *Sahl/Stang*, AIB 1996, 652, 656.

156 BAG, 8.12.2010 – 5 AZR 95/10 – AP Nr. 4 zu § 1a AEntG, Rn. 14.

157 Dazu etwa *Bayreuther*, NZA 2015, 961, 962.

158 BR-Drs. 14/45, S. 17; BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 – AP AEntG § 1a Nr. 1; *Rinckhoff*, Die bürgengleiche Haftung im Arbeits- und Sozialrecht, Frankfurt aM. 2019, S. 339.

159 EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff&Müller*).

160 Vgl. SOKA-BAU, <https://www.soka-bau.de/europa/de/auftraggeber/-/buergen> (15.1.2022).

161 BAG, 15.2.2012 – 10 AZR 711/10 – AP Nr. 340 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG, 11.9.2002 – 5 AZB 3/02 – NZA 2003, 62.

162 Vgl. zur ohnehin fehlenden Anwendbarkeit der abweichenden Regelungen der VO (EU) Nr. 1215/2012: *Krebber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 1 VO (EU) 1215/2012 Rn. 6 mwN. auch zu abweichenden Ansichten; vgl. aber auch EuGH, 28.2.2019 – C-579/17 – *curia* (BUAK), Rn. 71.

Dies gilt sowohl für Leistungsklagen als auch für – zur Durchführung der Sozialkassenverfahren wichtigen – Auskunftsklagen. Danach ist für im Ausland ansässige Arbeitgeber, genauso wie für Betriebe mit Sitz in den alten Bundesländern, das ArbG Wiesbaden zuständig (§ 23 Abs. 1 VTV-Bau).¹⁶³ Weil die Gerichtsstandsregelungen sinngemäß auch iRv. § 14 AEntG gelten (§ 23 Abs. 4 VTV-Bau), kommt es bei Klagen gegen einen inländischen Generalunternehmer auf dessen Betriebssitz an, um zu bestimmen, ob das ArbG in Berlin oder Wiesbaden zuständig ist.¹⁶⁴ Vor Inkrafttreten des § 15 AEntG (bzw. dessen Vorgängernorm in § 8 AEntG aF.) hatte das ArbG Wiesbaden seine internationale Zuständigkeit für eine Auskunftsklage gegen einen in Italien ansässigen Bauunternehmer allerdings noch abgelehnt¹⁶⁵ und tut dies noch immer für Klagen, die nicht den Anwendungsbereich des AEntG betreffen.¹⁶⁶

2. Gerüstbauhandwerk

Deutlich jünger als im Bauhauptgewerbe ist das Entsendeverfahren im Gerüstbauhandwerk. Dieses wird erst seit 2016 durchgeführt, ist aber im Wesentlichen dem Verfahren der ULAK nachempfunden, weshalb die vorstehenden Ausführungen auf das Gerüstbauhandwerk übertragen werden können. So enthält etwa § 8 Nr. 13 RTV-Gerüstbau eine mit § 8 Nr. 13 BRTV-Bau vergleichbare Anrechnungsregel für bereits gewährten Urlaub. Auch hinsichtlich der vergleichbaren Einrichtungen zur Vermeidung des Doppelbelastungsverbots verweist die SOKA Gerüstbau auf die entsprechenden Angaben von SOKA-BAU.¹⁶⁷

Die Beitragspflichten ergeben sich in der Branche aus den §§ 16 ff. VTV-Gerüstbau, die Leistungsberechtigung aus den §§ 9 ff. VTV-Gerüstbau. Die Meldepflichten sind in §§ 4 ff. VTV-Gerüstbau geregelt, einschließlich der Angaben zu einer begehrten Freistellung zur Vermeidung einer Doppelbelastung in § 5 Abs. 7 VTV-Gerüstbau.

3. Sozialkassen und Werkvertragsabkommen

Neben den Staaten der EU bzw. des EWR und der Schweiz kommt der Entsendung aus Staaten, mit denen Deutschland bilaterale Werkvertragsabkommen geschlossen hat, trotz Pandemie eine relevante Bedeutung zu, während – abgesehen vom Vereinigten Königreich – aus anderen

Drittstaaten kaum Entsendetätigkeiten stattfinden.¹⁶⁸ Nach dem Fall des Eisernen Vorhangs hat Deutschland ab 1991 mit mittel- und osteuropäischen Staaten sowie der Türkei verstärkt bilaterale Werkvertragsabkommen geschlossen, die im Jahr 1993 bereits ein Kontingent von rd. 55.000 osteuropäischen Bau-Arbeitnehmern vorsahen.¹⁶⁹ Im Rahmen dieser Abkommen können Arbeitnehmer für eine begrenzte Zeit zur Ausführung von Werkverträgen in Deutschland arbeiten. Dafür sind in den Abkommen einerseits Art und Umfang der Entsendung und andererseits feste Kontingente festgelegt.¹⁷⁰ Zwar sind auch für die im Rahmen dieser Abkommen nach Deutschland entsandten Drittstaatsangehörigen grundsätzlich die aufenthaltsrechtlichen Vorgaben insb. des AufenthG anwendbar¹⁷¹, wozu auch die Zustimmung der BA zur Erteilung eines Aufenthaltstitels gehört (vgl. § 39 Abs. 1 AufenthG). Im Rahmen der Werkvertragsabkommen wird diese Zustimmung aber innerhalb der festgelegten Höchstzahl unabhängig von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes erteilt (vgl. § 29 Abs. 1 BeschV), sofern keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen.¹⁷² Aufgrund der Ost- und Süderweiterungsrunden der EU in den vergangenen 20 Jahren ist ein Großteil der Werkvertragsabkommen überholt. Heute bestehen solche noch mit Bosnien-Herzegowina, Nordmazedonien, Serbien und der Türkei.

Da das AEntG auf Arbeitnehmer, die im Rahmen von Werkvertragsabkommen nach Deutschland entsandt werden, gleichermaßen anzuwenden ist, werden diese Arbeitsverhältnisse auch von den Sozialkassenverfahren

163 ArbG Wiesbaden, 15.4.1998 – 3 Ca 1970/97 – NZA-RR 1998, 412; vgl. auch BAG 17.6.2020 – 10 AZR 464/18 – AP Nr. 392 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau, Rn. 22.

164 LAG Bln-Bbg, 10.6.2009 – 6 SHa 977/09 – juris, Rn. 12; anders ohne Diskussion in LAG Bln-Bbg, 11.5.2016 – 23 Sa 2177/15 – nv.

165 ArbG Wiesbaden, 7.10.1997 – 8 Ca 1172/97 – AP Nr. 3 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen.

166 ArbG Wiesbaden, 10.11.1999 – 3 Ca 1157/99 – NZA-RR 2000, 321, 325; vgl. außerdem BAG 2.7.2008 – 10 AZR 355/07, NZA 2008, 1084.

167 Vgl. SOKA Gerüstbau, Urlaubsverfahren im Gerüstbauer-Handwerk, Wiesbaden 2016, S. 12.

168 Vgl. SOKA-BAU, Geschäftsbericht 2020, Wiesbaden 2021, S. 8 f.

169 Blankenburg, WSI-Mitteilungen 2004, 84, 85; branchenübergreifende Zahlen Mayer, BB 1993, 1428; eine erste Vereinbarung, das Kontingente enthielt, wurde mit Jugoslawien allerdings schon 1988 geschlossen.

170 Dazu etwa Maiß, Die Entsendung von Arbeitnehmern aus den MOE-Staaten auf Werkvertragsbasis, Frankfurt aM. 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 84 ff.; zu den Hintergründen Blankenburg, WSI-Mitteilungen 2004, 84 ff.

