

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 8. Mai 2019  
- 10 AZR 559/17 -  
ECLI:DE:BAG:2019:080519.U.10AZR559.17.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 21. August 2013  
- 3 Ca 1337/11 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 12. September 2017  
- 12 Sa 92/14 -

---

Entscheidungsstichworte:

Beitragspflichten zu der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft - Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 16. Mai 2017 (SokaSiG)

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 559/17  
12 Sa 92/14  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
8. Mai 2019

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brüne, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger sowie die ehrenamtlichen Richter Frese und Effenberger für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 12. September 2017 - 12 Sa 92/14 - wird zurückgewiesen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 43 % und der Beklagte 57 % zu tragen. Von den Kosten der Berufung haben der Kläger 6 % und der Beklagte 94 % zu tragen. Hiervon ausgenommen sind die durch die Säumnis des Klägers veranlassten Kosten, die der Kläger zu tragen hat. Die Kosten der Revision hat der Beklagte zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes. 1

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien in der Rechtsform eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit kraft staatlicher Verleihung. Er ist tarifvertraglich zum Einzug der Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes verpflichtet. Er nimmt den Beklagten auf der Grundlage der Tarifverträge über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe in der jeweils maßgeblichen Fassung (VTV) auf Beiträge für sieben gewerbliche Arbeitnehmer in der Zeit von Dezember 2006 bis April 2011 und November bis Dezember 2011 in Höhe von zuletzt 118.155,09 Euro in Anspruch. Darüber hinaus verlangt er Beiträge für einen Angestellten im Zeitraum von Februar 2008 bis Dezember 2009 in Höhe von zuletzt 1.363,15 Euro. 2

Der VTV vom 20. Dezember 1999 idF vom 15. Dezember 2005 (VTV 2005) wurde am 24. Februar 2006 für allgemeinverbindlich erklärt (*BAnz. Nr. 71 vom 11. April 2006; AVE VTV 2006*). Die Allgemeinverbindlicherklärungen des VTV vom 20. Dezember 1999 idF vom 20. August 2007 (VTV 2007 I) und des VTV vom 20. Dezember 1999 idF vom 5. Dezember 2007 (VTV 2007 II) erfolgten am 15. Mai 2008 (*BAnz. Nr. 104a vom 15. Juli 2008*); 3

*AVE VTV 2008 I und AVE VTV 2008 II*). Der VTV vom 18. Dezember 2009 (VTV 2009) wurde am 25. Juni 2010 für allgemeinverbindlich erklärt (*BAnz. Nr. 97 vom 2. Juli 2010; AVE VTV 2010*). Die Wirksamkeit der AVE VTV 2006 hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg mit rechtskräftigem Beschluss festgestellt (*LAG Berlin-Brandenburg 4. August 2015 - 7 BVL 5007/14, 7 BVL 5008/14 - zu 2.3 der Gründe*). Der Senat hat die AVE VTV 2008 I, die AVE VTV 2008 II und die AVE VTV 2010 für unwirksam erklärt (*BAG 21. September 2016 - 10 ABR 33/15 - BAGE 156, 213*).

Der nicht tarifgebundene Beklagte unterhält im bayerischen U einen Gewerbebetrieb, der darauf ausgerichtet ist, Wintergärten und Überdachungen herzustellen sowie zu montieren. 4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Betrieb des Beklagten unterfalle dem VTV in den maßgeblichen Fassungen, die jedenfalls aufgrund des SokaSiG zur Anwendung kämen. Zu mehr als 50 % der persönlichen Arbeitszeit, die zusammengerechnet auch mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit ausgemacht habe, hätten die Arbeitnehmer des Beklagten Wintergärten montiert und aus dem Handel bezogene Baufertigteile in Form von Vordächern und Terrassenüberdachungen eingebaut. Damit hätten sie bauliche Leistungen iSd. § 1 Abs. 2 VTV erbracht. 5

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 119.518,24 Euro zu zahlen. 6

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat behauptet, die betrieblichen Tätigkeiten seien zu 90 % in seiner Werkstatt ausgeführt worden. Anders als ihn habe der Kläger die Arbeitgeber, die unmittelbar Beteiligte des Beschlussverfahrens über die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen gewesen seien, nicht in Anspruch genommen. Der Beklagte hat die Klage für unbegründet gehalten. Sein Betrieb unterfalle schon nicht dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV, weil arbeitszeitlich überwiegend typische Tischler- und Schreinertätigkeiten ausgeführt worden seien. Gegenüber den in der Werkstatt vorgesehenen Arbeiten sei die Montagetätigkeit völlig in den Hinter- 7

grund getreten. Jedenfalls seien die Verfahrenstarifverträge nicht anzuwenden. Die Allgemeinverbindlicherklärungen seien unwirksam. Das SokaSiG selbst sei verfassungswidrig. Darüber hinaus verstoße die konkrete Anwendung des SokaSiG auf den Beklagten gegen Grundrechte, weil der Kläger den Beklagten zur Zahlung von Beiträgen heranziehe, obwohl er in anderen vergleichbaren Fallgestaltungen davon abgesehen habe.

