IV. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten in den Tarifverträgen der SOKA-BAU

1. Unmittelbare Grundrechtsbindung bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, Art. 1 Abs. 3 GG

Zunächst ist auf die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien einzugehen. Nach § 1, § 4 Abs. 1 TVG setzen die Tarifvertragsparteien Rechtsnormen, die Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen betreffen können. Nachdem das BAG bei dieser Normsetzungsbefugnis zunächst sogar von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien ausging,[94] hat es sich dann dem Standpunkt angeschlossen, dass die Tarifvertragsparteien als nichtstaatliche Akteure mittelbar grundrechtsgebunden sind.[95] Neuerdings wird auch der Schutzauftrag der Verfassung betont, der eine Kontrolle tarifvertraglicher Regelsetzung am allgemeinen Gleichheitssatz gebietet.[96]

Bis heute existieren unterschiedliche dogmatische Konzepte zur Herleitung der Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien.[97] Zuletzt hat das BVerfG für den Bereich nicht-allgemeinverbindlicher Tarifverträge die Maßstäbe für die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes konkretisiert. Danach schützt das Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG die Mitglieder der Tarifvertragsparteien vor den mit der verbindlichen Wirkung verbundenen Freiheitsgefährdungen, indem bei der Tarifnormsetzung

94 Grundlegend bereits BAG 15.1.1955, 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, 686 f.; dieser Entscheidung folgend BAG 23.3.1957, 1 AZR 64/56, BAGE 4, 133; BAG 23.1.1992, 2 AZR 470/91, NZA 1992, 739, 740; BAG 27.1.2000, 6 AZR 471/98, NZA 2001, 41, 43.

95 BAG 27.5.2004, 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401; BAG 27.6.2018, 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344, 1347; BAG 9.12.2020, 10 AZR 334/20, NZA 2021, 1110, 1114. Zur Entwicklung *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 9. Auflage 2023, Einleitung B. Rn. 301 ff.

96 BAG 19.12.2019, 6 AZR 59/19, NZA 2020, 732 f.; BAG 9.12.2020, 10 AZR 334/20, NZA 2021, 1110; BAG 23.8.2023, 10 AZR 384/20, NZA 2023, 1470, 1471 f.

97 *Lobinger* RdA 2024, 69; *Jacobs*, RdA 2023, 9; *Jacobs/Frieling*, SR 2019, 108, 110 ff.; *Ulber/Klocke*, RdA 2021, 178, 181 f. *Franzen* in: ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, § 1 TVG, Rn. 11 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, Rn. 663; *Bayreuther*, NZA 2019, 1684, 1686; *Gornik*, NZA 2012, 1399, 1403 f.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedenfalls der allgemeine Gleichheitssatz grundsätzlich zu achten ist. Zugleich erfordert die Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz aber auch die Berücksichtigung des Zwecks der Koalitionsfreiheit, eine grundsätzlich autonome Aushandlung der Tarifregelungen zu berücksichtigen. Deshalb vertritt das BVerfG hier eine begrenzte richterliche Kontrolldichte. Wie weit die Gestaltungsspielräume der Tarifvertragsparteien im Einzelnen reichen, ist insbesondere abhängig von Regelungsgegenstand, Komplexität der Materie, den betroffenen Grundrechten sowie der Art und dem Gewicht der Auswirkungen für die Tarifgebundenen. Laut BVerfG gehen die Spielräume der Tarifvertragsparteien umso weiter, je näher die geregelten Sachverhalte am Kernbereich von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegen. Bei Tarifnormen, deren Gehalte im Kernbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegen und bei denen spezifische Schutzbedarfe nicht erkennbar sind, belässt es das BVerfG bei einer Willkürkontrolle.[98]

Da die hiesige Untersuchung allgemeinverbindliche Tarifverträge betrifft, greifen die genannten Prüfungsmaßstäbe jedoch nicht ein. Die relevanten Tarifverträge, nämlich der BRTV, der TZA BAU und der VTV, sind allgemeinverbindlich gemäß § 5 TVG.[99] Die Allgemeinverbindlicherklärung ist in § 5 Abs. 1, Abs. 6 TVG als hoheitlicher Akt ausgestaltet, der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) oder von einer diesbezüglich ermächtigten obersten Landesbehörde, also einem Landesarbeitsministerium, vorzunehmen ist. Als Akt der staatlichen Gewalt ist die Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an den Grundrechten zu messen[100] und unterliegt somit auch einer uneingeschränkten Kontrolle nach Maßgabe des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG.[101] Deshalb kann ein Tarifvertrag nicht für allgemeinver-

98 BVerfG 11.12.2024, 1 BvR 1109/21, NZA 2025, 492; vgl. *Giesen* RdA 2026, 37 (40 ff.)..

99 Siehe das Verzeichnis des BMAS der allgemeinverbindlichen Tarifverträge, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/ave-verzeichnis.pdf?__blob=publicationFile&v=27 (Stand 1.1.2026, letzter Abruf 20.2.2026).

100 BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 (21); *Franzen* in: ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, § 5 TVG Rn. 18; *Lakies/Rödl* in Däubler, Kommentar zum TVG, 5. Aufl. 2022, § 5 TVG Rn. 51; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2001, S.177.

101 *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 5 Rn. 146; *Grzeszick*, NZA 2021, 757, 759; BAG 28.8.2019, 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732, 1735.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bindlich erklärt werden, der eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung verschiedener Arbeitnehmergruppen enthält.[102]

Zwar wird darüber diskutiert, ob die Grundrechtsgeltung für allgemeinverbindliche Tarifverträge zu einem divergierenden verfassungsrechtlichen Schutzniveau führt. Das bedeutet, dass bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Tarifvertragsregelungen, wenn die Arbeitsverhältnisse tarifgebundener Arbeitsvertragsparteien normiert werden, ein großzügigerer Prüfmaßstab anzulegen ist als dann, wenn die Arbeitsverhältnisse nichttarifgebundener Arbeitsvertragsparteien normiert werden, die hoheitlich nach § 5 Abs. 4 TVG der Tarifgeltung unterworfen sind.[103]

Für die nachfolgende rechtliche Prüfung ist diese Frage aber irrelevant. Zum einen ist – wie gesehen – gerade mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG anerkannt, dass Tarifverträge am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen sind, wobei die zurückgesetzte Kontrolldichte mittelbarer Grundrechtsbindung insbesondere in Form der Einschätzungsprärogative und des Gestaltungsspielraums zu achten ist. Zum anderen wird sich der Gleichheitsverstoß gerade in Bezug auf Außenseiter manifestieren, für die – aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung – ohnehin keine zurückgenommene Kontrolldichte in Betracht kommt. Schließlich wird sich zeigen, dass die Tarifvertragsparteien auch ihren Ermessens- und Gestaltungsspielraum verletzt haben, also ohnehin die verfassungsrechtlichen Grenzen aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht wahren.

2. Die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten als Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

a. Die Entscheidung des BVerfG zu § 622 Abs. 2 BGB a.F. aus dem Jahr 1990

Grundlegend für die weitere Betrachtung sind zunächst die Ausführungen des BVerfG zur Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch die Regelung des § 622 Abs. 2 BGB a.F. Nachdem das Gericht in den für Arbeiter und Angestellte unterschiedlichen Kündigungsfristen eine Ungleichbehandlung

102 *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 9. Auflage 2023, Einleitung B. Rn. 383. Zu den Rechtsfolgen des Verfassungsverstoßes bei Verletzung des Gleichheitsgrundsatz näher unter IV 4; BVerfG 11.12.2024, 1 BvR 1109/21, NZA 2025, 492, Rn. 198 ff.