171 Zu den Rahmenbedingungen bspw. Deinert, ZFA 2017, 17 ff.

172 Zur Kritik von gewerkschaftlicher Seite Sahl/Stang, AiB 1996, 652.

erfasst. Verstöße gegen die ordnungsgemäße Teilnahme an diesen können Sanktionen bis hin zum Widerruf der Aufenthaltstitel oder dem Ausschluss von einer künftigen Teilnahme an den Werkvertragsverfahren führen (vgl. Nr. 10.2.4 der Fachlichen Weisungen der BA – FW WVV¹⁷³). Daher sind die Sozialkassen auch in die Administration dieser Abkommen eingebunden. Dies gilt etwa für die Branchenzuordnung, weshalb die BA hinsichtlich der Beurteilung der betrieblichen Voraussetzungen für eine Anwendung der Abkommen auf die entsprechenden Sozialkassen verweist (Nr. 4.2 FW WVV). Außerdem pflegt die BA mit der ULAK einen Datenaustausch zu Werkvertragsunternehmen (Nr. 13 FW WVV).

Aufgrund der im Vergleich zu anderen Entsendungen deutlich besseren Datenlage bieten Entsendungen im Rahmen von Werkvertragsabkommen für die Behörden wie auch die Sozialkassen entscheidende Vorteile: So müssen etwa die Werkverträge der BA zur Verfügung gestellt werden, wodurch diese Kenntnis über den Auftraggeber haben. Außerdem müssen die Leistungserbringer aufgrund des Erfordernisses einer Arbeitserlaubnis konkrete Listen der eingesetzten Arbeitnehmer mit genauen Zeiträumen zur Verfügung stellen (Nr. 4.2 FW WVV). So können auch die Urlaubskassen bei ausbleibenden Meldungen sehr konkrete Schätzungen über die Beitragspflicht und -höhe vornehmen. Im Rahmen der Meldungen nach § 18 AEntG ist dagegen der Auftraggeber nicht bekannt und die Zeiträume der Entsendung der Arbeitnehmer sind weniger konkret.

VI. Fazit

Der Einbeziehung entsandter Arbeitnehmer in die Sozialkassenverfahren kommt eine bedeutende Rolle für die Ordnung des Arbeitsmarktes der Bauwirtschaft zu. Im europäisierten (Arbeits-)Markt stellt dies einen Grundpfeiler für einheitliche Wettbewerbsbedingungen dar. Ein grenzüberschreitender Dumpingwettbewerb auf Grundlage der Arbeits- und Sozialbedingungen wird – wenn schon nicht unterbunden – so doch erheblich abgeschwächt.¹⁷⁴

Sozialkassen sind damit ein wichtiger Teil des Europäischen Sozialmodells und zeigen auf, welche Möglichkeiten

der Selbstorganisation eine Branche hat.¹⁷⁵ Die ordnungspolitische Funktion der Sozialkassen geht in ihren Branchen dabei weit über die Administration von Beiträgen und Leistungen hinaus. So ermöglichen sie bspw. aufgrund der monatlichen Lohnmeldungen eine flächendeckende Kontrolle der Einhaltung von Mindestlohnvorgaben.¹⁷⁶ Dass diese Rolle auch staatlicherseits anerkannt wird, zeigt sich nicht nur im SokaSiG (unter IV.4), sondern auch darin, dass die Sozialkassen aktiv in die Schwarzarbeitsbekämpfung (vgl. § 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 20 SchwarzArbG) und das ordnungsgemäße Funktionieren des Arbeitsmarktes einbezogen sind. So werden bspw. Sozialkassenbescheinigungen von Behörden in unterschiedlichen Bereichen zur Voraussetzung für staatliche Entscheidungen gemacht. Erwähnt sei etwa die Teilnahme an Werkvertragsverfahren (dazu unter V.3), die Teilnahme an Vergabeverfahren in Hessen (vgl. § 5 Abs. 3 HVTG) oder die Überlassungserlaubnis für Baubetriebe (vgl. § 1b.2 Abs. 3 der Fachlichen Weisungen AÜG der BA¹⁷⁷). Die Empirie zeigt außerdem, dass gerade das Entsenderecht in der Praxis nur dann effektiv durchgesetzt wird, wenn dies institutionell – insb. durch Sozialkassen – unterstützt wird.¹⁷⁸ Bezöge man Entsendearbeitnehmer dagegen nicht in die Sozialkassensysteme ein, hätte dies eine massive Schwächung der Tarifautonomie zur Folge.¹⁷⁹

Daher gehören Sozialkassen auch nach 100 Jahren noch lange nicht zum alten Eisen. Vielmehr bieten Sie Ansatzpunkte und Innovationskraft, um den aktuellen Herausforderungen zu begegnen – gerade in einer sich ausdifferenzierenden digitalisierten Gesellschaft.¹⁸⁰

173 Gültig ab 13.5.2020.

174 Zu den fortbestehenden Kostenvorteilen *Eichhorst*, ZAF 2005, 197, 210; zur Problematik schon *Wortmann*, BStSozArbR 1964, 165, 167.

175 Vgl. darüber hinaus zu einer innovativen Tarifregelung über »Baustellenbeauftragte« in den 1990er Jahren *Sahl/Stang*, AiB 1996, 652, 656; vgl. zu einer noch bestehenden Regelung in Berlin *Bosch/Hüttenhoff/Weinkopf*, in: Bosch ua. (Hrsg.), Kontrolle und Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, Düsseldorf 2018, S. 6, 35.

176 Dazu *Bosch/Hüttenhoff/Weinkopf*, in: Bosch ua. (Fn. 175), S. 6, 14 und 19.

177 Gültig ab 1.8.2019.

178 Vgl. in Bezug auf Deutschland *Fechner*, in: Rasnaca/Bernaciak (Hrsg.), Posting of workers before national courts, Brüssel 2020, S. 105, 106; vgl. auch *Böning*, in: Landesregierung NRW (Hrsg.), Tagung zur sozialen Dimension Europas, Düsseldorf 2013, S. 45 ff.

179 *Hanau*, GMH 1994, 129, 134, der auch die Rolle des Gesetzgebers betont; ähnlich *Mayer*, BB 1993, 1428, 1429 ff.

180 Dazu etwa *Asshoff/Walser*, NZA 2021, 1526 ff.

Das Saison-Kurzarbeitergeld

Dr. Claudia Weinkopf, Wiss. Mitarbeiterin der Forschungsabteilung
FLEX IAQ, Universität Duisburg-Essen

I. Besonderheiten des Baugewerbes

Bis in die 1950er Jahre hinein waren eine »Überbeschäftigung« im Sommer und eine hohe Arbeitslosigkeit im Winter typische Muster der Beschäftigung im Baugewerbe. Um die sozialen Probleme der Bauarbeiter zu verringern, war bereits ab Ende der 1950er Jahre versucht worden, die Beschäftigung durch unterschiedliche arbeitsmarktpolitische und tarifliche Instrumente zu stabilisieren. Die im Dezember 1959 eingeführte »Gesetzliche Schlechtwettergeldregelung« zielte vor allem darauf ab, es den Betrieben zu ermöglichen, die Beschäftigungsverhältnisse im Baugewerbe auch bei Arbeitsausfällen in Folge schlechter Witterung aufrechtzuerhalten. Die produktive Winterbauförderung sollte demgegenüber vor allem einen Beitrag dazu leisten, dass auch bei schlechter Witterung weiter gebaut werden konnte, um die Zahl der witterungsbedingten Ausfallstunden im Baugewerbe zu verringern.