Die Vorinstanzen haben der Klage - soweit für die Revision von Bedeutung - stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte die Abweisung der Klage weiter. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist zulässig und begründet. 9

I. Der Kläger hat die zulässige Klage nicht geändert, indem er die Beitragsforderung in der Berufungsinstanz nicht mehr nur auf die maßgeblichen Allgemeinverbindlicherklärungen gestützt hat, sondern auch auf § 7 Abs. 7 bis Abs. 10 iVm. Anlagen 32 bis 35 SokaSiG. 10

1. Der prozessuale Streitgegenstand umfasst alle konkurrierenden materiell-rechtlichen Ansprüche. Er ändert sich auch dann nicht, wenn der Kläger erst im Verlauf des Rechtsstreits eine wirksame Anspruchsgrundlage benennt. Rechtliche Begründungen innerhalb desselben Tatgeschehens betreffen allein die Normebene und damit die dem Gericht obliegende rechtliche Bewertung des Tatsachenkomplexes (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 14; 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 27; BGH 21. Februar 2019 - VII ZR 105/18 - Rn. 30*). 11

2. Deshalb handelt es sich hier nicht um eine Klageänderung. Beitragsansprüche nach dem Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewer- 12

be, für dessen Geltungserstreckung sowohl eine Allgemeinverbindlicherklärung als auch § 7 SokaSiG in Betracht kommen, werden von demselben den Streitgegenstand umgrenzenden Lebenssachverhalt erfasst (*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 18 ff.*). Die Ansprüche stützen sich auf dasselbe Tatgeschehen. Sie sind weder in ihren materiell-rechtlichen Voraussetzungen noch in ihren Folgen oder strukturell grundlegend verschieden ausgestaltet (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 15*).

II. Die Klage ist begründet. Der Kläger hat für den Zeitraum vom 1. Dezember 2006 bis 30. September 2007 Anspruch auf die geltend gemachten Beiträge für gewerbliche Arbeitnehmer aus dem VTV 2005 iVm. der AVE VTV 2006. Für die Zeit vom 1. Oktober 2007 bis 30. April 2011 und vom 1. November 2011 bis 31. Dezember 2011 ergibt sich der Beitragsanspruch für gewerbliche Arbeitnehmer aus § 7 Abs. 7 bis Abs. 9 iVm. Anlagen 32 bis 34 SokaSiG. Der Anspruch auf Beiträge für einen Angestellten in der Zeit vom 1. Februar 2008 bis 31. Dezember 2009 beruht auf § 7 Abs. 8 iVm. Anlage 33 SokaSiG. Die Anlagen 32 bis 34 enthalten den vollständigen Text der Verfahrenstarifverträge in den im Streitzeitraum geltenden Fassungen (*vgl. den Anlagendruck zum BGBl. I Nr. 29 vom 24. Mai 2017 S. 337 bis 379*). Die in § 7 Abs. 7 bis Abs. 9 SokaSiG angeordnete Geltungserstreckung des VTV auf nicht Tarifgebundene ist aus Sicht des Senats verfassungsgemäß. Die Beitragspflicht des Beklagten folgt für die Zeit vom 1. Dezember 2006 bis 30. September 2007 aus § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. II, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 1 Satz 1 VTV 2005, für die Zeit vom 1. Oktober 2007 bis 31. Dezember 2007 aus § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. II, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1, § 22 Abs. 1 Satz 1 VTV 2007 I, für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2009 aus § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. II, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1, § 19 Satz 1, § 22 Abs. 1 Satz 1 VTV 2007 II und für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2011 aus § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. II, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 18 Abs. 2 Satz 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 VTV 2009. Die Voraussetzungen für eine Beitragspflicht des Beklagten nach den inhaltlich deckungsgleichen Bestimmungen dieser Verfahrenstarifverträge sind erfüllt.