103 So *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 9. Auflage 2023, Einleitung B. Rn. 384; verneinend *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 669; *Grzeszick*, NZA 2021, 757, 759; offengelassen von BAG 15.7.2020, 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644, 1647.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

feststellt, prüft es deren mögliche Rechtfertigung. Dabei verfolgt es zwei Argumentationsstränge: Erstens fehle es an einer Korrelation von Unterschieden zwischen Arbeitern und Angestellten einerseits und den für sie angeordneten verschiedenen Kündigungsfristen andererseits – es mangele demnach am notwendigen Legitimationszusammenhang zwischen Verschiedenheit und Ungleichbehandlung. Zweitens könnten einzelne Unterscheidungsmerkmale ungleiche Fristen zwar rechtfertigen, dies erfolge aber zu pauschal für Arbeiter und Angestellte.[104]

Hierbei ist es nach Ansicht des BVerfG unerheblich, ob Angestellte überwiegend geistige und Arbeiter überwiegend körperliche Arbeit verrichten. Darin könne kein Grund für die ungleiche Behandlung bei den Kündigungsfristen liegen, da Kopf- und Handarbeiter denselben Schutz bei Verlust des Arbeitsplatzes verdienten.[105] Auch erteilt das BVerfG Unterstellungen über in Arbeiter- und Angestelltenkreisen verschiedene Mentalitäten oder Wünsche nach längeren Kündigungsfristen eine Absage: Sie sind nicht rechtfertigungsrelevant.[106] Zudem verdienten Angestellten keinen höheren Schutz vor Arbeitslosigkeit, weil ein Teil von ihnen mit akademischer Ausbildung später ins Erwerbsleben eintrete oder – nach dem damaligen statistischen Befund – später weniger lang arbeitslos werde. Das BVerfG weist auf das längst veränderte Leitbild hin, nach welchem Angestellte oft ebenfalls „einfache Tätigkeiten" ohne große Vorbildung oder herausgehobene Qualifikation verrichten. An dieser Stelle, so das BVerfG, sei eine Pauschalierung und Typisierung zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht angezeigt, da etwaige Schwierigkeiten bei der Stellensuche allenfalls einen Teil der Angestellten beträfen. Solche Typisierungen seien nicht mehr hinzunehmen, wenn eine größere Zahl von Betroffenen stärker belastet werde, so wie dies hier bei den pauschal erfassten Arbeitern der Fall sei.[107]

Schließlich setzt sich das BVerfG mit dem Argument auseinander, dass der Arbeitgeber in der Lage sein müsste, im produktiven Bereich schneller Personal zu entlassen.[108] Grundsätzlich, so das Gericht, könnten „funktions- oder auch betriebsspezifische Interessen der Arbeitgeber an größerer personalwirtschaftlicher Beweglichkeit" verkürzte Kündigungsfristen ermöglichen. Konjunktureinbrüche würden sich möglicherweise rascher in der „Produktion als im administrativen Bereich" auswirken. An dieser

104 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721.
105 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 722.
106 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 722.
107 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 722 f.
108 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 723.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stelle habe der Normgeber einen Einschätzungsspielraum zur Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten.[109] Hierzu erklärt das BVerfG aber einschränkend: „Auch dieser rechtfertigende Grund für die ungleichen Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten hat jedoch im Laufe der Entwicklung seine Unterscheidungskraft verloren. Früher mag es richtig gewesen sein, das Tätigkeitsfeld des Arbeiters mit dem produktiven Sektor weitgehend gleichzusetzen. Heute trifft das jedoch nicht mehr zu", denn „keineswegs alle Arbeiter stehen im Produktionsprozess".[110] Damit pauschaliere die Regelung in § 622 Abs. 2 a.F. BGB zu stark. Hierzu sei bereits an dieser Stelle ergänzt: Dies sind Ausführungen des BVerfG aus dem Jahr 1990 – die fehlende Unterscheidungskraft der Einordnung von Arbeitern und Angestellten ist heute, 35 Jahre später, offensichtlich.

Im Übrigen – so das BVerfG – könne das Flexibilisierungsargument die Ungleichbehandlung allenfalls in Bezug auf betriebsbedingte Kündigungen rechtfertigen, nicht jedoch unterschiedslos bei allen Kündigungen.[111]

b. Folgejudikatur des BAG und des BVerfG zur Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten

Die dargestellte Entscheidung des BVerfG manifestiert eine grundlegende Positionierung der Rechtsprechung, nach welcher es spätestens seit 1990 grundsätzlich nicht mehr möglich ist, zwischen Arbeitern und Angestellten zu differenzieren.[112] Mittlerweile gilt folgendes: Ausgehend von dem Grundsatz, dass Kopf- und Handarbeiter bei Arbeitsplatzverlust gleichermaßen zu schützen sind, bedarf es sachlicher Gründe zur Ungleichbehandlung. Diese Gründe sind nicht in einer Statusunterscheidung von Arbeitern und Angestellten zu suchen, sondern allenfalls in unterschiedlichen Qualifikationen und Ausbildungen oder einer Tätigkeit im Produktionssektor, sofern dort eine erhöhte personalwirtschaftliche Flexibilität erforderlich ist.[113] Das BAG erkennt dies ebenfalls an, indem es Ungleichbehandlungen

109 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 723.
110 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 723.
111 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 723.
112 Siehe bereits BVerfG 16.11.1982, 1 BvL 16/75, AP BGB § 622 Nr. 16; BAG 25.1.1984, 5 AZR 89/92, NZA 1984, 326, 327; *Simon/Hinderlich*, NZA 1987, S. 623 ff.; *Bepler*, NZA-Sonderbeilage 18/2004, S. 3, 4 f.; *Hanau/*Kania, Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes, 1994, S. 27; *Linck* in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 21. Auflage 2025, § 112 Rn. 18.
113 *Müller-Glöge* in: ErfK zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, § 622 BGB, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zulässt, wenn sie sich etwa aufgrund branchenspezifischer Besonderheiten erklären lassen. Beispiele sind erhöhte produkt-, mode-, witterungs- oder saisonbedingte Auftragsschwankungen, durch die kürzere Kündigungsfristen insbesondere in den ersten sechs Monaten gerechtfertigt sein können.[114]

Auch jenseits der Regeln über Kündigungsfristen ist die Unzulässigkeit der Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten inzwischen allgemeiner Konsens. So erklärte das BAG kurz nach der BVerfG-Entscheidung die Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten bei außertariflich gezahlten Sicherheitszulagen für unzulässig, wenn beide Gruppen den betrieblichen Sicherheitsvorschriften unterfallen.[115] Für die Gewährung solcher sozialer Nebenleistungen bedarf es einer besonderen Zwecksetzung der Leistung, die eine unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten legitimieren kann. Das BAG billigte daher die Zahlung einer Sondervergütung nur an Angestellte, um Benachteiligungen bei der Zahlung übertariflicher Zulagen an Arbeiter auszugleichen.[116] Fehlt es an einer solchen Zwecksetzung, müssen beide Gruppen die gleiche Leistung erhalten, wie beispielsweise die Zahlung eines Urlaubsgeldes.[117] Die sachliche Rechtfertigung hängt dabei nicht von der Zugehörigkeit zur Gruppe der Arbeiter oder zur Gruppe der Angestellten ab.[118]

Demgemäß hob das BVerfG eine Entscheidung des BAG[119] auf, in der die auf Arbeiter beschränkte Kürzung des 13. Monatsgehalts wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten zugelassen worden war.[120] Nach Auffassung des BVerfG widersprach eine solche Kürzung nur für Arbeiter den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG.[121] Ein sachlicher Grund zur Differenzierung läge nicht in einem höheren Krankenstand der Arbeiter, solange nicht auszuschließen wäre, dass der hohe Krankenstand auf gesundheitsschädlichen Arbeitsbedingungen beruhte.[122] Wenn also krankheitsbedingte Fehltage gerade auf das höhere Risiko der körperlichen Arbeit zurückzuführen wären, dürfte ein solcher Umstand nicht auch noch nachteilig für die Arbeiter berücksichtigt werden.[123]