Da die Arbeitslosenversicherung durch stabilere Beschäftigungsverhältnisse im Baugewerbe finanziell deutlich entlastet wurde, war beschlossen worden, das gesetzliche Schlechtwettergeld aus Beitragsmitteln der damaligen Bundesanstalt für Arbeit zu finanzieren. Bei der produktiven Winterbauförderung lagen die finanziellen Vorteile demgegenüber so eindeutig auf Seiten der Baubetriebe, dass sich eine betriebliche Umlagefinanzierung anbot, die über die damalige Bundesanstalt für Arbeit abgewickelt wurde.

Die meist kleinen und mittleren Baubetriebe sind nur teilweise in der Lage, mehrere Aufträge gleichzeitig abzuwickeln. Von den gut 79.000 Baubetrieben in Deutschland hatten im Jahr 2020 nämlich ca. 88 % weniger als 20 Beschäftigte, 8,5 % zwischen 20 und 49 Beschäftigte und nur gut 3 % der Betriebe zwischen 50 und 199 Beschäftigte. Der Anteil der Baubetriebe mit 200 oder mehr Beschäftigten lag sogar bei nur 0,4%.¹ Bei Auftragsrückgängen und witterungsbedingten Arbeitsausfällen in der Schlechtwetterzeit kam es daher im Baugewerbe deutlich häufiger zu Entlassungen als in den meisten anderen Branchen.

Die regelmäßige Winterarbeitslosigkeit war auch ein wichtiger Grund für die hohen Abwanderungsraten von Baubeschäftigten in andere Branchen. Dies wurde für die Bauwirtschaft bereits ab Mitte der 1950er Jahre zu einem gravierenden Wettbewerbsnachteil um die knapper werdenden Arbeitskräfte. Nicht nur die Branche selbst, sondern auch der Staat entwickelte ein großes Interesse, die saisonalen Beschäftigungsschwankungen zu verringern, weil die regelmäßig wiederkehrende Winterarbeitslosigkeit im Bauhauptgewerbe die Kassen der Arbeitslosenversicherung erheblich belastete.

II. Industrielle Beziehungen, Sozialkassen und bauspezifische Arbeitsmarktpolitik

Die industriellen Beziehungen im deutschen Baugewerbe lassen sich als vertrauensvolle und dauerhafte Kooperation charakterisieren. Wichtige Elemente waren und sind die tariflich vereinbarten Sozialkassen, die zentral verhandelten Tarifverträge und die gemeinsam mit dem Staat entwickelte bauspezifische Arbeitsmarktpolitik, in deren Rahmen gesetzliche und tarifliche Regelungen häufig miteinander verschränkt werden. Die enge Kooperation der Sozialpartner ist auch eine wichtige Voraussetzung für gemeinsame Anträge auf die Allgemeinverbindlicherklärung von Sozialkassen- und Mindestlohnverträgen.² Die Beschäftigten im Baugewerbe werden von der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt vertreten, während auf Seiten der Arbeitgeber mit dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB) und dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (HDB) zwei Verbände existieren.

¹ Statista, Baugewerbe – Anzahl der Beschäftigten im Baugewerbe in Deutschland bis 2019: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/252206/umfrage/beschaeftigtenanzahl-im-baugewerbe-in-deutschland/> (3.1.2022).

² Bosch/Hüttenhoff/Weinkopf, Kontrolle von Mindestlöhnen, Wiesbaden 2019.

Um die Bindung der Beschäftigten an die Branche zu erhöhen und die Arbeitsbedingungen zu verbessern, hatten sich die Sozialpartner bereits im Jahr 1948 darauf verständigt, diese Nachteile möglichst aus eigener Kraft auszugleichen. Zu diesem Zweck waren die gemeinsamen Sozialkassen gegründet worden, zu denen zunächst die Urlaubs- und Lohnausgleichskassen zählten. Im Jahr 1957 kam die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK) hinzu. Die Überschneidung zwischen Branchen- und allgemeinen wirtschaftlichen Interessen war auch eine wichtige Triebkraft für die Entwicklung einer besonderen bauspezifischen Arbeitsmarktpolitik, deren zentrale Instrumente zunächst vor allem das gesetzliche Schlechtwettergeld und die produktive Winterbauförderung waren.

1. Das gesetzliche Schlechtwettergeld

Im Dezember 1959 war wetterabhängigen Branchen in Deutschland erstmals die Möglichkeit eröffnet worden, ein von der damaligen Bundesanstalt für Arbeit beitragsfinanziertes »Schlechtwettergeld« in Anspruch zu nehmen. Es wurde ausschließlich bei witterungsbedingten Arbeitsausfällen auf Baustellen in der Schlechtwetterzeit (damals vom 1. November bis 31. März – also für bis zu fünf Monate pro Jahr) gewährt.³ Die Höhe des Schlechtwettergeldes lag bis Ende 1975 über dem Arbeitslosengeld und es wurde gezahlt, wenn an einem Arbeitstag mindestens zwei Stunden der regelmäßigen betriebsüblichen Arbeitszeit ausgefallen waren, wobei die erste Ausfallstunde seit Anfang 1976 nicht mehr vergütet wurde. Für das tariflich abbedungene Betriebsrisiko sprang in der Schlechtwetterzeit die damalige Bundesanstalt für Arbeit ein. Die Winterarbeitslosigkeit ging in der Folge deutlich zurück und die Beschäftigungsverhältnisse im Baugewerbe wurden stabilisiert.

Das gesetzliche Schlechtwettergeld hatte über rund 35 Jahre maßgeblich dazu beigetragen, die soziale Absicherung der Bauarbeitskräfte in den Schlechtwetterperioden im Winter zu gewährleisten. Durch das Schlechtwettergeld sollten die Arbeitsverhältnisse im Baugewerbe auch bei schlechter Witterung im Winter möglichst aufrechterhalten werden. Es war jedoch nicht dazu geschaffen worden, die Zahl der witterungsbedingten Ausfallstunden zu verringern. Im Winter sank die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden in der Bauwirtschaft jeweils deutlich. Dies war nicht nur Folge der schlechten Witterung, sondern auch der deutlich geringeren Auftragsvergabe in den

Schlechtwetterperioden geschuldet, weil viele Auftraggeber im Baugewerbe die mit dem Winterbau einhergehenden Mehrkosten vermeiden wollten.⁴

Die soziale Sicherheit, die ein einzelner Betrieb im Baugewerbe seinen Beschäftigten nicht bieten konnte, wurde durch das Zusammenspiel von branchenbezogenen gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsverbände (Sozialkassen) und gesetzlichen sowie tariflichen Regelungen gewährleistet. Auf betrieblicher Ebene allein konnte die hohe Winterarbeitslosigkeit nicht bekämpft werden, weil vor allem die kleinen und mittleren Betriebe intern kaum Kapazitäten hatten, Beschäftigte zu halten, oder es für sie jedenfalls bequemer war, Arbeitskräfte im Winter zu entlassen.

2. Die produktive Winterbauförderung

Im Jahr 1972 war im Arbeitsförderungsgesetz im Rahmen der sogenannten »Winterbau-Novelle« das Ziel formuliert worden, die Auftragsvergabe und die Produktion im Winter zu verstetigen. Die gesetzliche Winterbauförderung erhielt einen neuen Zuschnitt und wurde im Arbeitsförderungsgesetz unter der Überschrift »Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft«⁵ neu geregelt. Für die gewerblichen Arbeitnehmer und auch für die Betriebe wurden zusätzliche finanzielle Anreize zur Verstetigung der Winterbautätigkeit geschaffen.