13

1. Der im Freistaat Bayern gelegene Betrieb des Beklagten unterfällt dem räumlichen Geltungsbereich des VTV (§ 1 Abs. 1 VTV). Die bei dem Beklagten beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer sowie der Angestellte werden vom persönlichen Geltungsbereich des VTV erfasst (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 VTV). Der betriebliche Geltungsbereich ist nach § 1 Abs. 2 VTV eröffnet. Im Betrieb des Beklagten werden arbeitszeitlich überwiegend bauliche Leistungen nach § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV ausgeführt. 14

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats wird ein Betrieb vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst, wenn in ihm arbeitszeitlich überwiegend Tätigkeiten ausgeführt werden, die unter die Abschnitte I bis V des § 1 Abs. 2 VTV fallen. Betriebe, die überwiegend eine oder mehrere der in den Beispielen des § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV genannten Tätigkeiten ausführen, fallen unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV, ohne dass die Erfordernisse der allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III geprüft werden müssen. Nur wenn in dem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend nicht die in den Abschnitten IV und V genannten Beispielstätigkeiten versehen werden, muss darüber hinaus untersucht werden, ob die ausgeführten Tätigkeiten die allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III erfüllen (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 18; 19. Februar 2014 - 10 AZR 428/13 - Rn. 10*). 15

b) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass im Betrieb des Beklagten zeitlich überwiegend Tätigkeiten nach § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV ausgeübt werden. Nach dem schlüssigen Vortrag des Klägers ist der betriebliche Geltungsbereich eröffnet. Der Beklagte hat das Vorbringen des Klägers nicht mit erheblichem Sachvortrag bestritten. 16

aa) Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass in einem Betrieb arbeitszeitlich überwiegend baugewerbliche Tätigkeiten verrichtet werden, obliegt dem Kläger. Sein Sachvortrag ist schlüssig, wenn er Tatsachen vorträgt, die den Schluss zulassen, der Betrieb des Arbeitgebers werde vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst. Dazu gehört neben der Darlegung von Arbeiten, die sich § 1 Abs. 2 VTV zuordnen lassen, auch der Vortrag, dass diese Arbeiten zeitlich überwiegen. Ist entsprechender Tatsachenvortrag gehalten, hat sich der 17

Arbeitgeber hierzu nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären. Das substantiierte Bestreiten kann sich auf die Art und/oder den Umfang der verrichteten Arbeiten beziehen. Um feststellen zu können, welche Tätigkeiten in welchem Umfang ausgeübt wurden, muss der Arbeitgeber im Rahmen des substantiierten Bestreitens entsprechende Tatsachen vortragen. Dazu gehört, dass er die zeitlichen Anteile der verschiedenen Tätigkeiten darlegt (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 19 mwN*).

bb) Der Kläger hat schlüssig vorgetragen, dass im Betrieb des Beklagten zu mehr als 50 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen in Form des Einbaus von genormten, aus dem Handel bezogenen Baufertigteilen (Vordächer, Terrassenüberdachungen) und der Montage von Wintergärten erbracht werden. 18

cc) Diesem Vortrag ist der Beklagte nicht in entscheidungserheblicher Weise entgegengetreten. Er hat sich dahingehend eingelassen, dass ein fertiger Wintergarten nach Aufmaß entstehe, indem Rohmaterial zugeschnitten und imprägniert werde. Diese in der Werkstatt ausgeführten Arbeiten machten 90 % der betrieblichen Tätigkeit aus. Damit stellt der Beklagte den Vortrag des Klägers nicht in Abrede, sondern ergänzt ihn um Einzelheiten, was die Arbeitsschritte sowie den Ort und den zeitlichen Umfang der Tätigkeiten angeht. Mit der Aussage, es handle sich überwiegend um eine typische Tischler- bzw. Schreinertätigkeit, nimmt er eine rechtliche Bewertung vor. 19

dd) Unter Berücksichtigung dieses Vortrags wird der Betrieb des Beklagten vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV nach § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV erfasst. 20

(1) Nach § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV unterfallen Betriebe dem betrieblichen Geltungsbereich, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich bauliche Leistungen erbringen, die dazu dienen, Bauwerke zu erstellen, instand zu setzen, zu ändern oder zu beseitigen. Die Vorschrift erfasst alle Arbeiten, die irgendwie - wenn auch nur auf einem kleinen und speziellen Gebiet - der Errich- 21

tung und Vollendung von Bauwerken oder auch der Instandsetzung oder Instandhaltung von Bauwerken zu dienen bestimmt sind, sodass diese in vollem Umfang ihre bestimmungsgemäßen Zwecke erfüllen können (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 512/17 - Rn. 23; 19. Februar 2014 - 10 AZR 428/13 - Rn. 21*). Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Arbeiten baulich geprägt sind. Das ist der Fall, wenn sie nach Herkommen und Übung bzw. nach den verwendeten Werkstoffen, Arbeitsmitteln und Arbeitsmethoden des Baugewerbes ausgeführt werden (*BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 669/13 - Rn. 24*).