---

114 BAG 2.4.1992, 2 AZR 516/91, AP BGB § 622 Nr. 38.
115 BAG 17.12.1992, 10 AZR 306/91, NZA 1993, 691, 692.
116 BAG 30.3.1994, 10 AZR 681/92, NZA 1994, 786, 787.
117 BAG 8.8.2000, 9 AZR 517/99, juris.
118 BAG 8.8.2000, 9 AZR 517/99, juris.
119 BAG 19.4.1995,10 AZR 136/94, NZA 1996, 133.
120 BVerfG 1.9.1997, 1 BvR 1929/95, NZA 1997, 1339.
121 BVerfG 1.9.1997, 1 BvR 1929/95, NZA 1997, 1339.
122 BVerfG 1.9.1997, 1 BvR 1929/95, NZA 1997, 1339, 1340.
123 BVerfG 1.9.1997, 1 BvR 1929/95, NZA 1997, 1339, 1340.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In einem anderen Fall erkannte das BAG – bei Prüfung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes – den Wunsch des Arbeitgebers an, eine stärkere Bindung der Angestellten an das Unternehmen durch die Zahlung einer (höheren) Gratifikation erreichen zu wollen, wenn das einem objektiven, wirklichen Bedürfnis entspricht, beispielsweise bei übertariflichen Jahressonderzahlungen im Gastronomiebereich.[124] Mit umgekehrter Argumentation rechtfertigte es das BAG, dass ein anteiliges 13. Monatseinkommen nicht an Arbeiter gezahlt werden müsse, sofern diese mittels Eigenkündigung vor dem 30. November des laufenden Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausschieden. Damit, so das BAG, sollte Eigenkündigungen von Arbeitern vor dem Stichtag stärker entgegengewirkt werden als Eigenkündigungen von Angestellten.[125] Im Gegensatz zum Wunsch des Arbeitgebers, Angestellte stärker an das Unternehmen zu binden,[126] bestand hier der Wunsch nach einer stärkeren Arbeiterbindung.

Sofern der Arbeitgeber damit argumentiert, Arbeiter oder Angestellte jeweils stärker an sein Unternehmen oder seinen Betrieb zu binden, hat er dies, bezogen auf sein Unternehmen oder seinen Betrieb, näher darzulegen. Er muss also beispielsweise erklären, aus welchen Gründen eine stärkere Bindung nur der Angestellten einem objektiven Bedürfnis entspricht.[127] Ein rechtfertigender Grund ist nicht anzuerkennen, wenn lediglich anlässlich des Weihnachtsfestes eine Honorierung erfolgen soll und dieser Zweck beide Arbeitnehmergruppen gleichermaßen betrifft.[128]

Zudem übertrug das BAG die Grundsätze aus der Entscheidung des BVerfG zu § 622 Abs. 2 BGB a.F. auf die betriebliche Altersversorgung und lehnte auch in diesem Bereich die Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten ab.[129] Der einzige Grund für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung konnte hiernach darin liegen, dass die beiden Gruppen aufgrund des gesetzlichen Rentenversicherungsrechts ungleich behandelt werden – was in der Vergangenheit tatsächlich der Fall war (s. oben III

124 BAG 19.3.2003, 10 AZR 365/02, NZA 2003, 724, 725.
125 BAG 18.10.2000, 10 AZR 503/99, AP Nr. 235 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.
126 Wie im Fall BAG 19.3.2003, 10 AZR 365/02, NZA 2003, 724.
127 BAG 12.10.2005, 10 AZR 640/04, NZA 2005, 1418, 1419.
128 BAG 12.10.2005, 10 AZR 640/04, NZA 2005, 1418, 1419.
129 BAG 10.12.2002, 3 AZR 302, NZA 2004, 321, 325; BAG 16.2.2010, 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701, 705 f.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2 a.).[130] Da aber auch dieser Gesichtspunkt im konkreten Fall nicht durchgriff, erklärte das BAG die Ungleichbehandlung für unzulässig.[131]

Auf Basis dieser Grundsätze konnte das BAG eine tarifliche Regelung, die zu für Arbeiter und Angestellte „gruppenspezifisch unterschiedlich ausgestalteten Vergütungssystemen" führte, als mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar erklären.[132] Dies beruhte darauf, dass die betreffenden Einordnungen ausschließlich als Merkmale für die tarifvertragliche Eingruppierung dienten.[133] Im Übrigen wurden Arbeiter und Angestellte gleichbehandelt, weil die Zuordnung zu den einzelnen Versorgungsgruppen der durchschnittlichen Vergütungshöhe entsprach, die für beide Arbeitnehmergruppen in gleicher Weise berücksichtigt wurde.[134]

Zusammengefasst ist der Rechtsprechung seit 1990 zu entnehmen, dass eine Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten prinzipiell nicht zulässig sein kann. Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung kommt nur in Betracht, wenn ein sachlicher Grund hierfür besteht. Dabei muss der Grund der Differenzierung gerade aus der Unterschiedlichkeit von Arbeitern und Angestellten folgen. Es bedarf eines Legitimationszusammenhangs, also einer Korrelation von Unterschieden zwischen Arbeitern und Angestellten einerseits und den für sie angeordneten verschiedenen Regelungen andererseits. Auf dieser Grundlage kann die Einordnung als Arbeiter oder Angestellter ein (Hilfs-)Kriterium bei der Bildung von Entgeltgruppen sein, also der Umschreibung der zu vergütenden Arbeitstätigkeit dienen – sofern im Übrigen hiermit keine weitere Ungleichbehandlung verbunden ist. Trotz weit reichendem Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Regelungsgebers ist deshalb eine generelle Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten zu pauschal.

Vor diesem Hintergrund ist die Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten durch die Tarifverträge der SOKA-BAU nicht zu legitimieren. Im Folgenden ist der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Einzelnen aufzuzeigen.

---

130 BAG 16.2.2010, 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701, 705.

131 BAG 16.2.2010, 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701, 705 f.

132 BAG 10.11.2015, 3 AZR 575/14, NZA-RR 2016, 204. In diesem Sinne bereits BAG 22.12.2009, 3 AZR 895/07, NZA 2010, 521.

133 BAG 10.11.2015, 3 AZR 575/14, NZA-RR 2016, 204, 206, weist darauf hin, dass die Vergütungssysteme aus der Zeit vor den ERA-Abkommen stammen. Heutzutage würde eine Ungleichbehandlung zwischen Arbeitern und Angestellten durch diese vermieden.

134 BAG 10.11.2015, 3 AZR 575/14, NZA-RR 2016. 204, 207.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten durch die Tarifverträge der SOKA-BAU

Ein Gleichheitsverstoß setzt voraus, dass vergleichbare Sachverhalte, Gruppen oder Personen in wesentlicher Hinsicht ungleich oder wesentlich unterschiedliche Sachverhalte, Gruppen oder Personen gleichbehandelt werden.[135] Der Gesetzgeber hat bei Abschaffung der gesetzlichen Regelungen im Arbeits- und Sozialrecht[136] mehrfach gezeigt, dass Arbeiter und Angestellte als Gruppen von Arbeitnehmern grundsätzlich gleich zu behandeln sind.

Wie gesehen,[137] enthalten die Regelungen im BRTV, im Rahmentarifvertrag für Angestellte und Poliere, im TZA Bau und im VTV vielfache Ungleichbehandlungen von Arbeitern und Angestellten: Die wesentlichen Ungleichbehandlungen bestehen bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der Gehaltsfortzahlung im Todesfall bzw. der Zahlung eines Sterbegeldes, bei den Kündigungsfristen, beim Urlaub sowie bei der Zusatzversorgung aufgrund ungleicher Beitragszusagen.[138]

a. Zum Maßstab der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen

Zum verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG wurde bereits oben IV 1. Stellung genommen. Im Folgenden geht es um die demnach erforderliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.