Das Wintergeld sollte den Baubeschäftigten Anreize bieten, die Zahl der von ihnen in den Schlechtwetterperioden geleisteten Arbeitsstunden zu erhöhen. Mit der produktiven Winterbauförderung sollte die Fortführung der Bautätigkeit auch in den Wintermonaten ermöglicht werden. Zu diesem Zweck war den Baubetrieben von Anfang 1972 bis Ende 1993 die Möglichkeit geboten worden, Mehrkosten- und Investitionskostenzuschüsse zu beantragen, die aus Beitragsmitteln der Arbeitslosenversicherung finanziert wurden. Diese Zuschüsse zielten vor allem darauf ab, die witterungsbedingten Zusatzkosten des Bauens im Winter zu kompensieren und zu diesem Zweck auch spezielle für den Winterbau erforderliche Geräte anzuschaffen.

3 Mit der Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes im April 2006 war die Förderzeit um einen Monat auf vier Monate verkürzt worden.

4 *Bosch/Zühlke-Robinet*, Der Bauarbeitsmarkt. Soziologie und Ökonomie einer Branche, Frankfurt aM. 2000, S. 158 f.

5 BGBl. 1972 I, S. 791 ff.

Der Gesetzgeber verlangte von der Bauwirtschaft für das finanzielle Engagement der öffentlichen Hand bei der Finanzierung des Schlechtwettergeldes einen eigenen Beitrag zur Finanzierung der Winterbauförderung. Diese Leistungen mussten daher von den baugewerblichen Arbeitgebern selbst finanziert werden. Aufgrund dieser Umlage kam es auch zu einem brancheninternen Risikoausgleich zwischen Betrieben, die aufgrund ihrer regionalen Lage mit witterungsbedingten Arbeitsausfällen rechnen mussten, und den Betrieben, die weitgehend ohne solche Unterbrechungen produzieren konnten.⁶

3. Die Abschaffung des Schlechtwettergeldes Ende 1995

Bis Mitte der 1980er Jahre waren nur kleinere Änderungen am System der bauspezifischen Arbeitsmarktpolitik vorgenommen worden. Die Instrumente blieben im Grundsatz erhalten, aber die Kosten wurden zunehmend vom Staat auf die Betriebe umverteilt. Danach ging es jedoch um die Instrumente selbst.

Die damalige liberal-konservative Bundesregierung hatte bereits im Frühjahr 1992 angekündigt, den bis dahin zentralen Grundpfeiler der bauspezifischen Arbeitsmarktpolitik in Deutschland – die gesetzliche Schlechtwettergeldregelung – baldmöglichst abzuschaffen. Begründet wurde dies mit der hohen Kostenbelastung für den Bundeshaushalt und der vermeintlichen Ineffizienz der Regelung, die Bautätigkeit auch im Winter zu stärken und zu stabilisieren. Ein beitragsfinanziertes Schlechtwettergeld wurde angesichts der angespannten Haushaltslage als finanziell nicht mehr tragbar eingeschätzt.⁷ Aufgrund der heftigen Proteste von Seiten der Tarifvertragsparteien und darüber hinaus auch, um den Sozialpartnern die Möglichkeit zu eröffnen, eine neue Regelung zu entwickeln, wurde das Schlechtwettergeld letztlich erst Ende 1995 abgeschafft.

Durch den Rückzug der öffentlichen Hand gerieten die Tarifvertragsparteien damals unter erheblichen Handlungs- und Entscheidungsdruck. Sie mussten sich rasch einigen, wie die Kosten der witterungsbedingten Arbeitsausfälle künftig verteilt werden sollten. Zu diesem Zweck war im Januar 1996 zunächst der sogenannte »Überbrückungsgeld-Tarifvertrag« abgeschlossen worden, der jedoch nur eine Laufzeit bis Mitte 1997 hatte. Dieser sah vor, dass die Arbeitgeber für bis zu 150 Ausfallstunden ein »Überbrückungsgeld« in Höhe von 75 % des Bruttolohns

zahlten, wobei ihnen 20 % der Kosten von den Sozialkassen erstattet wurden. Darüber hinaus zahlte die Bundesanstalt für Arbeit ab der 151. witterungsbedingten Ausfallstunde wieder eine beitragsfinanzierte Lohnersatzleistung in Höhe des vorherigen Schlechtwettergeldes, die nunmehr »Winterausfallgeld« genannt wurde.

Infolge dieser tariflichen Regelung stieg die betriebliche Kostenbelastung für die Arbeitgeber deutlich an. Sie stimmten der für sie recht teuren Lösung dennoch zu, weil mit der sogenannten »Gravenbrucher Erklärung vom 12. April 1997« auch ein erster Schritt zur tariflichen Arbeitszeitflexibilisierung mit unterschiedlichen Wochenarbeitszeiten im Sommer und Winter vereinbart worden war. Die Betriebe konnten seitdem zwischen einer »kleinen« und einer »großen« Arbeitszeitflexibilisierung wählen.

Bei der kleinen Flexibilisierung mussten die Beschäftigten 50 Arbeitsstunden mit Überstundenzuschlägen ansparen, die vollständig in der Schlechtwetterperiode verbraucht werden sollten. Wenn keine Stunden angespart waren, mussten die Beschäftigten stattdessen Urlaubstage einbringen. Bei der großen Arbeitszeitflexibilisierung konnten in einem 12-monatigen Ausgleichszeitraum bis zu 150 Plus-Stunden durch Vorarbeit und bis zu 50 Stunden durch Nacharbeit auf einem Arbeitszeitkonto angespart werden. Davon waren bis zu 120 Stunden für witterungsbedingte Arbeitsausfälle in der gesetzlichen Schlechtwetterzeit einzusetzen.

4. Das Winterausfallgeld

Noch bevor das »Winterausfallgeld« als neue beitragsfinanzierte Lohnersatzleistung für witterungsbedingte Arbeitsausfälle der Beschäftigten im Baugewerbe Anfang 1996 überhaupt in Kraft getreten war, schnellte die Zahl der Arbeitslosen im Baugewerbe bereits im November und Dezember 1995 um mehr als 50 % nach oben.⁸ Während sich die Kritiker der Streichung des Schlechtwettergeldes damals in ihrer Auffassung bestätigt sahen, dass die alte Regelung einen deutlichen Beitrag zur Stabilisierung der Beschäftigung im Baugewerbe geleistet hatte, verwiesen die damalige Bundesregierung und die Arbeitgeber-

⁶ Vgl. Bosch/Zühlke-Robinet (Fn. 4), S. 161.

⁷ Flecker, BArbBl. 1995 Nr. 5, S. 16–18.

⁸ Zühlke-Robinet, in: Institut Arbeit und Technik im Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Jahrbuch 1997/1998, Gelsenkirchen 1998, S. 86.

verbände darauf, dass vor allem die Baukrise und der harte Winter die Arbeitslosenzahlen nach oben getrieben hatten.

Die im Laufe der Jahre entwickelten Ersatzlösungen für das alte Schlechtwettergeld wurden von allen Beteiligten als problematisch eingeschätzt. Das Instrumentarium war durch unterschiedliche Arbeitszeitregelungen wenig transparent und zudem bürokratisch in der Abwicklung. Die Beschäftigten wurden aufgrund unterschiedlicher betrieblicher Arbeitszeitvereinbarungen nicht gleichbehandelt. Die Arbeitszeitkonten waren vor allem in kleineren und mittleren Betrieben oft nicht gegen Insolvenz abgesichert, so dass angesichts der zahlreichen Konkurse in der damaligen Baukrise viele Beschäftigte nicht nur ihren Arbeitsplatz, sondern auch den Lohn für ihre angesparten Arbeitszeitguthaben verloren.