(2) Die Erstellung eines Wintergartens stellt eine baugewerbliche Leistung in diesem Sinn dar. Sie führt zu der Änderung eines Bauwerks. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch handelt es sich bei einem Wintergarten um einen hellen, heizbaren Raum oder Teil eines Raums mit großen Fenstern oder Glaswänden ua. für die Haltung von Zimmerpflanzen (*Duden Deutsches Universalwörterbuch 8. Aufl. Stichwort „Wintergarten“*). Ein Wintergarten erweitert damit den Wohnbereich eines Hauses und stellt somit eine Erweiterung, dh. eine Änderung des Gebäudes dar. Die Qualifizierung eines Betriebs als Betrieb des Baugewerbes iSd. § 1 Abs. 2 VTV erfordert nicht, dass die Bautätigkeiten ausschließlich oder überwiegend „vor Ort“ erfolgen. Daher kann es sich auch dann um einen baugewerblichen Betrieb handeln, wenn die für die Änderung eines Bauwerks erforderlichen Tätigkeiten nicht ausschließlich auf der Baustelle selbst, sondern zum überwiegenden Teil in der Werkstatt des Arbeitgebers durchgeführt werden (*vgl. BAG 22. November 1995 - 10 AZR 500/95 - zu II 2 a der Gründe*). Unerheblich ist, ob die einzelnen Arbeitsschritte ihrerseits als bauliche Leistung iSv. § 1 Abs. 2 VTV zu qualifizieren sind. Da für die den Betrieb prägende Zweckbestimmung der Zweck der Gesamtleistung entscheidend ist, ist darauf abzustellen, welchem Zweck die erledigten einzelnen Arbeitsschritte dienen. Ohne Bedeutung ist daher, welchen Anteil die einzelnen Arbeitsschritte an der Gesamtarbeitszeit des Betriebs einnehmen (*BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 669/13 - Rn. 24; 22. November 1995 - 10 AZR 500/95 - zu II 2 b der Gründe*).

22

- (3) Danach stellt die Fertigung der einzelnen Elemente von Wintergärten zum Zweck ihrer anschließenden Montage, die nach dem Vortrag des Beklagten 90 % der betrieblichen Arbeitszeit ausgemacht hat, eine bauliche Leistung iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. II VTV dar. Der den Betrieb prägende Gesamtzweck der Tätigkeit ist die Änderung eines Bauwerks, indem ein weiterer Raum geschaffen wird. Die dazu erforderlichen Arbeiten werden typischerweise von Betrieben des Zimmerer-Handwerks ausgeführt. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 2 Nr. 7 der Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Zimmerer-Handwerk vom 16. April 2008 (*BGBI. I S. 743*). Danach zählen zum Berufsbild eines Zimmerers ua. der Entwurf, die Herstellung und die Montage von Bauwerken, Bauwerksteilen und Bauteilen, insbesondere aus Holz, Holzwerk- und Trockenbaustoffen. Bestätigung findet dies im Streitfall durch die Eintragung des Beklagten in die Handwerksrolle mit dem Gewerbe „Zimmerer“. Demzufolge sind die geleisteten Arbeiten baulich geprägt, weil Werkstoffe des Baugewerbes verwendet, baugewerbliche Arbeitsmittel eingesetzt und Arbeitsmethoden des Baugewerbes angewendet werden. 23
- c) Der Betrieb ist nicht aufgrund der Ausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 11 VTV als Betrieb des Schreinerhandwerks vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV ausgenommen. Der Beklagte hat die Voraussetzungen hierfür nicht dargelegt. 24
- aa) Beruft sich ein Arbeitgeber auf eine der Ausnahmen des § 1 Abs. 2 Abschn. VII VTV, trägt er insoweit die Darlegungs- und Beweislast. Die Darlegungslast dafür, dass er im Klagezeitraum einen Betrieb des Schreinerhandwerks geführt hat und sein Betrieb deshalb nach § 1 Abs. 2 Abschn. VII Nr. 11 VTV vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV nicht erfasst wurde, oblag damit dem Beklagten. Er musste dazu Tatsachen vortragen, die den Schluss zuließen, dass seine Arbeitnehmer in den jeweiligen Kalenderjahren des Klagezeitraums zu mehr als 50 % ihrer Arbeitszeit Schreinerarbeiten ausführten (*vgl. BAG 27. März 2019 - 10 AZR 512/17 - Rn. 25; 20. April 2005 - 10 AZR 282/04 - zu II 4 a der Gründe*). 25

bb) Dem wird der Vortrag des Beklagten nicht gerecht. Daraus, dass die Arbeitnehmer des Beklagten die Wintergärten und die dafür erforderlichen Elemente nach Maß aus Rohlingen in der Werkstatt des Beklagten und nicht „vor Ort“ anfertigen, kann nicht geschlossen werden, es handle sich um Schreinerarbeiten. Soweit sich der Beklagte darauf beruft, die Errichtung von Wintergärten zähle nicht zum Kernbereich des Zimmerergewerbes, und er in diesem Zusammenhang einen Bedeutungswandel des Zimmererhandwerks anführt, gibt er nur seine Auffassung wieder, legt aber keine diese Meinung stützenden Tatsachen dar. 26

2. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger Sozialkassenbeiträge für den Anspruchszeitraum von insgesamt 119.518,24 Euro verlangen kann. Von den auf den Eigenmeldungen des Beklagten beruhenden Sozialkassenbeiträgen für gewerbliche Arbeitnehmer entfallen 18.133,70 Euro auf die Zeit vom 1. Dezember 2006 bis 30. September 2007 und weitere 100.021,39 Euro auf die Zeit vom 1. Oktober 2007 bis 30. April 2011 sowie auf die Zeit vom 1. November 2011 bis 31. Dezember 2011. Beiträge von 1.363,15 Euro entfallen auf einen Angestellten für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis 31. Dezember 2009. 27

3. Der Beklagte war ungeachtet seiner fehlenden Verbandszugehörigkeit nach § 5 Abs. 4 TVG an den VTV 2005 gebunden. Die AVE VTV 2006 ist wirksam. Das hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg am 4. August 2015 in dem Verfahren nach § 98 ArbGG entschieden (*LAG Berlin-Brandenburg 4. August 2015 - 7 BVL 5007/14, 7 BVL 5008/14 - zu 2.3 der Gründe*). Der rechtskräftige Beschluss wirkt für und gegen jedermann auf den Zeitpunkt des Erlasses der AVE VTV 2006 zurück (§ 98 Abs. 4 Satz 1 ArbGG; BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 37; GK-ArbGG/Ahrendt Stand April 2019 § 98 Rn. 7, 49). 28

4. Gegen die Geltungserstreckung der VTV 2007 I, 2007 II und 2009 auf den nicht tarifgebundenen Beklagten durch § 7 Abs. 7 bis Abs. 9 iVm. Anlagen 32 bis 34 SokaSiG bestehen aus Sicht des Senats keine verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 42 ff.). 29

- a) § 7 SokaSiG ist mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar (vgl. BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 45 ff.). 30
- aa) Art. 9 Abs. 3 GG schützt die individuelle Freiheit, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden und diesen Zweck gemeinsam zu verfolgen. Geschützt sind auch alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, darunter insbesondere die Tarifautonomie. Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen. Geschützt ist daher vor allem der Abschluss von Tarifverträgen. Das schließt den Bestand und die Anwendung abgeschlossener Tarifverträge ein (BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 - Rn. 130 f., BVerfGE 146, 71; BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 46). 31
- bb) Soweit es um die Koalitionsfreiheit der am Abschluss der Verfahrenstarifverträge beteiligten Tarifvertragsparteien und ihrer Mitglieder geht, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich fern. Das durch den Antrag der Tarifvertragsparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung zum Ausdruck gekommene Ziel, die Geltung der abgeschlossenen Tarifverträge auf Außenseiter zu erstrecken, wird durch das SokaSiG gerade erreicht. § 7 SokaSiG hat die Verfahrenstarifverträge inhaltlich nicht verändert. Er ordnet wie eine Allgemeinverbindlicherklärung die Geltung der Verfahrenstarifverträge für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer an. 32
- cc) Das SokaSiG greift ferner nicht in die Tarifautonomie der konkurrierenden Tarifvertragsparteien ein, die für die Betriebe zuständig sind, die aufgrund der Großen Einschränkungsklausel von der Geltung des VTV ausgenommen sind. Ihnen sei es nach Auffassung des Beklagten aufgrund der Großen Einschränkungsklausel verwehrt, selbst rechtsetzend tätig zu werden. Der Senat teilt diese Ansicht nicht. Die Große Einschränkungsklausel in der Fassung der Anlage 37 des SokaSiG schränkt die Tarifautonomie konkurrierender Verbände nicht ein. Sie gewährleistet vielmehr, dass die Arbeitgeber der ausgenommenen Betriebe und die sie repräsentierenden Verbände eigene Tarifverträge abschließen können. Damit wird deren Tarifautonomie gesichert. 33