Für die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf staatliches Recht hat die Verfassungsgerichtsbarkeit unterschiedliche Ansätze entwickelt. Nach der Willkürformel verbietet es der Gleichheitssatz, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich (und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich) zu behandeln."[139] Das ist der Fall, wenn „sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache oder sonst wie einleuchtender Grund" nicht finden

135 *Schmidt/Ahrendt* in: ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, Art. 3 GG, Rn. 33.
136 Oben unter III.
137 Oben unter I 2.
138 Im Einzelnen oben I 2.
139 BVerfG 23.10.1951, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 52; BVerfG 30.9.1987, 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256, 329; BVerfG 7.11.1995, 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319, 348; BVerfG 7.11.2006, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, Rn. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lässt[140] bzw. die Regelung bei einer „am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise" als willkürlich erscheint.[141] Nach der so genannten „neuen Formel" darf „der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe von Normadressaten nur dann ungleich behandeln, wenn zwischen beiden Gruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen."[142] Wann nun jeweils die eine und wann die andere Formel zur Anwendung gelangt, ist in der Literatur umstritten.[143] Eine wesentliche Abgrenzung findet sich jedoch in der Trennung einerseits der unterschiedlichen Behandlung von Personengruppen und andererseits derjenigen von Lebenssachverhalten. Danach gelangt die neue Formel zur Anwendung, wenn es um eine Verschiedenbehandlung von Personengruppen geht, nicht aber bei einer Verschiedenbehandlung von Lebenssachverhalten.[144]

Wie auch immer man zur Anwendung der einen oder der anderen Formel stehen mag, bedarf es jedenfalls eines sachlich vertretbaren Grundes für die getroffene Unterscheidung.[145] Deshalb wird Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn zwei Personengruppen eine unterschiedliche Behandlung erfahren, obwohl zwischen ihnen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen wäre.[146] Mit Blick auf die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit muss in einem Tarifvertrag nicht die „zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung" normiert werden.[147] Die Tarifvertragsparteien sind jedoch gehalten, bestehende Gleichheiten und auch Ungleichheiten hinreichend zu beachten.[148] Ein tarifvertragsübergreifender Gleichheitsverstoß ist anzunehmen, wenn dieselben Tarifvertragsparteien für verschiede-

140 BVerfG 12.10.1976, 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 374, S. 388; BVerfG 6.11.1984, 2 BvL 16/83, BVerfGE 68, 237, 250.
141 BVerfG 10.2.1987, 1 BvL 18/81, BVerfGE 74, 182, 200.
142 BVerfG 7.10.1980, 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72, 88; BVerfG 4.5.1982, 1 BvL 26/77, BVerfGE 60, 329, 346; BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, BVerfGE 82, 126, 146; BVerfG 6.3.2002, 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Rn. 134.
143 Vgl. *Wollenschläger* in Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Rn. 89 ff.; *Bryde/Kleindiek*, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, S. 36, S. 38 ff.
144 *Bryde/Kleindiek*, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, S. 36, S. 39-40.
145 BAG 23.2.2021, 3 AZR 618/19, NZA 2021, 1786.
146 BAG 4.8.2015, 3 AZR 508/13, NZA-RR 2016, 30, 32 f.
147 BAG 19.12.2019, 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734, 735 f.
148 BAG 4.8.2015, 3 AZR 508/13, NZA-RR 2016, 30.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne Arbeitnehmergruppen derselben Branche oder Berufsgruppe jeweils verschiedene eigenständige Tarifverträge schließen.[149]

b. Differenzierungsgründe und Differenzierungsmerkmale

Ungleichbehandlungen bedürfen demnach der Rechtfertigung durch ein legitimes Regelungsziel. Dabei ist zu fragen, ob das Ziel der Ungleichbehandlung aufgrund des verwendeten Differenzierungsmerkmals erreicht werden kann. Der Differenzierungsgrund muss in einem sachgerechten Zusammenhang zu den Differenzierungsfolgen stehen.[150]

Die Ungleichbehandlungen in den Tarifverträgen der SOKA-BAU führen unmittelbar zur Benachteiligung der Arbeitnehmer, wenn sie nicht der Gruppe der Angestellten, sondern der Gruppe der Arbeiter angehören. Die Tarifverträge der SOKA-BAU behalten damit das Gruppenprinzip bei, welches von der Rechtsprechung und vom Gesetzgeber nicht nur aufgegeben, sondern als verfassungswidrig erkannt worden ist.[151] Gerade für die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge der SOKA-BAU bedarf es daher eines legitimen Sachgrunds, aus dem immer noch am Gruppenprinzip festzuhalten ist.

Als Gründe für die Differenzierungen in den Tarifverträgen der SOKA-BAU werden die besonderen Bedingungen der Baubranche angeführt. Es heißt, hier komme es aufgrund witterungsbedingter Ausfallzeiten zu höherer Fluktuation, dies sei verbunden mit kürzeren Arbeitsverhältnissen, sowie – daraus folgend – drohenden Versorgungslücken im Alter.[152]

Prinzipiell könnte man annehmen, dass die genannten Punkte als sachliche Gründe für ungleiche Tarifvertragsregelungen einzuordnen sind, sofern sie sich auf die betreffenden Arbeitsverhältnisse unterschiedlich auswirken. Es gibt aber keine Anzeichen dafür, dass hieraus eine branchenweit geltende Gruppendifferenzierung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte hergeleitet werden könnte. Es ist nicht erkennbar, inwieweit witterungsbedingte Ausfallzeiten und höhere Fluktuation branchenweit mit der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten zusammenhängen. Mit anderen Worten: Bereits die der Gruppenzuordnung zugrundeliegenden

149 *Schmidt/Ahrendt* in: ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, Art. 3 GG, Rn. 44.
150 *Schmidt/Ahrendt* in: ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, Art. 3 GG, Rn. 21 f.
151 Oben III.
152 https://www.soka-bau.de/ueber-uns (letzter Abruf 20.2.2026); *Scheele*, NZA-Beilage 2010, 3, 4; *Greiner*, NZA 2017, 98, 102 *Grzeszick*, NZA 2021, 757, 762

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Merkmale, nach denen die Arbeitnehmerschaft in Arbeiter oder Angestellte eingeteilt wird, sind nicht nachzuvollziehen. Deshalb soll im Folgenden zunächst gefragt werden, ob die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten heute überhaupt noch rechtssicher zu handhaben ist.

c. Fehlende Handhabbarkeit der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten

Die SOKA-BAU-Tarifverträge definieren Arbeiter und Angestellte nicht. Es wird von einem vorgefundenen Verständnis ausgegangen, nach welchem der Unterscheidung die Erkenntnis zugrunde liegen soll, dass Arbeiter überwiegend körperliche Handarbeit verrichten, während Angestellte überwiegend geistige Kopfarbeit leisten.[153] Die Verkehrsanschauung stellt auf die Natur der ausgeübten Tätigkeit ab.[154] Dabei kommen vornehmlich historisch bedingte Zuordnungen von Arbeitnehmern in die eine oder in die andere Gruppe zum Tragen.[155] Es gab und gibt keine umfassende oder abschließende Regelung zur Abgrenzung von Arbeitern und Angestellten.

In der früheren Rechtsprechung wurde für die diesbezügliche Unterscheidung eine fünfstufige Prüfung entwickelt. Dabei orientierte sich das BAG[156] an der Judikatur des BSG[157] zu § 133 Abs. 2 SGB VI a.F.:

– In einem ersten Schritt wurde geprüft, ob der Beschäftigte zu einer der in § 133 Abs. 2 SGB VI a.F. genannten Fallgruppen gehört.[158]

---

153 https://www.soka-bau.de/soka-bau-a-z/arbeitnehmer-angestellte-und-auszubildende (letzter Abruf 20.2.2026).

154 *Preis* in: ErfK zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, § 611a Rn. 121.

155 *Hromadka*, RdA 2015, 65 ff.