III. Das Saison-Kurzarbeitergeld

Angesichts der deutlich erkennbaren Schwächen der vorherigen arbeitsmarktpolitischen und tariflichen Förderinstrumente zur Verringerung der Zahl von Entlassungen und zur Verstetigung der Beschäftigung hatten sich die Tarifvertragsparteien im Baugewerbe bereits in der Tarifrunde 2004/2005 grundsätzlich darauf verständigt, das System zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung weiter zu entwickeln und dabei vor allem die Verzahnung der gesetzlichen und tariflichen Regelungen zur Verstetigung der Beschäftigung deutlich zu verbessern. In gemeinsamen Beratungen mit Vertretern der Sozialpartner, des Bundesarbeitsministeriums und der Bundesagentur für Arbeit war ein für alle Beteiligten tragfähiges Konzept zur Ausgestaltung des Saison-Kurzarbeitergeldes entwickelt worden.

Der von den Sozialpartnern ausgehandelte Vorschlag wurde mit dem »Gesetz zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung«⁹ ab 1. April 2006 eingeführt und die neue Leistung des Saison-Kurzarbeitergeldes wurde erstmals in der Schlechtwetterperiode 2006/2007 gewährt. Im Unterschied zu allen Vorgängerregelungen wurde seitdem nicht mehr zwischen witterungs- und auftragsbedingten Arbeitsausfällen in den Schlechtwetterperioden unterschieden. Damit wurde erstmals anerkannt, dass die hohen Schwankungen des Arbeitsanfalls in der Baubranche nicht nur auf die Witterung, sondern auch auf die

geringere Auftragsvergabe im Winter zurückzuführen sein können. Es wird seitdem – wie beim Kurzarbeitergeld – nur noch geprüft, ob Guthaben auf Arbeitszeitkonten vorhanden sind, die nicht für andere Zwecke (zB. Qualifizierung oder ein verstetigtes Monatseinkommen) reserviert werden müssen.

Das Saison-Kurzarbeitergeld entspricht in seiner Höhe dem Kurzarbeitergeld und wird aus Beitragsmitteln der Bundesagentur für Arbeit finanziert. Für die anderen Leistungen (die beiden Wintergelder und die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung) wird seit April 2006 eine Umlage in Höhe von 2 % der Bruttolohnsumme erhoben, an deren Finanzierung sich seitdem auch die Beschäftigten beteiligen mussten (mit einem Anteil von 0,8 %). Diese Umlage wird von der SOKA-BAU eingezogen und an die Bundesagentur für Arbeit abgeführt, in deren Hand die administrative Abwicklung liegt.

Ein Insider berichtete uns über eine dreitägige Klau-surtagung der Sozialpartner im Baugewerbe mit Vertretern des Bundesministeriums für Arbeit, des Kanzleramts und der Bundesagentur für Arbeit, in der das neue Saison-Kurzarbeitergeld »erfunden« wurde. Nach seiner Darstellung waren sich alle Beteiligten einig, dass die Winterarbeitslosigkeit nur verringert werden konnte, wenn eine Weiterbeschäftigung in der Schlechtwetterperiode für die Betriebe nicht mit Mehrkosten verbunden sei. Dazu musste eine überbetriebliche Finanzierung für die Sozialversicherungsbeiträge während der Ausfallstunden gefunden werden. Die Arbeitgeber wollten die Anreize zum Ansparen von Arbeitsstunden auf Konten stärken, um die schon erreichte Flexibilisierung der Jahresarbeitszeiten nicht zu gefährden. Sie formulierten schließlich auch die Idee, die Beschäftigten an der Finanzierung der Winterbeschäftigungs-Umlage zu beteiligen. Zur Rettung des zuvor ausgearbeiteten gemeinsamen Vorschlags wurde dies auch von der Gewerkschaft IG BAU akzeptiert.

Mit dem »Gesetz zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung« wurde darüber hinaus auch weiteren Branchen mit ausgeprägten saisonalen Schwankungen des Arbeitsanfalls die Möglichkeit eröffnet, auf Basis tariflicher Vereinbarungen ähnliche Regelungen wie im Bauhauptgewerbe einzuführen.¹⁰ Letzteres erschien nicht nur von der

9 BGBl. 2006 I, S. 926 ff.

10 ZB. das Dachdeckerhandwerk, der Gerüstbau sowie der Garten- und Landschaftsbau.

Sache her gerechtfertigt, sondern war auch politisch geboten, weil in allen Parteien die Bereitschaft gesunken war, Sonderregelungen für einzelne Branchen zu finanzieren.

Wegen der unterschiedlich starken Wintereinbrüche und der schwankenden Auftragslage im Baugewerbe waren die Kosten für die bauspezifische Arbeitsmarktpolitik über die Jahre unterschiedlich hoch. Für die Bundesagentur für Arbeit fielen diese Schwankungen angesichts des im Vergleich zum Gesamtetat überschaubaren Postens kaum ins Gewicht. Anders war dies bei den umlagefinanzierten Anteilen. Um nicht jedes Jahr einen neuen Umlagesatz festlegen zu müssen und Ausgabeschwankungen im Zeitverlauf auffangen zu können, wurde bei der Bundesagentur für Arbeit eine Rücklage gebildet. Deren Umfang hatte sich allein zwischen 2013 und 2020 mehr als verdoppelt, weil aufgrund der zunehmenden Zahl von Beschäftigten im Baugewerbe und der tendenziell abnehmenden Inanspruchnahme des Saison-Kurzarbeitergeldes die Ausgaben in deutlich geringerem Maße als die Einnahmen gestiegen waren.

Mit dem neuen Saison-Kurzarbeitergeld hatte der Gesetzgeber auf die zuvor unbefriedigende Nutzung der Instrumente der Winterbauförderung und den weiterhin kräftigen und regelmäßig wiederkehrenden Anstieg der Winterarbeitslosigkeit in den Bauberufen reagiert. Die Tarifpartner hatten sich aktiv an der Beschäftigungssicherung in ihrer Branche beteiligt und ein neues Fördersystem für die Bauwirtschaft entwickelt, in dessen Rahmen die unterschiedlichen Maßnahmen, Instrumente und Ziele der Winterbauförderung deutlich besser aufeinander abgestimmt wurden als zuvor. Dies sollte damals auch dazu beitragen, dass der Beitrag für die Sozialkassen die Schwelle von 20 % nicht überstieg.

Das Saison-Kurzarbeitergeld wurde als Sonderregelung des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes konzipiert und hat sich seit seiner Einführung als attraktive und moderne Alternative zu Entlassungen in den Wintermonaten bewährt. Es wird seit 2006 ausschließlich in der Schlechtwetterzeit und bereits ab der ersten Ausfallstunde (nach Auflösung von Arbeitszeitguthaben) gewährt – unabhängig davon, ob hierfür witterungsbedingte, konjunkturelle oder sonstige Ursachen verantwortlich waren. Damit wollte der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, dass in den Wintermonaten auch deswegen ein Mangel an Aufträgen bestehen kann, weil viele private

und öffentliche Aufträge erst wieder im Frühjahr vergeben werden. Der Auftragsmangel konnte demnach auch nur indirekt auf das schlechte Wetter zurückzuführen sein.

Mit den neuen Regelungen wurden darüber hinaus auch die Anreize für die Betriebe deutlich gestärkt, Arbeitszeitkonten einzurichten, um so zunächst innerbetrieblich auf Auftragsschwankungen reagieren zu können, bevor die Arbeitslosenversicherung eintreten musste. Ergänzende Leistungen an Arbeitnehmer bei Nutzung von Arbeitszeitkonten zur Überbrückung von Ausfallstunden und an Arbeitgeber zur Entlastung von den Kosten der Kurzarbeit sollten weitere Anreize zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit bieten.