- dd) Ebenso wenig wird durch § 7 SokaSiG die negative Koalitionsfreiheit 34  
eingeschränkt. Soweit die gesetzliche Geltungserstreckung des VTV einen mit-  
telbaren Druck erzeugen sollte, um der größeren Einflussmöglichkeit willen Mit-  
glied einer der tarifvertragsschließenden Parteien zu werden, ist dieser Druck  
jedenfalls nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde  
(*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 52*).
- ee) Ein Eingriff in die Tarifautonomie ist im Übrigen jedenfalls gerechtfertigt. 35
- (1) Beeinträchtigungen der vorbehaltlos gewährleisteten Koalitionsfreiheit 36  
durch gesetzliche Regelungen können zugunsten der Grundrechte Dritter sowie  
sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und Gemeinwohlbelange  
gerechtfertigt werden. Sollen sie die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarif-  
autonomie herstellen und sichern, verfolgen sie einen legitimen Zweck. Der Ge-  
setzgeber hat die Rechtsinstitute und Normenkomplexe zu setzen, die dem  
Handeln der Koalitionen und insbesondere der Tarifautonomie Geltung ver-  
schaffen (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR  
2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 - Rn. 143 ff., BVerfGE 146, 71*). Er  
darf insbesondere die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem  
er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifvertragsparteien  
ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar  
zur Anwendung kommen (*BVerfG 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - Rn. 90,  
BVerfGE 116, 202; BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 47*).
- (2) Das Gesetz verfolgt einen legitimen Zweck. Es dient dazu, den Fort- 37  
bestand der Sozialkassenverfahren des Baugewerbes und damit die Funktions-  
fähigkeit des Systems der Tarifautonomie zu sichern, indem es die Anwendung  
der seit dem 1. Januar 2006 geltenden Verfahrenstarifverträge auf Nicht-  
verbandsmitglieder ausdehnt (*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 -  
Rn. 48 ff.; vgl. BT-Drs. 18/10631 S. 1, 647*). Darüber hinaus schafft es Be-  
dingungen für einen fairen Wettbewerb (*vgl. BAG 27. März 2019 - 10 AZR  
318/17 - Rn. 51; BT-Drs. 18/10631 S. 1, 648*).

- (3) Die Geltungserstreckung auf Außenseiter durch § 7 SokaSiG ist geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Verfassungsrechtlich bedarf es nur der Möglichkeit, dass der erstrebte Erfolg so gefördert werden kann, also die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Die Regelungen dürfen lediglich nicht von vornherein untauglich sein. Der Gesetzgeber hat auch hier einen Einschätzungsspielraum für die Beurteilung der tatsächlichen Grundlagen einer Regelung. Die Grenze liegt dort, wo sich deutlich erkennbar abzeichnet, dass eine Fehleinschätzung vorgelegen hat (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 - Rn. 159 mwN, BVerfGE 146, 71*). Dahingehende Anhaltspunkte sind nicht gegeben. 38
- (4) Aus Sicht des Senats bestehen keine Bedenken gegen die Erforderlichkeit von § 7 SokaSiG. 39
- (a) Für die Einschätzung, ob ein Gesetz erforderlich ist, verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. Daher können Maßnahmen, die er zum Schutz eines wichtigen Ziels für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisherigen Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten. Eine Regelung ist erforderlich, wenn jedenfalls kein eindeutig sachlich gleichwertiges, also zweifelsfrei gleich wirksames, die Grundrechtsberechtigten aber weniger beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung steht, um den mit dem Gesetz verfolgten Zweck zu erreichen. Nicht zu prüfen ist, ob es bessere Lösungen für die hinter einem Gesetz stehenden Probleme gibt (*vgl. BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 - Rn. 162, BVerfGE 146, 71; BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 49*). 40
- (b) Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass aufgrund der Entscheidungen des Senats vom 21. September 2016 (*- 10 ABR 33/15 - BAGE 156, 213; - 10 ABR 48/15 - BAGE 156, 289*) nicht nur Rückforderungsansprüche drohten, sondern auch der Einzug noch ausstehender Beiträge erschwert werde. Die ausnahmslose Heranziehung der Arbeitgeber Sorge für einen fairen 41

Wettbewerb (*BT-Drs. 18/10631 S. 1 ff., 647 ff.*). Das Gesetz beende bestehende Unsicherheiten hinsichtlich im Raum stehender Rückforderungsansprüche und stelle den aktuellen Beitragseinzug sicher (*BT-Drs. 18/10631 S. 649*).

(c) Aus Sicht des Senats hält sich diese Einschätzung in den Grenzen, die dem Gesetzgeber für die Beurteilung der Erforderlichkeit eröffnet sind. Das SokaSiG dient dazu, den Fortbestand der Sozialkassenverfahren des Baugewerbes zu sichern und Bedingungen für einen fairen Wettbewerb zu schaffen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Lasten von allen Arbeitgebern gemeinsam und solidarisch getragen werden. Da die Sozialkassen nicht auf Gewinnerzielung angelegt sind, müssen die Beiträge, auch für zurückliegende Zeiträume, gleichmäßig eingezogen werden. Das Gesetz ist zudem erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Solche träten ein, wenn Arbeitgeber die ordnungsgemäßen Meldungen unterlassen und nachträglich nicht dazu herangezogen werden könnten, Beiträge zu leisten (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 51*). 42

(5) Schließlich sind die mit § 7 SokaSiG verbundenen Belastungen zumutbar. Die mit § 7 SokaSiG bezweckte Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe sowie die Herstellung von Bedingungen für einen fairen Wettbewerb stehen im allgemeinen Interesse (*vgl. BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 59; BT-Drs. 18/10631 S. 1 f.*) und stellen einen gewichtigen Belang im Rahmen der durchzuführenden Abwägung dar. Demgegenüber wird die Tarifautonomie der vom SokaSiG erfassten Arbeitgeber und Verbände nur mit geringer Intensität beeinträchtigt. Der Gesetzgeber ist mit dem SokaSiG nur in einem Teilbereich der von den Tarifvertragsparteien regelbaren Materien rechtsetzend tätig geworden. Im Übrigen hat er die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien unberührt gelassen. 43

b) Die gesetzliche Geltungserstreckung auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber ist nach Auffassung des Senats mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit vereinbar (*vgl. BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 53 ff.*). Argumente, die zu einer anderen Beurteilung führten, hat der Beklagte nicht aufgezeigt. 44

- c) § 7 SokaSiG verstößt aus Sicht des Senats nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG. Das gilt nicht nur mit Blick auf den Ausschluss möglicher Rückforderungsansprüche (vgl. BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 56 ff.), sondern auch hinsichtlich der Beitragspflicht selbst. Ein möglicher Eingriff wäre jedenfalls gerechtfertigt (BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 54 ff. mwN). 45
- d) § 7 SokaSiG verletzt nach Auffassung des Senats nicht das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG geschützte Vertrauen tariffreier Arbeitgeber, von rückwirkenden Gesetzen nicht in unzulässiger Weise belastet zu werden (BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 68 ff.). Der gegenteiligen Auffassung des Beklagten stimmt der Senat nicht zu. 46
- aa) Der Beklagte musste wie alle Betroffenen mit der nachträglichen - gesetzlichen - Bestätigung der Beitragspflicht aufgrund der Verfahrenstarifverträge rechnen. Unerheblich ist sein Einwand, es sei unklar, auf welchen Fall zulässiger Rückwirkung sich der Gesetzgeber berufen wolle. Ob der Sachverhalt einer der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zugeordnet werden kann, ist unerheblich. Bei den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten, nicht abschließend definierten Fallgruppen handelt es sich um Typisierungen ausnahmsweise fehlenden Vertrauens in eine bestehende Gesetzeslage. Für die Frage, ob mit einer rückwirkenden Änderung der Rechtslage zu rechnen war, ist von Bedeutung, ob die bisherige Regelung bei objektiver Betrachtung geeignet war, ein Vertrauen der betroffenen Personengruppe auf ihren Fortbestand zu begründen (vgl. BVerfG 17. Dezember 2013 - 1 BvL 5/08 - Rn. 64, BVerfGE 135, 1). 47
- bb) Nach Auffassung des Senats hat der Gesetzgeber mit dem SokaSiG die in der Entscheidung vom 21. September 2016 (- 10 ABR 33/15 - BAGE 156, 213) festgestellten formellen Mängel geheilt. Sowohl die unterbliebene Beteiligung der Bundesministerin als auch die unzureichende Ermittlung der Schätzgrundlage zur Bestimmung der Großen Zahl stellen Verfahrensfehler dar. Deshalb hat der Senat nicht darüber befunden, ob die Allgemeinverbindlicherklärung selbst dann nicht hätte ergehen dürfen, wenn dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Rahmen der ihm obliegenden Prüfung genau zu diesem 48

Zweck aufbereitetes und als Schätzgrundlage verwertbares Datenmaterial vorgelegen hätte (*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 94 ff.*).

cc) Bis zum 20. September 2016 bestand keine Grundlage für ein Vertrauen auf die Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen des VTV in den Fassungen der Anlagen 32 bis 34 des SokaSiG, auf die § 7 Abs. 7 bis Abs. 9 SokaSiG verweist (*vgl. BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 77 ff.*). Beitragsklagen wurden nicht „durchgewinkt“. Vielmehr entsprach es der weit überwiegenden Rechtsansicht, dass diese Fassungen des VTV wirksam für allgemeinverbindlich erklärt worden waren. Die bei dem Beklagten und anderen in Anspruch genommenen Arbeitgebern gehegten Zweifel waren keine geeignete Grundlage für die Bildung von Vertrauen dahin, dass auf der Annahme der fehlenden Normwirkung der Verfahrenstarifverträge beruhenden Dispositionen nicht nachträglich die Grundlage entzogen werden würde (*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 79 ff.*). Das gilt auch, soweit der Beklagte geltend macht, angenommen zu haben, die Einhaltung des Quorums nach § 5 TVG aF sei nicht erfüllbar bzw. nicht nachweisbar. 49

dd) Der Beklagte beruft sich vergeblich darauf, die „Ersetzung“ der unwirksamen Allgemeinverbindlicherklärung durch eine gesetzliche Regelung sei nicht vorhersehbar gewesen. Dem Gesetzgeber steht die Wahl einer anderen Rechtsform als der in § 5 TVG geregelten Allgemeinverbindlicherklärung für die Erstreckung eines Tarifvertrags auf Außenseiter frei. Die Rechtsform ändert nichts an Inhalt und Ergebnis der Erwägungen zu der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (*BAG 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 51*). Ein Vertrauen, nur aufgrund einer wirksamen Allgemeinverbindlicherklärung in Anspruch genommen zu werden, ist daher nicht schutzwürdig. 50

5. Aus Sicht des Senats entfällt die Beitragspflicht des Beklagten nicht deshalb, weil die Anwendung des SokaSiG auf den konkreten Einzelfall mit Grundrechten unvereinbar wäre. 51

a) Der Beklagte beruft sich darauf, der Kläger habe ihn zur Zahlung von Beiträgen herangezogen, während er bei anderen Arbeitgebern trotz vergleich- 52

barer Sachverhalte davon abgesehen habe. Der Kläger habe sein Beurteilungsermessen damit ausgeübt und sei auch ihm gegenüber gebunden.

b) Dieser Einwand einschließlich der zugrunde liegenden Tatsachen wurde erstmals in der Revisionsbegründung vorgebracht. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts enthält dazu keine ausdrücklichen Feststellungen. In den im Urteil in Bezug genommenen Schriftsätzen des Beklagten sowie in der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht findet sich ebenfalls kein dahingehender Vortrag. Damit handelt es sich um neuen Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz, der nach § 72 Abs. 5 ArbGG, § 559 ZPO nicht zu berücksichtigen ist (*BAG 25. September 2013 - 5 AZR 617/13 (F) - Rn. 3*). 53

c) Selbst wenn der Vortrag berücksichtigt würde, folgte daraus kein anderes Ergebnis. Der Beklagte könnte wegen einer unterbliebenen Inanspruchnahme anderer Arbeitgeber nicht für sich reklamieren, ebenfalls nicht zur Beitragszahlung herangezogen zu werden. Dies liegt schon daran, dass er die Vergleichsgruppe und die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Vergleichbarkeit ergeben soll, nicht hinreichend substantiiert darlegt. 54

Jedenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern sich der Beklagte auf eine Praxis des Klägers, bestimmte Arbeitgeber nicht zur Zahlung von Beiträgen heranzuziehen, obwohl sie nach dem VTV dazu verpflichtet wären, berufen könnte. Art. 3 Abs. 1 GG vermittelt keinen Anspruch auf Anwendung einer rechtswidrigen „Verwaltungspraxis“. Insoweit gibt es keine „Gleichheit im Unrecht“ (*BVerfG 28. Juni 1993 - 1 BvR 390/89 - Rn. 13*). 55

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, §§ 97, 269 Abs. 3, § 344 ZPO. 56

1. Die Kosten der ersten und zweiten Instanz sind verhältnismäßig nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu teilen. Soweit der Kläger die Klage zurückgenommen hat, hat er die Kosten neben denen zu tragen, die durch seine Säumnis veranlasst wurden. Im Übrigen hat der Beklagte die Kosten erster und zweiter Instanz zu tragen. Die Kosten der Revision fallen dem Beklagten zur Last. 57

2. Die Kostenentscheidung des Landesarbeitsgerichts kann nach § 308 Abs. 2 ZPO durch den Senat auch ohne entsprechende Anträge der Parteien und unabhängig davon, dass der Kläger weder Revision eingelegt hat noch das Rechtsmittel wirksam hat einlegen können (§ 99 Abs. 1 ZPO), abgeändert werden. Ist das Rechtsmittelgericht zur Entscheidung über ein zulässiges Rechtsmittel befugt, hat es über die Kosten von Amts wegen und ohne entsprechende Parteianträge zu entscheiden. Dabei besteht auch die Möglichkeit einer - vom Rechtsmittelkläger aus gesehen - verschlechternden Abänderung der Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils (*BAG 16. Oktober 1974 - 4 AZR 29/74 - zu VII der Gründe, BAGE 26, 320; BGH 9. Februar 1993 - XI ZR 88/92 - zu IV der Gründe; Zöller/Heßler ZPO 32. Aufl. § 528 Rn. 35*). 58

Gallner

Brune

Pessinger

A. Effenberger

Frese