156 BAG 21.8.2003, 8 AZR 430/02, AP Nr.185 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; BAG 4.9.1996, 4 AZR 168/95, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bergbau; BAG 4.8.1993, 4 AZR 515/92, AP Nr. 1 zu § 1 BAT.

157 BSG 11.12.1987, 12 RK 6/86, SozR 2400 § 3 Nr. 6; BSG 9.12.1982, 12 RK 6/82, SozR 2400 § 3 Nr. 5; BSG 24.10.1978, 12 RK 60/76, BSGE 47, 106.

158 § 133 Abs. 2 SGB VI lautete in der Fassung des Rentenreformgesetzes 1992 (BGBl. I 1989, 2261) bis zu seiner Aufhebung (BGBl. I 2004, S. 3242) wie folgt:
„Angestellte sind insbesondere
1. Angestellte in leitender Stellung,
2. technische Angestellte in Betrieb, Büro und Verwaltung, Werkmeister und andere Angestellte in einer ähnlich gehobenen oder höheren Stellung,
3. Büroangestellte, soweit sie nicht ausschließlich mit Botengängen, Reinigen, Aufräumen oder ähnlichen Arbeiten beschäftigt werden, einschließlich Werkstattschreibern,

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- War dem nicht so, orientierte man sich am Berufsgruppenkatalog des Reichsarbeitsministers vom 8.3.1924[159] in der Fassung der Verordnungen vom 4.2.1927 und vom 15.7.1927.[160]
- Konnte auch so kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden, berücksichtigte man die Verkehrsanschauung. In der tariflichen Zuweisung von Tätigkeiten als Angestellten- oder Arbeitertätigkeit sah man ein Indiz für die zugrundeliegende Verkehrsanschauung, auch wenn dem kein Automatismus innewohnen sollte.
- Erst dann grenzte man danach ab, ob überwiegend geistige oder überwiegend körperliche Arbeit geleistet wurde.
- Konnte auch dies kein Ergebnis liefern, berücksichtigte man den übereinstimmenden Willen der Vertragspartner.[161]

Immer wieder stritt man über die Zuordnung einer Tätigkeit im Einzelfall.[162] Im technischen Bereich ordnete man leitende Aufgaben eher Angestellten zu, die „Ausführung der Arbeit" eher Arbeitern, ohne genau zu wissen, ab wann diese „Ausführung" beginnt.[163] Auch das genaue Verhältnis von geistiger und körperlicher Arbeit bei häufiger gemischter Tätigkeit enthielt Konfliktpotenzial. So wusste man nicht recht, ob die Tätigkeit eines Hausmeisters Arbeiter- oder Angestelltentätigkeit war oder ob man dies vom Maß der eigenen körperlichen Arbeit im Verhältnis zur Beaufsichtigung und Kontrolle der Arbeit anderer abhängig machen sollte. Rou-

4. Handlungsgehilfen und andere Angestellte für kaufmännische Dienste, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens kein Handelsgewerbe ist, Gehilfen und Praktikanten in Apotheken,
5. Bühnenmitglieder und Musiker ohne Rücksicht auf den künstlerischen Wert ihrer Leistungen,
6. Angestellte in Berufen der Erziehung, des Unterrichts, der Fürsorge, der Krankenpflege und Wohlfahrtspflege,
7. Schiffsführer, Offiziere des Decksdienstes und Maschinendienstes, Schiffsärzte, Funkoffiziere, Zahlmeister, Verwalter und Verwaltungsassistenten sowie die in einer ähnlich gehobenen oder höheren Stellung befindlichen Mitglieder der Schiffsbesatzung von Binnenschiffen oder deutschen Seeschiffen,
8. Bordpersonal der Zivilluftfahrt."

159 RGBl. I 1924, 274, 410.
160 RGBl. I 1927, 58, 222.
161 *Martens* in: Sponer/Steinherr, TVöD Komm., Stand 2025, § 38 TV-L Rn. 40.
162 Siehe die Beispielsfälle bei *Martens* in: Sponer/Steinherr, TVöD Komm., Stand 2025, § 38 TV-L Rn. 43 ff.
163 *Spilger*, KR, 14. Auflage 2025, § 622 BGB Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tinemäßige Büroarbeiten waren oft rein mechanischer Natur, wenn sie historisch auch oft als Angestelltentätigkeiten begriffen wurden.[164]

Wenn man also bedenkt, dass bereits in früheren Zeiten die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten mehr mit damaligem Statusdenken und Standesdünkel (verbrämt: historisch geprägte „Verkehrsanschauung") zu tun hatte als mit objektiven Kriterien, stellt sich die Frage, wie heutzutage die Einordnung gelingen soll.

Das BVerfG hat bereits vor seiner grundlegenden Entscheidung vom 30.5.1990 zur Verfassungswidrigkeit von § 622 Abs. 2 a.F. BGB darauf hingewiesen, dass die Abgrenzung von Arbeitern und Angestellten kaum noch durchführbar ist.[165] Und dieser Ansicht muss man sich mittlerweile sicher anschließen. Fortschreitende Technisierung und gestiegene Anforderungen an die Ausbildung der Arbeitnehmer verwässern die Trennung von Arbeitern und Angestellten in einem nicht mehr übersehbaren Maß.[166] Mit der künftig noch weiter fortschreitenden technischen Entwicklung insbesondere der Produktion ist die strikte Trennung und die damit verbundene Zuordnung von geistiger und körperlicher Arbeit nicht mehr tragfähig.[167]

Insofern kontrastieren beispielsweise die Komplexität der Tätigkeiten eines Arbeiters und die Einfachheit der Tätigkeit beispielsweise eines Büroboten.[168] Und der moderne hochqualifizierte Fach-„arbeiter", der viel technisches Wissen benötigt und nur unter Verwendung hochspezialisierter, komplexer Arbeitsgerätschaften samt EDV-Systemen seine Tätigkeit verrichten kann – man denke etwa an einen Anlagenmechaniker für Sanitär-, Heizungs- und Klimatechnik – ist möglicherweise nach wie vor „Arbeiter". In gleicher Weise ist nicht klar, welche Aktivitäten eines Facility Managements Arbeiter- oder Angestelltentätigkeiten sind. Je nach Grad der Beaufsichtigung, Planung oder Kontrolle kann ein Objekt-Manager, Facility Manager, Haustechniker oder Hauswart ein Arbeiter oder ein Angestellter sein. Auch die Tätigkeit eines Poliers wird nur deshalb zu einer Angestelltentätigkeit, wenn er nicht „überwiegend selbst" mitarbeitet.[169] Doch was genau heißt „überwiegend"? Kommt es auf eine reine Arbeits-

164 Vgl. *Martens* in: Sponer/Steinherr, TVöD Komm., Stand 2025, § 38 TV-L Rn. 49.

165 *Nikisch*, Zur Frage der Neuabgrenzung der Begriffe Angestellter und Arbeiter im Arbeits- und Sozialrecht, Sozialer Fortschritt 1959, S. 50; *Schusser* in Hromadka, Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten, 1989, 61 (71); vgl. BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, unter C I 2. m.w.N.

166 *Vogelsang* in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 21. Auflage 2025, § 12 Rn. 3.

167 *Preis* in: ErfK zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, § 611a Rn. 121.

168 *Kamanabrou*, Arbeitsrecht, 2. Auflage 2023, Rn. 144.

169 Siehe A VII Richtbeispiel Nr. 10 des Rahmentarifvertrags für Angestellte und Poliere.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeitbetrachtung an? Wer kontrolliert das? Ist am Ende derjenige Polier ein Angestellter, der bevorzugt lautstark Anweisungen erteilt, und zwar mit den Händen in den Hosentaschen? Die Einordnung hängt wohl eher vom Zufall ab.