Die Bundesagentur für Arbeit hatte im Vorfeld damit gerechnet, dass die Einsparungen die zusätzlichen Kosten für die Finanzierung des Saison-Kurzarbeitergeldes mindestens kompensieren würden, was auch gelang. Dies lag auch daran, dass die Arbeitsagenturen durch den Wegfall von Arbeitslosmeldungen und Vermittlungsbemühungen sowie durch eine geringere Zahl von Leistungsanträgen deutlich entlastet wurden.

Für die Arbeitnehmer und die Baubetriebe wurde es mit dem Saison-Kurzarbeitergeld möglich, die Beschäftigungsverhältnisse ganzjährig aufrechtzuerhalten. Witterungsbedingte Kündigungen mit zum Teil unsicheren Wiedereinstellungszusagen oder befristete Arbeitsverträge »nur über die Schönwettermonate« waren nicht mehr notwendig. Die Arbeitgeber wurden vor allem durch die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge für ihre Arbeitnehmer aus Beitragsmitteln der Bundesagentur für Arbeit finanziell entlastet und konnten dadurch auch deutlich flexibler agieren, weil sie ihre Fachkräfte über das ganze Jahr halten und damit auch für die Abwicklung von kurzfristig eingehenden Aufträgen einsetzen konnten.

Durch die Konzession der Gewerkschaft IG BAU, im Vorfeld der Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes erstmals auch einer finanziellen Beteiligung der Beschäftigten an der Finanzierung der Winterbeschäftigungs-Umlage (Arbeitnehmer: 0,8 % und Arbeitgeber 1,2 % der Bruttolohnsumme) zuzustimmen, wurde eine bis heute tragfähige und von allen Beteiligten akzeptierte Nachfolgeregelung möglich.

Die Arbeitgeber hatten seitdem die Möglichkeit, sich die Sozialversicherungsbeiträge für ihre Arbeitnehmer

aus Beitragsmitteln der Arbeitslosenversicherung erstatten zu lassen, was sie erheblich entlastete. Die Beschäftigten profitierten vor allem davon, dass das Zuschuss-Wintergeld auf 2,50 € pro entnommener Arbeitsstunde aus dem Zeitkonto in der Schlechtwetterzeit deutlich erhöht worden war, und dass sie auch weiterhin Anspruch auf das Mehraufwands-Wintergeld in Höhe von 1 € für jede geleistete Arbeitsstunde im Förderzeitraum hatten.

Mit dem Saison-Kurzarbeitergeld hatte der Gesetzgeber die Winterbauförderung ab April 2006 mit dem Ziel erweitert, die Zahl der Entlassungen von Beschäftigten im Baugewerbe in den Wintermonaten deutlich zu reduzieren und dabei gleichzeitig auch Mehrbelastungen für die Beitragszahler zur Arbeitslosenversicherung zu vermeiden. Im Vergleich zum vorherigen »Winterausfallgeld« mussten die Beschäftigten seitdem nicht mehr zunächst 30 Stunden aus einem Zeitkonto oder Urlaubstage einbringen, um Leistungen zu erhalten, sondern der Arbeitsausfall wurde seitdem ab der ersten Ausfallstunde an das Bauunternehmen ausbezahlt. Dabei war es unerheblich, ob es sich um witterungs- oder auftragsbedingte Arbeitsausfälle handelte. Darüber hinaus konnten seitdem auch ergänzende Leistungen gewährt werden, die über eine tariflich vereinbarte Umlage von Arbeitgebern und Beschäftigten gemeinsam finanziert werden. Hierzu zählen:

- die Erstattung der von den Arbeitgebern zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge: Diese werden auch während des Arbeitsausfalls vom Betrieb abgeführt, wobei sich die Beitragsbemessung an der Höhe des ausgefallenen Lohnes orientiert;
- das Zuschuss-Wintergeld: In Betrieben, in denen eine Vereinbarung über Arbeitszeitschwankungen gilt, ist der Einsatz von Guthabenstunden bei Arbeitsausfall vorrangig gegenüber der Zahlung von Saison-Kurzarbeitergeld. Das Zuschuss-Wintergeld beträgt seitdem je eingebrachter Arbeitsstunde 2,50 € und wurde damit deutlich mehr als verdoppelt;
- das Mehraufwands-Wintergeld in Höhe von 1 € pro geleisteter Arbeitsstunde: Es dient dazu, Beschäftigten, die während der gesetzlichen Schlechtwetterzeit arbeiten, den anfallenden witterungsbedingten Mehraufwand auszugleichen.

IV. Zentrale Ergebnisse der Evaluationen des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung im Auftrag des Bundesarbeitsministeriums

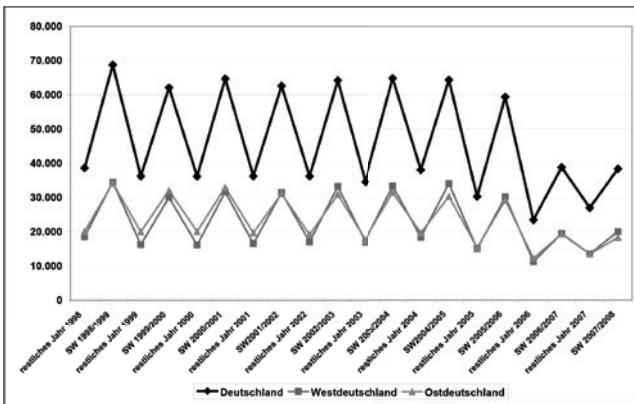
Die Wirkungen des neuen Saison-Kurzarbeitergeldes waren im Auftrag des Bundesarbeitsministeriums in zwei Wellen evaluiert worden. Der erste Bericht stellte fest, dass es bereits in den ersten beiden Schlechtwetterperioden nach Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes 2006/2007 und 2007/2008 zu einer deutlichen Verstetigung der Beschäftigung und einer erheblichen Reduzierung der Zahl der in Arbeitslosigkeit entlassenen Baubeschäftigten gekommen war.

Abb. 1 veranschaulicht beispielhaft die deutliche Verringerung der Winterarbeitslosigkeit nach der Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes im April 2006. Durch ein multiples Regressionsmodell wurden die Ergebnisse dieser deskriptiven Statistik bestätigt. Wie wichtig für die Branche die Aufhebung der Unterscheidung zwischen witterungs- und auftragsbedingten Arbeitsausfällen war, ließ sich auch daran erkennen, dass teilweise ein höherer Anteil der Betriebe das Saison-Kurzarbeitergeld wegen Auftragsmangels als wegen schlechten Wetters beantragte. Die Evaluation belegte darüber hinaus auch die hohe Inanspruchnahme der beiden Wintergelder, die eine Fortführung der Bautätigkeiten in der Schlechtwetterperiode bzw. die Nutzung von Arbeitszeitguthaben honorierten.¹¹

Darüber hinaus zeigt Abb. 1 auch, dass die Zahl der im Winter entlassenen Bauarbeitskräfte in den Jahren von 1998 bis 2004/2005 in fast allen Schlechtwetterperioden bei mindestens 300.000 Beschäftigten gelegen hatte. In den Schlechtwetterperioden 2006/2007 und 2007/2008 war die Zahl der Arbeitslosen aus dem Bauhauptgewerbe hingegen auf nur noch rund 150.000 gesunken.

¹¹ Kümmerling/Worthmann, Fortführung und Vertiefung der Evaluation des Saison-Kurzarbeitergeldes, Schlussbericht, Duisburg 2009, S. 44 und 181 ff.

Abb. 1: Bestand von Arbeitslosen aus dem Bauhauptgewerbe 1998 bis 2007/2008



Quelle: Kümmerling/Schietinger/Voss-Dahm/Worthmann, Evaluation des neuen Leistungssystems zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung, Endbericht, Duisburg 2009, S. 18.

- In den Jahren 2000 bis 2006 hatten die jahreszeitlichen Schwankungen der Beschäftigtenzahlen im Baugewerbe noch bei durchschnittlich ca. 130.000 Beschäftigten pro Schlechtwetterperiode gelegen.
- Bereits in den Winterperioden 2007/2008 sowie 2008/2009 hatten sich die Einbrüche bei der Beschäftigung in den Winterperioden im Vergleich zu den Vorjahren deutlich verringert.
- Darüber hinaus wurde auch eine hohe Akzeptanz und intensive Nutzung der neuen Instrumente der Winterbauförderung bei Arbeitgebern und Beschäftigten festgestellt.
- Insgesamt konnte die Arbeitslosenversicherung durch das Saison-Kurzarbeitergeld erheblich entlastet werden (alleine in der Schlechtwetterperiode 2006/2007 um über 320 Mio. €).¹²

Auch der zweite Bericht zur »Fortführung und Vertiefung der Evaluation des Saison-Kurzarbeitergeldes«, der im Jahr 2011 veröffentlicht worden war, unterstrich, dass sich das Saison-Kurzarbeitergeld als ein erfolgreiches und anerkanntes Instrument zur Vermeidung der Winterarbeitslosigkeit bewährt hatte. In die zweite Evaluation des Saison-Kurzarbeitergeldes waren auch die Schlechtwetterperioden 2008/2009 und 2009/2010 einbezogen worden. Die Inanspruchnahme des neuen Förderinstrumentes hatte sich aufgrund der Kostenneutralität für die Betriebe deutlich ausgeweitet und es wurde kein Bedarf für weitere gesetzliche Änderungen gesehen.

Nach den Ergebnissen der im Jahr 2010 durchgeführten Betriebsbefragung verfügten damals bereits 65 % aller Baubetriebe über eine Arbeitszeitkontenregelung. Im Vergleich zur Schlechtwetterperiode 2006/2007 hatte sich damit deren Anteil um rund 12 Prozentpunkte erhöht. Befürchtungen, dass der vereinfachte Zugang zum Bezug des Saison-Kurzarbeitergeldes die Beschäftigten und Betriebe dazu veranlassen könnte, die Eigenbeiträge über Arbeitszeitkonten zu verringern, hatten sich nicht bestätigt.

Die positiven Auswirkungen des Saison-Kurzarbeitergeldes auf die Beschäftigung in der Bauwirtschaft ließen sich auch über den Evaluationszeitraum hinaus gut belegen. Die saisonalen Ausschläge der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden waren deutlich größer als die saisonalen Ausschläge der Zahl der Beschäftigten im Baugewerbe. Seit 2006 schwankte die Beschäftigung im Jahresverlauf in deutlich geringerem Maße als vor der Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes. Offenbar hatten die Unternehmen seitdem deutlich stärker auf die Möglichkeiten interner Flexibilität, die ihnen das Saison-Kurzarbeitergeld bot, als auf externe Flexibilität über die Entlassung von Beschäftigten gesetzt. Am deutlichsten war dieser Trend in Betrieben des Bauhauptgewerbes mit mindestens 20 Beschäftigten erkennbar. Deren Beschäftigungskurve verlief seitdem fast flach ohne die zuvor üblichen saisonalen Schwankungen des Arbeitsanfalls. Bei den Betrieben insgesamt waren zwar noch Saisonausschläge erkennbar, aber in deutlich geringerem Maße als zuvor.

Die beiden Evaluationen des Saison-Kurzarbeitergeldes hatten darüber hinaus auch ergeben, dass das neue Fördersystem von allen Beteiligten – den Baubetrieben, den Arbeitnehmern und der Arbeitsverwaltung – akzeptiert und geschätzt wurde. Dies hing offenbar auch damit zusammen, dass sich durch die neue Regelung nicht nur die Kosten der Arbeitsausfälle in den Schlechtwetterperioden erheblich reduziert hatten, sondern es auch gelungen war, die Zahl der produktiven Arbeitsstunden über die Jahre deutlich zu steigern.

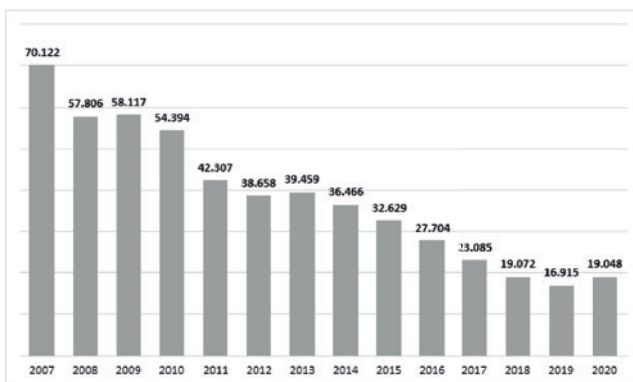
Nicht zuletzt hatten sich auch die Verdienstmöglichkeiten der Bauarbeitskräfte mit dem Saison-Kurzarbeitergeld und den ergänzenden Leistungen deutlich verbessert: Durch eine Vorarbeit im Sommer konnten die Beschäftigten im Baugewerbe im Winter bei Einbringung der ent-

¹² Kümmerling/Schietinger/Voss-Dahm/Worthmann, Evaluation des neuen Leistungssystems zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung, Endbericht, Duisburg 2009, S. 1.

sprechenden Guthabenstunden aus ihrem Arbeitszeitkonto ein etwa doppelt so hohes Einkommen (durch Bruttolohn und Zuschuss-Wintergeld) erzielen als bei der alleinigen Inanspruchnahme des Saison-Kurzarbeitergeldes.

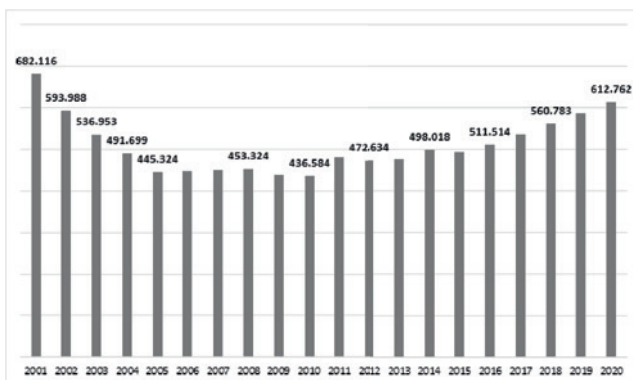
Abb. 2 zeigt darüber hinaus, wie sich die Zahl der Arbeitslosen aus dem Bauhauptgewerbe von 2007 bis 2020 entwickelt hatte. Besonders deutlich rückläufig war deren Zahl in den Jahren 2008 und 2010 sowie von 2013 bis 2019. Der darauffolgende Anstieg der Zahl der Arbeitslosen im Jahr 2020 dürfte demgegenüber vor allem der Covid 19-Pandemie geschuldet gewesen sein.

Abb. 2: Entwicklung der Zahl der Arbeitslosen im Bauhauptgewerbe in Deutschland, 2007 bis 2020



Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes (ZDB): BAUMARKT 2020 – Perspektiven 2021, Berlin 2021.

Abb. 3: Geleistete Arbeitsstunden im Bauhauptgewerbe (Betriebe mit 20 und mehr Beschäftigten) – 2001 bis 2020



Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes (ZDB): BAUMARKT 2020 – Perspektiven, Berlin 2021.

Abb. 3 veranschaulicht, wie sich die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden von Beschäftigten im Bauhauptgewerbe von 2001 bis 2020 entwickelt hatte. Während die Zahl der Baubeschäftigten in Deutschland im Jahr 2001 noch bei gut 682.000 Personen gelegen hatte, hatte sich deren Zahl im Zuge der folgenden tiefen Baukrise im Jahr 2010 auf nur noch 436.584 Beschäftigte deutlich reduziert. Nach diesem historischen Tiefstand war die Zahl der im Bauhauptgewerbe tätigen Beschäftigten mit leichten Schwankungen jedoch wieder auf fast 613.000 Beschäftigte im Jahr 2020 angestiegen.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Seit der Einführung einer bauspezifischen Arbeitsmarktpolitik im deutschen Baugewerbe Ende 1959 waren die Rahmenbedingungen und Instrumente der Winterbauförderung mehrfach verändert worden. Ein erster wichtiger Meilenstein war die Einführung des gesetzlichen Schlechtwettergeldes, mit dem Beschäftigte im Baugewerbe ab Dezember 1959 bei witterungsbedingten Arbeitsausfällen in der Schlechtwetterzeit Anspruch auf eine beitragsfinanzierte Lohnersatzleistung in Höhe des Kurzarbeitergeldes hatten. Diese Regelung hatte über gut 35 Jahre Bestand und trug maßgeblich dazu bei, witterungsbedingte Arbeitsausfälle zu verringern und die soziale Absicherung der Beschäftigten zu verbessern.

Nach der von der damaligen liberal-konservativen Bundesregierung politisch gewollten Abschaffung des Schlechtwettergeldes zum Jahresende 1995 waren im Baugewerbe in den folgenden Jahren unterschiedliche gesetzliche und tarifliche Instrumente und Regelungen eingeführt worden, um die angestrebte Stabilisierung der Beschäftigung zu erreichen, was aber zunächst wenig erfolgreich war.

Der Durchbruch zu einer tragfähigen und nachhaltigen Regelung zur Stabilisierung der Beschäftigten im Baugewerbe war erst mit der Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes im April 2006 gelungen. Durch eine geschickt aufeinander abgestimmte Kombination gesetzlicher und tariflicher Maßnahmen in Kombination mit der Winterbeschäftigungs-Umlage können seitdem sowohl witterungs- als auch konjunkturell bedingte Schwankungen der Auftragslage in der Bauwirtschaft ab der ersten Ausfallstunde erstattet werden, so dass witterungs- oder auftragsbedingte Entlassungen von Beschäftigten in den Schlechtwetterperioden kaum noch notwendig waren. Die positive wirtschaft-

liche Entwicklung des Baugewerbes nach der Baukrise im Jahr 2010 hatte außerdem dazu beigetragen, nicht nur das Image der Baubranche zu verbessern, sondern auch wieder mehr Beschäftigte für das Baugewerbe zu gewinnen.

Vom neuen Fördersystem profitierte darüber hinaus seitdem nicht mehr nur das Baugewerbe selbst, sondern auch eine Reihe weiterer Branchen mit vergleichbar ausgeprägten saisonalen Schwankungen des Arbeitsanfalls. Denn auch diesen Branchen war auf Basis des »Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung« die Möglichkeit eröffnet worden, das Saison-Kurzarbeitergeld zu nutzen, sofern dies auf Basis eines branchenbezogenen Umlagesystems erfolgte.

In den folgenden Jahren bis 2020 hatte sich die Inanspruchnahme des Saison-Kurzarbeitergeldes weiter reduziert, was auch damit zusammenhing, dass es den Baubetrieben zunehmend gelungen war, auf Entlassungen zu verzichten. Der Rückgang der Inanspruchnahme des Saison-Kurzarbeitergeldes war darüber hinaus auch das Resultat der guten Baukonjunktur, die einen wichtigen Beitrag dazu leistete, die Zahl der Ausfallstunden in den Schlechtwetterperioden deutlich zu verringern.

Die weiterhin teils deutlichen Schwankungen des Arbeitsvolumens im Jahresverlauf legen jedoch nahe, dass das Saison-Kurzarbeitergeld und die beiden Wintergelder weiterhin unverzichtbare Instrumente sind, um die Rückkehr der hohen Winterarbeitslosigkeit von Bauarbeitskräften und eine neuerliche »Prekarisierung der Bauarbeit« zu verhindern.

Tab. 1 veranschaulicht schließlich noch, wie sich die Finanzierung der bauspezifischen Arbeitsmarktpolitik in den Jahren 2007 bis 2020 entwickelt hatte. Besonders ins Auge sticht hierbei die deutliche Zunahme der Winterbau-Rücklage am Jahresende, die erst im Jahr 2013 hinzugekommen war, sich aber bis Ende 2020 bereits auf 457 Mio. € mehr als verdoppelt hatte.

Die Kosten für das Saison-Kurzarbeitergeld selbst hatten im Betrachtungszeitraum von 2007 bis 2020 hingegen bei zwischen 159 Mio. € im ersten Jahr nach dessen Einführung in der Schlechtwetterperiode 2006/2007 und einem Höchstwert von 396 Mio. € in der Schlechtwetterperiode 2010/2011 gelegen. Nur in fünf von bislang insgesamt 14 Schlechtwetterperioden überstiegen die Kosten für das Saison-Kurzarbeitergeld die Schwelle von mehr als 300 Mio. € – am deutlichsten in den Jahren 2010 (396 Mio. €) und 2013 (386 Mio. €).

Seit 2018 war demgegenüber ein deutlicher Rückgang der Ausgaben für das Saison-Kurzarbeitergeld erkennbar, was dafür spricht, dass die angestrebte Verstetigung der Beschäftigung in der Bauwirtschaft tatsächlich weitgehend erreicht worden ist.

Tab. 1: Finanzierung der bauspezifischen Arbeitsmarktpolitik, 2007–2020 (in Mio. €)

Jahr	Saison-KUG	Umlagefinanziert		Umlage (a) und (b) zusammen	Einnahmen aus der Winterbauumlage	Stand der Winterbau-Rücklage am Jahresende
		SV bei SKUG (a)	Wintergeld (b)			
2007	159	111	142	253	297	-
2008	177	126	141	267	301	-
2009	292	148	121	269	289	-
2010	396	113	110	223	294	-
2011	309	55	141	196	314	-
2012	275	183	140	323	328	-
2013	386	271	132	303	326	217
2014	180	129	147	276	349	273
2015	251	181	141	322	357	291
2016	249	181	145	326	371	319
2017	290	213	145	358	384	327
2018	317	236	155	391	413	329
2019	273	204	160	364	441	385
2020	255	188	168	356	450	457

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit, 2021.

Mit der Einführung des Saison-Kurzarbeitergeldes war es tatsächlich gelungen, die zuvor ausgeprägten jahreszeitlichen Schwankungen des Arbeitsanfalls im Baugewerbe zu reduzieren und die Beschäftigung deutlich zu verstetigen. Hieraus lässt sich zwar noch kein längerfristiger Trend ableiten, aber zumindest eine Tendenz in Richtung einer weiteren Verstetigung der Beschäftigung im Baugewerbe.

Besonders bemerkenswert ist darüber hinaus, dass am »Gesetz zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung« seit seiner Einführung im April 2006 bis heute keine nennenswerten Änderungen mehr vorgenommen werden mussten. Dies dürfte vor allem auch der Tatsache zu verdanken sein, dass die Neuregelung in enger Kooperation der an der Konzeption und Umsetzung des Saison-Kurzarbeitergeldes beteiligten Akteure – dem Gesetzgeber, den Tarifvertragsparteien (der Gewerkschaft IG BAU und den beiden Arbeitgeberverbänden ZDB und HDB) sowie der Bundesagentur für Arbeit – gemeinsam entwickelt und umgesetzt worden war.