Mit anderen Worten: Es bestehen mittlerweile in der Breite der zu beurteilenden Fälle unüberwindbare Unsicherheiten bei der Frage, ob Arbeitnehmer zur Gruppe der Arbeiter oder zur Gruppe der Angestellten gehören. Das Operieren mit der Verkehrsanschauung führt zu nichts.

Letztlich erweist sich damit schon die mittlerweile aufgelaufene Ungenauigkeit der Abgrenzung von Arbeitern und Angestellten als tatsächliches Hindernis für eine brauchbare Handhabung von Tarifverträgen der SOKA-BAU.

d. Legitimationszusammenhang und Homogenität der Vergleichsgruppen

Aber selbst wenn man von der Handhabbarkeit der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten ausgehen sollte, muss die Unterscheidung dem Gleichheitsgrundsatz genügen.

Dies erfordert, wie gezeigt,[170] dass ein Legitimationszusammenhang zwischen der Unterscheidung und den hieraus folgenden Verschiedenheiten der anwendbaren Normen besteht.[171] Anders ausgedrückt: Die unterschiedliche Behandlung zweier Gruppen verlangt, dass an einen Lebenssachverhalt angeknüpft wird, der geeignet ist, die in der Regelung getroffenen Rechtsfolgen zu tragen.[172] Dabei müssen die jeweiligen Gruppen entsprechend homogen sein, um den Differenzierungsgrund hinreichend abbilden zu können.[173]

Dagegen spricht im Fall der Arbeiter und Angestellten bereits das soeben unter c. Gesagte. Die zur Einteilung verwendete Fünfstufentheorie ist mehr als vage. Sie vermag es nicht (mehr), moderne Berufsbilder – insbesondere durch Blick auf eine Verordnung aus dem Jahre 1927! – vollständig zu erfassen.

Unabhängig davon trägt die Gruppenzuordnung nicht den Grund der Differenzierung und schon gar nicht die damit verbundenen Rechtsfolgen in Form der Ungleichbehandlungen von Arbeitern und Angestellten.

170 Oben IV 3 b.
171 BAG 9.12.2020, 10 AZR 334/20, NZA 2021, 1110, 1114.
172 BAG 16.02.2010, 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701, 705.
173 BAG 16.02.2010, 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701, 705 f.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Fehlende Korrelation zwischen witterungsbedingten Schwankungen und Fluktuation sowie Arbeitereigenschaft

Erstens ist fraglich, ob und in welchem Maße die seit Jahrzehnten pauschal für die Baubranche vorgetragenen Grundannahmen witterungsbedingter Arbeitsausfälle und kurzer Arbeitsverhältnisse mit Fluktuation noch zutreffen. Mittlerweile ist auch die Baubranche geprägt durch modernere Arbeitsweisen, technisch veränderte Arbeitsabläufe und damit witterungsunabhängig leistbare Tätigkeiten. Auch die geänderten Witterungsverhältnisse bewirken, dass Arbeit – wenn überhaupt – nicht mehr im früheren Maße ausfällt und vor allem nicht mehr branchenweit.

Zweitens ist einer etwaigen hohen Fluktuation sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Branche längst anderweitig begegnet worden: Es greifen die Kurzarbeitergeldansprüche gemäß §§ 95 ff., 101 SGB III i.V.m. der BaubetriebeVO sowie die ergänzenden Leistungen nach § 102, §§ 354 ff. SGB III i.V.m. der WinterbeschVO.

Die Tarifvertragsparteien der Baubranche haben zudem selbst weitere Maßnahmen zur Bewältigung witterungsbedingter Schwankungen ergriffen. So wurde tarifvertraglich angepasste Winter- und Sommerarbeitszeit bestimmt; des Weiteren existieren sonstige flexible Arbeitszeitmodelle (Möglichkeit zur Vor- und Nacharbeit), Arbeitszeitkonten etc.[174] Mit anderen Worten: Die Baubranche ist längst überwiegend auf ganzjährige Beschäftigung ausgelegt; die wenigsten Arbeitsverhältnisse enden aus witterungsbedingten Gründen. Dies zeigt sich nicht zuletzt in § 11 BRTV. Diese Regelung enthält unter 2. ein Kündigungsverbot in der Schlechtwetterzeit vom 1. Dezember bis zum 31. März. In der übrigen Zeit dürfte kaum witterungsbedingt eine höhere Fluktuation bestehen. Sonstige konjunkturelle Schwankungen außerhalb der Schlechtwetterzeit sind durch die Regelungen des konjunkturellen Kurzarbeitsgeldes nach § 95 SGB III zumindest abgemildert.

bb. Erfassung von Branchenteilen ohne erkennbare Witterungseinflüsse und besondere Fluktuation

Dass es in der Baubranche schon längst nicht mehr um die Trennlinie „Arbeiter auf der Baustelle" – die den durch Baustellenarbeit bedingten

174 Siehe insbesondere § 3 BRTV.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Witterungseinwirkungen ausgesetzt sind – und „Angestellte im Büro" geht, zeigt nicht zuletzt die mittlerweile weit ausgeuferte Branchenweite der SOKA-BAU-Tarifverträge. Diese beschränken sich nicht mehr nur auf klassische Baubetriebe. Etliche Branchen, die nicht Bauhauptgewerbe sind, fallen in den Anwendungsbereich von BRTV, VTV, TZA Bau: Ausbau- und Baunebengewerbe, Renovierungsarbeiten, Malerarbeiten, Wärmeschutzarbeiten, Austauscharbeiten, Elektro- und sonstige Installations- oder Instandsetzungsarbeiten etc.[175] Die Tendenz der weitergreifenden Erfassung auch abständiger Tätigkeitsbereiche ergibt sich im Einzelnen aus dem BRTV und dem VTV, wo der sachliche Geltungsbereich im jeweiligen § 1 Abs. 2 Abschnitt I bis VII geregelt ist. Hier greift ein zum einen sehr weiter Begriff der baulichen Leistung. Zum anderen besteht eine sehr eng definierte Ausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschnitt VII. Ein Betrieb ist vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasst, wenn in ihm 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 versehen, fallen unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV, ohne dass die allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III geprüft werden müssen. Nur wenn im Betrieb zeitlich 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.[176] Eine Ausnahme nach § 1 Abs. 2 Abschnitt VII wiederum setzt voraus, dass während mehr als der Hälfte der Gesamtarbeitszeit Tätigkeiten nach diesem Ausnahmekatalog ausgeübt werden. Soweit allerdings mehrere verschiedene Ausnahmetatbestände einschlägig sind, werden die einzelnen Tätigkeiten nicht zusammengerechnet. Nur wenn mindestens eine der in § 1 Abs. 2 Abschnitt VII genannten Tätigkeiten zu mehr als 50 Prozent ausgeübt wird, greift der Ausnahmetatbestand.[177]

Dies alles führt zu erstaunlichen Konsequenzen im Hinblick auf den Legitimationszusammenhang zwischen der Gruppenbildung von Arbeitern und Angestellten im Verhältnis zu den Gründen für ihre Ungleichbehand-

175 Vgl. *Grzeszick*, NZA 2021, 757 ff., der deshalb dem Baubegriff der Sozialkassen im Baugewerbe die Verfassungswidrigkeit bescheinigt.

176 BAG 3.7.2019, 10. AZR 498/17, Rn. 30; BAG 27.3.2019, 10 AZR 512/17, NZA 2019, 1508, 1509.

177 BAG 27.3.2019, 10 AZR 512/17, NZA 2019, 1508, 1509.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lung in der Baubranche. Anschaulich lässt sich das an einem Beispiel von *Grzeszick*[178] verdeutlichen:

Ein Arbeitgeber im Bereich des Gebäudemanagements beschäftigt 52 „Arbeiter" des Gas- und Wasserinstallationsgewerbes, des Zentralheizungsbauer- und Lüftungsgewerbes und des Klimaanlagenbaus sowie 48 Maler, Trockenbauer und Maurer. Damit fällt er insgesamt nicht unter den Baubegriff, da über die Hälfte der Arbeitnehmer einem Ausnahme-Gewerk zuzuordnen sind. Würde aber das Unternehmen fünf weitere Maler einstellen, wären lediglich 52 von 105 Mitarbeitern einem Ausnahme-Gewerk zuzuordnen, weshalb der Arbeitgeber nun insgesamt unter den Baubegriff und den Anwendungsbereich des VTV fällt, obwohl sich für die bereits vorher beschäftigten Arbeitnehmer nichts geändert hat. Trotzdem unterliegt der Arbeitgeber jetzt insgesamt für alle Arbeiter den Regelungen des VTV. Nach der Regelung in § 1 Abs. 2 Abschnitt VI, fallen Betriebe, in denen bauliche Leistungen nach den Abschnitten I bis V erbracht werden, als Ganzes unter diesen Tarifvertag. An der Tätigkeit der einzelnen Beschäftigten ändert sich durch die Neueinstellung nichts.

Unabhängig von der wenig überzeugenden Einordnungsregelung fällt auf: Im Bereich des Gebäudemanagements bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass witterungsbedingt oder aus anderen Gründen mehr Fluktuation bestünde als anderswo. Auch in den konkret eingesetzten Berufen bestehen – unabhängig davon, ob sie innerhalb oder außerhalb des Gebäudemanagements tätig sind – keine solchen Anhaltspunkte. Das gilt für das Malergewerbe und für den Trockenbau. Selbst bei Maurern ist mittlerweile keineswegs gesagt, dass dieser Beruf tatsächlich in der Breite witterungsabhängig ist.

Es fehlt also jedwede Korrelation von Unterschieden zwischen Arbeitern und Angestellten einerseits und den für sie angeordneten verschiedenen Regelungen andererseits. Welche Besonderheiten der Baubranche auch immer mit Blick auf kurzzeitige Arbeitsverhältnisse und witterungsbedingte Arbeitsausfälle für die Unterscheidung streiten, sie betreffen bestenfalls kleine Ausschnitte des Bauhauptgewerbes. Dies ist aber mittlerweile nur ein Bruchteil der breit von den SOKA-BAU-Tarifverträgen erfassten Tätigkeiten. Ohne dass Arbeitnehmer den genannten Branchenbesonderheiten des Baugewerbes ausgesetzt sind, kann eine Aufteilung in Arbeiter und Angestellte diesem Ziel nicht dienen. Die Gruppenbildung trägt weder den

178 *Grzeszick* NZA 2021, 757, 758.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Differenzierungsgrund in sich noch kann sie die unterschiedlichen Rechtsfolgen legitimieren.

Insgesamt haben also die Tarifvertragsparteien tatsächliche Gleichheiten von Arbeitern und Angestellten, aber auch branchenbezogene Ungleichheiten, die einer pauschalen Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten im Wege stehen, nicht berücksichtigt. Das gilt jedenfalls mit Blick auf diejenigen Unternehmen und Arbeitnehmer, die als Außenseiter aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 Abs. 4 TVG der Tarifnormgeltung unterworfen werden. Gerade diese Außenseiter dürften besonders häufig in den Anwendungsbereich der Tarifverträge der SOKA-BAU einbezogen sein, ohne dass sich für sie die Trennung in Arbeiter und Angestellte in irgendeiner Weise erklären ließe.[179]

e. Keine zulässige Pauschalierung und Typisierung

Dementsprechend ist der Befund klar: Die Grenzen zulässiger Typisierung und Pauschalierung sind überschritten. Aufgrund des sehr weit reichenden sachlichen Anwendungsbereichs kann nicht von einem körperlich arbeitenden Arbeiter als Regelfall ausgegangen werden, der witterungsbedingte Arbeitsausfälle hat, dessen Arbeitgeber häufig kurzfristig wechselt und dem deshalb Rentenengpässe aufgrund einer solchen Baustellentätigkeit drohen. Den meisten Unternehmen, die von den Tarifverträgen SOKA-BAU erfasst werden, ist ein solches besonderes Maß an witterungsbedingten Arbeitsausfällen, verbunden mit Fluktuation, völlig fremd. Die für sie gedachte Flexibilität durch kürzere Kündigungsfristen wird der Realität nicht mehr gerecht.

Pauschalierungen und Typisierungen können allenfalls zu einer Ungleichbehandlung einer verhältnismäßig kleinen Zahl von Personen führen, die Ungleichbehandlung darf nicht sehr intensiv sein.[180] Davon ist keinesfalls auszugehen, wenn – wie hier – ganze Branchen oder Gewerbebereiche einbezogen werden, die fehlerhaft mit den (vermeintlichen) witterungsabhängigen Baustellenbesonderheiten des Bauhauptgewerbes in Verbindung gebracht werden. Eine Typisierung in Arbeiter und Angestellte ist nicht

179 Vgl. *Grzeszick*, NZA 2021, 757, 762.
180 BAG 16.2.2010, 3 AZR 216/09, NZA 2010, 701, 706.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geeignet, mit den Arbeitern diejenigen Personen herauszufiltern, für welche die Zusatzversorgung von ihrem Sinn und Zweck her passt.[181]

Damit kann die Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten die jeweiligen Ungleichbehandlungen nicht tragen.

4. Rechtsfolgen des Gleichheitsverstoßes

Die sich aus den für allgemeinverbindlich erklärten SOKA-BAU-Tarifverträgen ergebenden Ungleichbehandlungen verletzen Art. 3 Abs. 1 GG, weil sie – im gesamten Tarifwerk angelegt – systematisch zwischen Angestellten und Arbeitern unterscheiden.

Was die daraus resultierende Rechtsfolge betrifft, sind hinsichtlich der SOKA-BAU-Tarifverträge prinzipiell zwei Ebenen zu unterscheiden, nämlich erstens das Schicksal der Tarifverträge (dazu sogleich unter a.) und zweitens das Schicksal der auf sie bezogenen Allgemeinverbindlicherklärungen (dazu unten b.).

a. Gleichheitsverstoß durch die SOKA-BAU-Tarifverträge

Zur ersteren Frage hat das BVerfG am 11.12.2024, Stellung genommen. Das Gericht nimmt hinsichtlich der Konsequenzen von Gleichheitsverstößen in Tarifverträgen einen Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien an, innerhalb dessen sie zu einer verfassungsrechtlich zulässigen Regelung finden können. Diesen Gestaltungsspielraum will das Gericht insbesondere dort gewährleisten, wo „sich die verfassungswidrige Ungleichbehandlung der Personengruppen aus einer bei Gesamtbetrachtung des Tarifkomplexes festgestellten Gleichheitswidrigkeit zweier Regelungssysteme ergibt". Hier haben die Tarifvertragsparteien „regelmäßig vielfältige Gestaltungsoptio-

181 Es hilft daher nicht, wenn die Geltung der baubranchenspezifischen Besonderheiten einfach unterstellt oder die Geltung des VTV und die damit verbundene Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten mit dem Argument außer Acht gelassen wird, es komme auf die tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Unternehmen nicht an; so aber - wenig überzeugend - BAG 13.5.2004, 10 AZR 488/03, AP TVG § 1 Tarifverträge; Bau Nr. 265. Dies verträgt sich auch nicht mit einer Entscheidung des BVerfG. Mit Blick auf den Krankenstand hat das BVerfG auf die tatsächlichen Verhältnisse im Betrieb abgestellt und es nicht genügen lassen, dass dieser höher lag als der Durchschnitt der bei der Innungskrankenkasse Versicherten; BVerfG 1.9.1997, 1 BvR 1929/25, NZA 1339, 1340.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen, insbesondere können sie grundsätzlich Regelungssysteme streichen, diese jeweils in sich geschlossen neu regeln, die Regelungssysteme sachlich erweitern oder das Verhältnis der Regelungssysteme zueinander neu gewichten."[182]

Hierbei ist ein eventuell bestehender Vertrauensschutz zu berücksichtigen, also vor allem das Vermeiden negativer Rechtsfolgen für die Vergangenheit.[183] Dagegen ist Vertrauensschutz regelmäßig nicht zu gewähren, wenn eine tarifliche Neuregelung mit Wirkung für die Zukunft (also in der Zeit ab der gerichtlichen Feststellung eines Gleichheitsverstoßes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG) vorgenommen wird.[184] Angesichts des für die Zukunft bestehenden Gestaltungsspielraums der Tarifvertragsparteien komme eine gerichtliche Folgenbeseitigung bei gleichheitswidrigen Tarifnormen durch eine „Anpassung nach oben" regelmäßig nicht für die Zukunft, sondern allenfalls für die Vergangenheit in Betracht.[185]

Im hiesigen Fall der verfassungswidrigen Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten handelt es sich im Sinne der zitierten Entscheidung vom 11.12.2024 um eine Ungleichbehandlung von Personengruppen, die sich „aus einer bei Gesamtbetrachtung des Tarifkomplexes festgestellten Gleichheitswidrigkeit zweier Regelungssysteme" ergibt. Dies folgt aus der breit greifenden, systemweiten Ungleichbehandlung in den SOKA-BAU-Tarifverträgen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass ein Gericht keine „Anpassung nach oben" zugunsten etwa von Arbeitern anordnen wird, um eine zu große Schwächung des Tarifvertragssystems zu vermeiden. Eher wird es den Tarifparteien stattdessen eine Frist gewähren, innerhalb derer die Ungleichbehandlung zu beseitigen sein wird.

b. Gleichheitsverstoß durch die Allgemeinverbindlicherklärungen für die SOKA-BAU-Tarifverträge

Im hiesigen Kontext kommt es weniger auf die Frage nach der Wirksamkeit der SOKA-BAU-Tarifverträge an, sondern auf die Frage der Wirksamkeit der auf sie bezogenen Allgemeinverbindlicherklärungen.

182 BVerfG 11.12.2024, 1 BvR 1109/21, NZA 2025, 492, Rn. 204.
183 BVerfG 11.12.2024, 1 BvR 1109/21, NZA 2025, 492, Rn. 205.
184 BVerfG 11.12.2024, 1 BvR 1109/21, NZA 2025, 492, Rn. 206.
185 BVerfG 11.12.2024, 1 BvR 1109/21, NZA 2025, 492, Rn. 209; vgl. *Schmidt/Ahrendt* in: ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Auflage 2026, Art. 3 GG, Rn. 45 ff.; *Giesen* RdA 2026, 37 (42).

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Allgemeinverbindlicherklärung ist ein staatlicher Hoheitsakt. Das BVerfG spricht von einem „Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung, der seine eigenständige Rechtsgrundlage in Art. 9 Abs. 3 GG findet".[186] Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt zwar einen Tarifvertrag voraus, aber als privatautonome Normsetzung lässt sie sich nicht charakterisieren, weil sie gemäß § 5 Abs. 4 TVG Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Tarifgeltung unterwirft, die nicht der tarifschließenden Gewerkschaft und dem tarifschließenden Arbeitgeberverband angehören, und weil an ihrem Erlass hoheitliche Stellen beteiligt sind. Demnach unterliegt die Allgemeinverbindlicherklärung der unmittelbaren Grundrechtsgeltung. Da es sich nicht um parlamentarisches Gesetzesrecht handelt, greift auch nicht das in Art. 100 GG normierte Aufhebungsmonopol des BVerfG; vielmehr kann jedes Gericht, das mit einer allgemeinverbindlich erklärten Tarifnorm zu tun hat, diese wegen Verfassungsverstoßes verwerfen.

Somit ist hinsichtlich der Allgemeinverbindlicherklärungen, die sich auf SOKA-BAU-Tarifverträge beziehen, aufgrund unmittelbarer Grundrechtsgeltung ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG festzuhalten.

Auch hinsichtlich staatlicher Ungleichbehandlung ist zu berücksichtigen, dass es stets unterschiedliche Regelungen gibt, mittels derer die Ungleichbehandlung beendet werden kann. Und es ist gleichfalls zu beachten, dass aufgrund bereits getroffener Dispositionen der Rechtsunterworfenen ein möglicher Vertrauensschutz zu wahren ist. Es ist demnach nicht zwingend so, dass eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung, weil sie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, nicht nach § 5 Abs. 4 TVG anwendbar ist. Vielmehr greifen hier ebenfalls die Überlegungen ein, welche das BVerfG am 11.12.2024 hinsichtlich der Gleichheitsverstöße in Tarifverträgen angestellt hat. Soweit mit der tatsächlich erzwungenen Anwendung der allgemeinverbindlich erklärten SOKA-BAU-Tarifverträge be-

186 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (340); BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 (20) BAG 29.9.2010 – 10 AZR 523/09, NZA 2011, 89, Rn. 15; BAG 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 2017, 12, Rn. 133; BAG 23.2.2022, - 10 ABR 33/20, NZA 2022, 995, Rn. 35; *Franzen* in ErfK. zum Arbeitsrecht, 26. Aufl. 2026, § 5 TVG Rn. 3; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 492 ff. Die Formulierung des BVerfG beruht darauf, dass nach Ansicht der Richter keine Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 Abs. 1 GG gegeben ist. Laut *Lakies/Rödl* in Däubler, Kommentar zum TVG, 5. Aufl. 2022, § 5 TVG Rn. 56 ff., handelt es sich bei der Allgemeinverbindlicherklärung um einen Verwaltungsakt. Diese Divergenzen spielen für die hiesige Beurteilung keine Rolle, da es sich zweifellos um einen hoheitlichen Akt handelt, welcher der unmittelbaren Grundrechtsgeltung unterliegt.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reits weit greifende Anwendungserwartungen bei den Rechtsunterworfenen ausgelöst worden sind, kann die Ungleichbehandlung zumindest während der Laufzeit der verfassungswidrigen Allgemeinverbindlicherklärung nicht durch deren ersatzlosen Entfall sanktioniert werden.

Hier gelten vielmehr die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zu den Rechtsfolgen eines staatlichen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Nach diesen Grundsätzen sind staatliche Normen, die gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verstoßen, für unvereinbar mit der Verfassung zu erklären (und nicht für nichtig). Dabei kann es dem Gesetzgeber erlaubt sein, während einer gerichtlich festgelegten Frist den Gleichheitsverstoß auf die ein oder andere Weise zu beseitigen.[187] Die damit verbundene Einräumung von Übergangsfristen kann allerdings stets nur auf dasjenige an Normgeltung beschränkt sein, was für unerlässlich gehalten wird.[188]

Wie weit eine verfassungsrechtlich angelegte Übergangsfrist im hiesigen Fall der Allgemeinverbindlicherklärung gleichheitswidriger Tarifverträge zum Tragen kommt, lässt sich nicht pauschal beurteilen. Dies dürfte im Einzelfall von den jeweiligen Tarifverträgen abhängig sein. Es ist klar, dass hinsichtlich diesbezüglicher Festlegungen zudem ein weiter gerichtlicher Handlungs- und Gestaltungsspielrum besteht, über den an dieser Stelle nicht im Einzelnen spekuliert werden soll. Eine besondere Grenze dürfte aber in jedem Fall zu beachten sein, und dies ist die Laufzeit der jeweils für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge: Es kann keine geschützte Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs dahin gehend existieren, dass sich eine bisherige Serie an Allgemeinverbindlicherklärungen fortsetzen wird. Mit anderen Worten: Aufgrund der Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ist eine erneute Allgemeinverbindlicherklärung der SOKA-BAU- Tarifverträge nach § 5 TVG wegen Verfassungsverstoßes unzulässig.

187 Vgl. dazu eingehend *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 982 ff.

188 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl. 2025, Rn. 984 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748956013-37 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY