

V. Konkretisierung am Beispiel des Facility Management

Ein praktisches Beispiel einer Branche, die durch die Weite des betrieblichen Anwendungsbereichs der SOKA-BAU-Tarifverträge in Verbindung mit den jeweiligen Allgemeinverbindlicherklärungen sachwidrig in die Tarifbindung einbezogen wird, ist das Facility Management. Dieser Bereich wird aufgrund von Sonderregeln, die sich auf den Betrieb baunaher Leistungen beziehen, teilweise von den SOKA-BAU-Tarifverträge erfasst. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen sollen im Folgenden dargelegt werden. Zunächst ist kurz die Branche des Facility Management einschließlich der dort anfallenden Arbeitstätigkeiten zu beschreiben.

1. Facility Management: Branche und Tätigkeiten

Facility Management lässt sich als die Bewirtschaftung von Gebäuden und Liegenschaften umschreiben.¹⁸⁹ Seinen Schwerpunkt hat das Facility Management im Dienstleistungsbereich. Es vereint technische, kaufmännische, ökologische und organisatorische Aufgaben zur Wertschöpfung in der Immobilienwirtschaft, insbesondere zum reibungslosen Betrieb von Immobilien. Facility Management umfasst alle unterstützenden Tätigkeiten, die notwendig sind, um Gebäude, Anlagen und dazugehörige Infrastrukturen funktionsfähig, sicher, effizient und nachhaltig zu betreiben.¹⁹⁰

Die im Einzelnen anfallenden Tätigkeiten sind vielfältig:¹⁹¹ Erfasst ist zunächst das operative und technische Management mit Instandhaltungs-, Wartungs- und Reparaturarbeiten, der Überwachung und Optimierung der Energieversorgung, der Überprüfung und Wartung von Brandschutzanlagen und sonstigen Sicherheitsvorschriften. Dies setzt sich fort mit Aufgaben im Vertragsmanagement in Bezug auf Miet-, Dienstleistungs- und Wartungsverträge, der Kostenkontrolle, der Mietverwaltung sowie des Berichtswesens. Ebenso dazu gehören infrastrukturelle Tätigkeiten wie zum

189 Staub in: Zeitner/Peyinghaus (Hrsg.), Prozessmanagement Real Estate, 2013, S. 274 ff.

190 Zur begrifflichen Erfassung Nävy, Facility Management, 5. Auflage 2018, S. 2 ff. Forster/Schielein, ZfIR 2016, 213.

191 Im Einzelnen Gondring/Wagner, Facility Management, 3. Auflage 2018, S. 71 ff.; Di-ederichs, Immobilienmanagement im Lebenszyklus, 2. Auflage 2006, 553 ff.

Beispiel die Organisation und Überwachung von Reinigung, Gartenpflege, Post- und Logistikdiensten. Wesentlich sind schließlich auch Tätigkeiten im Bereich des strategischen und nachhaltigen Managements.

Letzteres hat das Ziel, langfristige Konzepte zu entwickeln, die den Wert der Immobilie erhalten oder steigern und gleichzeitig ökologische und soziale Aspekte berücksichtigen. Hier spielt der Einsatz moderner Technologien wie beispielsweise Building Information Modeling (BIM), IoT (Internet of Things) und Smart Building-Lösungen eine zunehmend bedeutender werdende Rolle, um Prozesse effizienter zu gestalten, Energie zu sparen und die Nutzerzufriedenheit zu erhöhen. Die zu erbringenden Dienstleistungen werden unter Integration neuer Technologien und sich ändernder Marktanforderungen kontinuierlich weiterentwickelt.¹⁹²

Dementsprechend hat sich das Facility Management im Laufe der Jahrzehnte erheblich gewandelt. Ursprünglich betrafen die Aufgaben im Gebäudemanagement vor allem die technische Instandhaltung, Wartung und Reinigung. Die Aufgaben waren meist auf einzelne Gewerke beschränkt. Mit der Zeit wurden die Anforderungen jedoch komplexer und ausdifferenzierter; die Branche entwickelte sich zu einem eigenständigen Wirtschaftszweig. In den 1980er Jahren begann sie, sich immer mehr zu professionalisieren.¹⁹³ Es entstanden spezialisierte Dienstleister; zugleich erkannte man die Bedeutung des strategischen Managements. Seit den 2000er Jahren hat die Digitalisierung die Branche stark verändert. Automatisierte Systeme, Datenanalyse und globale Dienstleistungsnetzwerke sind für das heutige Facility Management prägend. Hinzu kommen Smart Building-Lösungen, integrierte Gebäudemanagementsysteme, KI-Systeme (u.a. zur Analyse großer Datenmengen, etwa zur Prognose von Wartungsbedarfen) sowie das Streben nach nachhaltigem und energieeffizientem Gebäudebetrieb.¹⁹⁴

Die Branche muss auf den permanent stattfindenden Wandel, der durch technologische Innovationen, gesellschaftliche Veränderungen und ökologische Anforderungen getrieben ist, reagieren. Für die Zukunft erwartet man eine verstärkte Fokussierung auf umweltfreundliche Materialien, erneuerbare Energien und nachhaltige Bauweisen sowie integrierte Facility Management-Systeme mit vernetzten Plattformen, die alle Aspekte des Gebäudebetriebs zentral steuern und überwachen.¹⁹⁵

192 Gondring/Wagner, Facility Management, 3. Auflage 2018, S. 279 ff.

193 Nävy/Schröter, Facility Services, 2013, S.19 ff., S. 26 ff.

194 Gondring/Wagner, Facility Management, 3. Auflage 2018, S. 279 ff.

195 Nävy/Schröter, Facility Services, 2013, S.19 ff., S. 494 ff.

Verbunden mit dieser Entwicklung ist eine zunehmende Ausdifferenzierung der unterschiedlichen Tätigkeitsprofile der Beschäftigten im Facility Management. Mittlerweile existiert eine Vielzahl von Berufsbildern, die unterschiedliche Qualifikationen und Kompetenzen erfordern: Dies sind insbesondere Facility Manager, Ingenieure und Techniker, Facharbeiter unterschiedlicher Gewerke, Hausmeister, Reinigungskräfte, Sicherheits-, Verwaltungs- und Büropersonal; die Aufzählung ist nicht abschließend.

Nach alledem ist klar, dass sich die heutigen Tätigkeiten wesentlich vom historischen Berufsbild unterscheiden. Insbesondere der zunehmende Einsatz von Maschinen samt Automatisierung sowie der damit verbundene Betrieb von Software haben hierzu beigetragen.¹⁹⁶ Früher lag der Fokus vor allem auf manuellen, technischen und organisatorischen Aufgaben. Techniker und Fachhandwerker führten Wartungen und Reparaturen durch, Hausmeister kümmerten sich um die tägliche Betreuung der Immobilie und Reinigungskräfte sorgten für Sauberkeit. Die Organisation erfolgte meist papierbasiert, Termine wurden manuell geplant und die Kommunikation war oft persönlich oder telefonisch. Moderne Facility-Management-Software ermöglicht hingegen die automatische Planung und Koordination von Wartungen (deren Aufwand zurückgeht bei verlängerten Intervallen), Inspektionen und Reinigungsarbeiten. Es findet eine zentralisierte Datenverwaltung statt: Relevante Informationen – von Wartungsplänen über Inventar bis hin zu Sicherheitsprotokollen – werden digital gespeichert. Sensoren, Überwachungssysteme und IoT-Technologien liefern kontinuierlich Daten über den Zustand der Anlagen und Gebäude. Das ermöglicht proaktives Handeln. Digitale Plattformen erleichtern die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Gewerken, Dienstleistern und Nutzern. Aufgaben, Termine und Statusupdates sind transparent und schneller verfügbar.

Daraus folgt ein modernes Berufsbild im Facility Management, welches den Schwerpunkt der Tätigkeiten von reiner manueller Arbeit hin zu strategischer Planung, Datenanalyse und Management verschiebt. Die Fachkräfte werden zunehmend zu digitalen Experten, die technologische Innovationen nutzen, um effizienter, nachhaltiger und kundenorientierter zu arbeiten. Zwangsläufig liegt der Schwerpunkt der Tätigkeiten für viele Arbeitnehmer nicht mehr auf bloß körperlicher Verrichtung einer Wartung, Reinigung oder einfacher Handwerksarbeit. Heute verschiebt sich der Schwerpunkt zunehmend in Richtung geistiger Tätigkeiten. Die Arbeitneh-

196 Zum Folgenden ausführlich *Kaiser/Nusser/Schrammel*, Praxishandbuch Facility Management, 2. Auflage 2025; *Gondring/Wagner*, Facility Management, 3. Auflage 2018.

mer nehmen vermehrt Planungs-, Steuerungs- und Überwachungsaufgaben wahr. Sie analysieren Daten, koordinieren Prozesse, optimieren Abläufe und treffen strategische Entscheidungen. Die körperliche Arbeit ist zwar noch vorhanden, aber sie wird durch technologische Unterstützung erleichtert, automatisiert bzw. ist von dieser abhängig.

2. Erneuter Befund: Fehlende Handhabbarkeit der Unterscheidung von Arbeiter und Angestellten

Im geschilderten modernen Berufsbild verschmelzen somit immer mehr die Anteile von geistiger und körperlicher Arbeit; die traditionelle Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten ist erkennbar überholt. Die Anforderungen an die einzelnen Tätigkeiten erfassen im jeweiligen Fachhandwerk regelmäßig sowohl geistige als auch körperliche Fähig- und Fertigkeiten. Schulungs-, Qualifizierungs- und Weiterbildungsanforderungen sind beispielsweise aufgrund des technologischen Wandels, der Anforderungen an Nachhaltigkeit einschließlich der komplexen gesetzlichen Bestimmungen zu Sicherheits-, Gesundheits- und Umweltschutz erheblich gestiegen. Strategische, planende, überwachende, kontrollierende, softwarebasierte Tätigkeiten vermengen sich mit der Ausführung herkömmlich körperlicher Arbeit. Mit anderen Worten: Die hergebrachte Grenzziehung zwischen Leitung/Beaufsichtigung (dann Angestelltentätigkeit) und Ausführung (dann Arbeitertätigkeit) versagt deutlich. Hier hilft auch kein Erforschen eines Berufsgruppenkatalogs des Reichsarbeitsministers vom 8.3.1924 in der Fassung der Verordnungen vom 4.2.1927 und vom 15.7.1927.¹⁹⁷ Dessen Kategorisierungen passen nicht zu modernen, unterschiedliche Gewerke vereinigenden Branchen. Betriebe des Facility Management belegen dies mehr als deutlich.

Dass die (vermeintliche oder behauptete) Verkehrsanschauung ebenfalls zur Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten ungeeignet ist, wurde bereits ausgeführt.¹⁹⁸ Die qualitativen Anforderungen an die Tätigkeitsausübung im jeweiligen Gewerk verbieten die Aufrechterhaltung ständisch geprägter Vorstellungen vom besser qualifizierten Angestellten und vom schlechter qualifizierten Arbeiter.

Vor diesem Hintergrund ist es erstens nur schwer vorstellbar, dass in modernen Dienstleistungsbetrieben der Immobilienwirtschaft mittels All-

197 Zu den Prüfkriterien zur Einordnung als Arbeiter oder Angestellter oben IV.3.c.

198 IV.3.d.

gemeinverbindlicherklärung die Geltung von Tarifverträgen des Bauwesens angeordnet wird. Und es ist zweitens ebenfalls nur schwer vorstellbar, dass mit dieser Allgemeinverbindlicherklärung die Unternehmen gezwungen werden, eine Trennung von Arbeitern und Angestellten herbeizuführen, die sie selbst als längst überwunden angesehen haben.

Dieses doppelt bizarre Phänomen hat auch mit einer kaum verständlichen Rechtsprechung des BAG zu tun. Auf diese unter dem Begriff der „Sowohl-als-auch-Rechtsprechung“ bekannt gewordenen Judikatur soll im Folgenden eingegangen werden.

3. Fortsetzung der Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten durch die „Sowohl-als-auch-Rechtsprechung“

Gerade für solche Branchen, die verschiedene Berufe in sich vereinen und gemischte Tätigkeiten bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen ausüben, ist die Weite des betrieblichen Anwendungsbereichs der SOKA-BAU-Tarifverträge überraschend und kaum nachvollziehbar. Die Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten wird hier vor allem durch die „Sowohl-als-auch-Rechtsprechung“ ermöglicht.

a. „Sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ in den SOKA-BAU-Tarifverträgen

Grundlage dieser „Sowohl-als-auch-Rechtsprechung“ sind die in den SOKA-BAU-Tarifverträgen enthaltenen Regelungen zu deren betrieblichem Anwendungsbereich. Hier findet sich ein komplexes Regel-Ausnahmeverhältnis zur Prüfung, ob ein Betrieb vom Anwendungsbereich der Tarifverträge erfasst wird.

§ 1 Abs. 2 Satz 1 VTV bestimmt zunächst, dass der Tarifvertrag für „Betriebe des Baugewerbes“ gilt, und § 1 Abs. 2 Satz 2 VTV fügt sodann hinzu, dass damit alle Betriebe gemeint sind, die unter die weiteren Abschnitte I bis IV fallen. § 1 Abs. 2 Abschnitt I VTV erfasst – erwartungsgemäß – Betriebe, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich Bauten aller Art erstellen. § 1 Abs. 2 Abschnitt II VTV erweitert den Anwendungsbereich auf Betriebe, welche gewerblich bauliche Leistungen erbringen, die – mit oder ohne Lieferung von Stoffen oder Bauteilen – der Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseiti-

gung von Bauwerken dienen. Noch weiter geht die Regelung des § 1 Abs. 2 Abschnitt III, in dem auch Betriebe erfasst werden, die gewerblich sonstige bauliche Leistungen erbringen.

Schließlich konkretisiert § 1 Abs. 2 Abschnitt VI¹⁹⁹ die Regelungen in den Abschnitten I bis III mittels einer nicht abschließenden Aufzählung, welche Arten von Arbeiten zu den Betrieben des Baugewerbes zählen sollen.

Diese Aufzählung in Verbindung mit der sehr allgemein gehaltenen Formulierung der „sonstigen baulichen Leistung“ in Abschnitt III führt dazu, dass Betriebe vom Geltungsbereich des VTV erfasst werden, die dem Ausbaugewerbe oder dem Bauhilfsgewerbe zugerechnet werden können. Das bestätigt die Rechtsprechung, die den Begriff der „baulichen Leistung“ erstaunlich weit interpretiert, indem sie meint, es seien alle Arbeiten erfasst, „die irgendwie – wenn auch nur auf einem kleinen und speziellen Gebiet – der Errichtung und Vollendung von Bauwerken oder auch der Instandsetzung, Instandhaltung oder Änderung von Bauwerken zu dienen bestimmt sind.“²⁰⁰ Sogar die Vornahme „kleinerer Reparaturen an Schlössern, Schaltern und Lampen“ subsumiert diese Judikatur unter den Begriff der baulichen Leistung.²⁰¹ Typische Malerarbeiten oder Fliesenlegearbeiten werden damit als bauliche Leistungen im weitesten Sinne grundsätzlich vom Begriff der „Betriebe des Baugewerbes“ erfasst.

Diese Ausdehnung des betrieblichen Geltungsbereichs der SOKA-BAU-Tarifverträge wird dann aber durch die Aufzählung in Abschnitt VII des § 1 Abs. 2 VTV wieder eingeschränkt. Hier sind bestimmte Gewerke und Gewerbe vom betrieblichen Anwendungsbereich ausgeschlossen. Das gilt beispielsweise für das Malerhandwerk, das Schreinerhandwerk, das Klempnerhandwerk, das Elektroinstallationsgewerbe und das Zentralheizungsbaugewerbe.

Aus dieser Regel-Ausnahme-Beziehung ergibt sich ein Zuordnungsproblem, wenn Tätigkeiten sowohl solche im Sinne baulicher Leistungen nach § 1 Abs. 2 Abschnitt I bis V VTV als auch solche im Sinne des § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV sind. Hat sich ein Betrieb beispielsweise darauf spezialisiert, Wohnungen vor einer Weitervermietung instand zu setzen, sind viele Gewerke vonnöten, um eine solche Dienstleistung je nach Auftrag auszuführen: Elektroinstallationen, Fliesenlegearbeiten, Sanitär-, Heizungs- und Klimatechnik, Maler- und Tischlerarbeiten sowie einige mehr. Es fragt

199 Abschnitt IV kann für die hiesige Untersuchung außer Betracht bleiben.

200 BAG 15.7.2020, 10 AZR 337/18, NZA-RR 2020, 651, 655; BAG 18.12.2019, 10 AZR 424/18, NZA-RR 2019, 260, 263.

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

sich dann, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob für den Betrieb die Regel nach § 1 Abs. 2 Abschnitt I bis V VTV eingreift oder sich die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV durchsetzt.

b. Prüfkriterien der „Sowohl-als-auch-Rechtsprechung“

Gemäß der Rechtsprechung kommt es hier auf den Charakter der überwiegend ausgeführten Tätigkeit an.²⁰² Bei „Sowohl-als-auch-Tätigkeiten“ kann als Kriterium maßgebend sein, ob die Tätigkeiten von Fachleuten des ausgenommenen Gewerks angeleitet und verrichtet werden. Sofern die Tätigkeiten von Fachleuten eines Baugewerbes angeleitet oder von ungelernten Arbeitskräften durchgeführt werden, ist demnach der Betrieb in der Regel vom Anwendungsbereich des VTV erfasst.²⁰³

Praktisch bedeutsam ist hierbei die Betrachtung der Tätigkeiten in zeitlicher Hinsicht. Ausgehend von § 1 Abs. 2 Abschnitt VI Abs. 1 VTV zählt ein Betrieb insgesamt als Baubetrieb, wenn er überwiegend bauliche Leistungen erbringt. Sofern ein Betrieb damit nicht mehr als 50 Prozent Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 2 Abschnitt I bis V VTV erbringt, fällt er von vorneherein nicht in den Anwendungsbereich der SOKA-BAU-Tarifverträge.

Dieses Kriterium ist bei den problematischen Fällen der „Sowohl-als-auch-Leistungen“ in der Regel aber gegeben. Nach der Rechtsprechung kommt es dann darauf an, dass ein Betrieb eine Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV erfüllt und dieses Ausnahmegewerk zu mehr als 50 Prozent betreibt. Dabei trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er im jeweiligen Kalenderjahr Arbeitnehmer beschäftigt hat, die zu mehr als 50 Prozent ihrer Arbeitszeit eine der Ausnahmetätigkeiten gemäß § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV ausgeübt haben.²⁰⁴

Erbringt der Betrieb jedoch mehrere Tätigkeiten, die unter verschiedene Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV fallen, dann genügt es laut der Rechtsprechung *nicht*, dass die Summe aller Ausnahmetätigkeiten nach Abschnitt VII mehr als 50 Prozent der betrieblichen Gesamtarbeitszeit beträgt. Das liegt daran, dass die Judikatur eine Zusammenrechnung sämtlicher unter Abschnitt VII fallenden Tätigkeiten innerhalb eines

202 BAG 18.12.2019, 10 AZR 424/18, NZA-RR 2019, 260, 264.

203 BAG 27.3.2019, 10 AZR 512/17, NZA 2019, 1508, 1511.

204 BAG 8.5.2019, 10 AZR 559/17, NZA 2019, 1503, 1505.

Betriebs verbietet.²⁰⁵ Aus nicht nachvollziehbaren Gründen ist vielmehr jede Ausnahmetätigkeit nach § 1 Abs. 2 Abschnitt VII VTV getrennt von einer anderen Ausnahmetätigkeit im Sinne dieser Vorschrift daraufhin zu prüfen, ob sie zeitlich überwiegt und dem Betrieb sein Gepräge gibt.

Gehört es gerade zum unternehmerischen Dienstleistungsangebot, Tätigkeiten verschiedener Gewerke nach dem Prinzip „alles aus einer Hand“ zu erbringen, sind regelmäßig mehrere „Sowohl-als-auch-Leistungen“ betroffen, weshalb nicht bloß ein einziges Gewerk zeitlich überwiegt. Mit anderen Worten: Je ausdifferenzierter ein „Alles aus einer Hand“-Dienstleister agiert, desto wahrscheinlicher wird es, dass er als „Betrieb des Baugewerbes“ anzusehen ist.

4. Folge: Geltung eines sachfremden Tarifwerks für Betriebe des Facility Management

Aufgrund dieser undifferenziert weiten Auslegung des Begriffs „Betrieb des Baugewerbes“ nach der „Sowohl-als-auch-Rechtsprechung“ fallen viele Betriebe des Facility Management, wenn sie entsprechende (mehr oder weniger kleine) „bauliche Leistungen“ erbringen, in den Geltungsbereich der SOKA-BAU-Tarifverträge.

Diese Tarifgeltung wird regelmäßig erst aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung erreicht. In der Vergangenheit waren sich die Arbeitgeber und Belegschaften von Betrieben des Facility Management meist nicht darüber im Klaren, dass sie aufgrund einer unverständlichen Judikatur in „Betrieben des Baugewerbes“ tätig sind. Deshalb mögen Arbeitgeber und Arbeitnehmer des Facility Management zwar gelegentlich koalitionär gebunden gewesen sein – jedoch nicht in den Arbeitgeberverbänden oder Gewerkschaften des Baugewerbes. Sobald sie dann erfuhren, welcher Branche sie „in Wirklichkeit“ angehörten, ging die Motivation zu koalitionärem Engagement verständlicherweise stark zurück. Deswegen weisen die Betriebe heute arbeitgeberseitig (und übrigens auch arbeitnehmerseitig) meist keine mitgliedschaftliche Tarifbindung auf. Die Tarifgeltung beruht in der Regel allein auf der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.

Diese staatliche Tarifierstreckung trifft demnach Bereiche, auf die das Tarifwerk der SOKA-BAU nicht passt. Ein häufiges Beispiel sind Betriebe, die gewerbsmäßig darauf gerichtet sind, Wohnraum vor einer Weitervermie-

205 BAG 27.3.2019, 10 AZR 512/17, NZA 2019, 1508, 1509; BAG 10.9.2014 – 10 AZR 959/13, NZA 2014, 1282, Rn. 37 ff.; BAG 18.5.1994, 10 AZR 646/93, NZA 1995, 484.

tung instand zu setzen. Hier existieren weder witterungsabhängige Beschäftigung noch durch Wettereinflüsse bedingte Arbeitsausfälle. Es trifft nicht zu, dass in solchen Betrieben für Arbeiter im Vergleich zu Angestellten – sofern man sie überhaupt unterscheiden kann – kürzere Arbeitsverhältnisse bestehen. Es gibt auch keine damit verbundenen Schwierigkeiten der Urlaubsnahme oder dadurch bedingte Versorgungslücken im Alter. Derartige baustellenbedingte Einflüsse bzw. Konsequenzen im Bauhauptgewerbe – sofern und soweit es diese dort überhaupt noch gibt – existieren hier schlichtweg nicht. Daher besteht auch keine Notwendigkeit, die Arbeitnehmer solcher Betriebe hinsichtlich der Teilnahme am Urlaubskassenverfahren oder der Zusatzversorgung unterschiedlich zu behandeln. Es besteht kein Legitimationszusammenhang zwischen dem Grund der Ungleichbehandlung und der jeweiligen Rechtsfolge. Das Ziel der Ungleichbehandlung kann in solchen Betrieben durch eine staatlich erzwungene Differenzierung von Arbeitern und Angestellten nicht erreicht werden.

Die betreffenden Betriebe des Facility Management sind jedenfalls von der Allgemeinverbindlicherklärung auszunehmen. Gleiches gilt für jede (sonstige) Facility-Management-Aktivität. Sie ist in keiner Weise mit irgendeiner Tätigkeit verbunden, die bei Minustemperaturen nicht ausgeübt werden könnte. Unternehmen können nicht durch die Allgemeinverbindlicherklärung vor allem des VTV in ein für sie unpassendes (und für sie nie gedachtes) Sozialkassensystem gezwungen werden mit der Folge, eine betriebliche Ungleichbehandlung durch eine Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten einführen und „leben“ zu müssen. Dieses Gruppenprinzip ist gesetzlich wie tarifrechtlich als rechtswidrig erkannt und aufgegeben worden.

5. Einzelfälle der Ungleichbehandlungen

Die Unzulässigkeit dieser erzwungenen Schlechterstellung ist mit Blick auf einzelne durch die Tarifverträge der SOKA-BAU bewirkten Ungleichbehandlungen von Arbeitern und Angestellten weiter zu konkretisieren:²⁰⁶

206 S. zu den Ungleichbehandlungen bereits im Einzelnen oben I. 2.

a. Urlaubskassenverfahren

Bei der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitern und Angestellten im Urlaubskassenverfahren und Lohnausgleichsverfahren zeigt sich besonders deutlich die hier festgestellte verfassungswidrige Ungleichbehandlung durch unzulässige Pauschalierung, Typisierung und fehlenden Legitimationszusammenhang zwischen Unterscheidungsgrund sowie Unterscheidungsmerkmal.²⁰⁷ Unterschiedliche Zahlungen von Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld für Angestellte (hier gilt § 11 BUrlG plus Zahlung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes) und Arbeiter (Urlaubsvergütung i.H.v. 14,25 v.H. nach § 8 4.1 BRTV) des Bruttolohnes können nicht auf branchenspezifische Besonderheiten zurückgeführt werden. Solche branchenspezifische Besonderheiten existieren beispielsweise bei der Instandsetzung leerstehenden Wohnraums – und auch in sonstigen Bereichen des Facility Management – schlichtweg nicht.

Die durch die Tariferstreckung entstehenden Beitragspflichten der Arbeitgeber für die Teilnahme am Urlaubskassenverfahren sind enorm. Der Sozialkassenbeitrag liegt beispielsweise für die in § 15 Abs. 2 VTV aufgezählten Bundesländer West bei 20,2 v.H. der Summe der Bruttolöhne aller vom Tarifvertrag erfassten Arbeiter des Betriebs (Bruttolohnsumme). In diesem Gesamtprozentsatz enthalten sind beispielsweise für das Urlaubsverfahren 15,1 v.H., obwohl die Urlaubsvergütung – wie gesagt – lediglich 14,25 v.H. beträgt. Der Arbeitgeber leistet also sehr viel höhere Beiträge als er bzw. seine Beschäftigten in Form von Erstattungen erhalten. Das ist verständlich, da die Urlaubskasse finanziert werden muss – samt ihrem Verwaltungsapparat, dem es nicht gelingt, die Effizienz vergleichbarer deutscher Sozialversicherungsträger zu erreichen. Aber auch unabhängig davon lassen sich weder Beitragspflichten noch bürokratischer Aufwand rechtfertigen, wenn es keine ständig wechselnde unterjährige Beschäftigung von Arbeitern im Verhältnis zu Angestellten gibt.

Dieses Ergebnis folgt zudem aus der Regelung des § 13 Abs. 2 BUrlG:

Historisch sollte durch diese Norm dem Arbeitnehmer aufgrund der starken Fluktuation ein zusammenhängender Urlaubsanspruch gegenüber dem jeweils aktuellen Arbeitgeber entstehen. Dabei wurde in Kauf genommen, dass gegebenenfalls lediglich ein Teilanspruch begründet würde.²⁰⁸ Dieses Konstrukt galt für kurze Beschäftigungsverhältnisse, weshalb § 13

207 Oben IV. 3.

208 Neumann in: Neumann/Fenski/Kühn, Bundesurlaubsgesetz, 12. Auflage 2021, § 13 Rn. 1 m.w.N.

Abs. 2 BUrlG auf Arbeitsverhältnisse mit einer Dauer von unter einem Jahr abstellt. Insofern liegt der Fokus auf der grundsätzlich geltenden Jahresbetrachtung gemäß § 5 BUrlG.

Nun ist bereits festgehalten worden, dass dieses Ausmaß an Fluktuation heute nicht mehr der Wirklichkeit entspricht.²⁰⁹ Mit Blick auf den weiten betrieblichen Anwendungsbereich des VTV werden aber – wie gesehen – überwiegend solche Unternehmen einbezogen, für die eine solche Fluktuation entweder nicht besteht oder zumindest nicht in der Weise, dass es sich erklären ließe, bei der Urlaubsgestaltung pauschal zwischen Arbeitern und Angestellten zu trennen. Daher ist auch nicht zu verstehen, warum im Rahmen sachgerechter Pauschalierung zumindest nicht Betriebe von dem VTV oder jedenfalls von der Allgemeinverbindlicherklärung ausgenommen werden, für die eine solche Fluktuation – und zwar auch branchentypisch – sicher nicht besteht.

Schließlich ist mit Blick auf § 13 Abs. 2 BUrlG zu bedenken, dass hier nicht nur irgendeine höhere Fluktuation bezüglich der Arbeitsverhältnisse von Arbeitern im Vergleich zu Angestellten darzutun ist. Es muss vielmehr davon auszugehen sein, dass es sich um zeitlich unterjährige Arbeitsverhältnisse handelt. Der VTV lässt sich somit überhaupt nur bei ständig unterjährig wechselnden Arbeitgebern nachvollziehen.²¹⁰ Davon ist jedenfalls bei den durch den weiten Baubegriff erfassten Betrieben des Facility Managements nicht auszugehen.

Aus dem Gesetzeszweck der Ermöglichung frühzeitiger zusammenhängender Urlaubsgewährung ergibt sich zudem auch nicht die Legitimation einer Ungleichbehandlung bei der Entgeltfortzahlung in Form des Urlaubsentgelts oder bei der Leistung eines zusätzlichen Urlaubsgelds. Je nach individueller Vergütungshöhe der Arbeitnehmer folgen aus den verschiedenen Berechnungsmethoden, die für Arbeiter und Angestellte gelten, unterschiedlich hohe Zahlungs- und Leistungspflichten. Sie sind nicht bloß Folgen eines getrennten Lohn- und Gehalts(eingruppierungs)systems, sondern einer unterschiedlichen Berechnung. Dies, ohne dass ein legitimer Grund hierfür erkennbar wäre.

209 Oben IV. 3. f.

210 Dass so etwas einfach unterstellt wird bei der Reichweite der Rechtsfolgen, die sich aus dem VTV ergeben, ist nicht nachzuvollziehen; siehe *Neumann* in: *Neumann/Fenski/Kühn*, Bundesurlaubsgesetz, 12. Auflage 2021, § 13 Rn. 79 ff.

b. Zusatzversorgung

Auch im Bereich der Zusatzversorgung besteht eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung. Ein unterschiedlicher Versorgungsbedarf einzelner Arbeitnehmergruppen als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung mag zwar in bestimmten Situationen einleuchten. So kann es beispielsweise sinnvoll sein, Versorgungsleistungen vorzuhalten für Personen mit geringem Einkommen, während andere auf Eigenvorsorgemöglichkeit verwiesen werden.²¹¹ Ein unterschiedlicher Versorgungsbedarf an sich wird durch den VTV und den zugrundeliegenden Rahmentarifverträgen aber nicht zum Anlass für verschiedene Regelungen genommen. Obwohl es heißt, der VTV begegne gerade den Versorgungslücken der Arbeiter, da diese früher aus dem Erwerbsleben scheiden, werden auch die Angestellten in die Zusatzversorgung in Form der Tarifrrente BAU und der Rentenbeihilfen einbezogen. Dann aber ist nicht zu erklären, dass für die beiden Gruppen unterschiedliche Beitragszusagen gegeben werden, die – wiederum abhängig vom individuellen Entgelt – zu unterschiedlich hohen Versorgungsleistungen führen. Das lässt sich weder pauschal mit dem Hinweis auf einen unterschiedlichen Verdienst erklären, noch wird deutlich, wie verschieden hohe Beitragszusagen etwaige Versorgungsunterschiede ausgleichen könnten.²¹²

Gleiches gilt für die unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten hinsichtlich der Zusatzversorgung. Der Arbeitgeber hat gemäß § 15 Abs. 2 VTV für die Zusatzversorgung der Arbeiter einen Betrag von 3,2 v.H. der Bruttolohnsumme zu zahlen. Für die Angestellten hat er dagegen nach § 16 Abs. 1 VTV einen monatlichen Festbetrag zu leisten; so müssen beispielsweise Arbeitgeber mit Betriebssitz im Gebiet der alten Bundesländer und des Westteils des Landes Berlin pauschal 67 EUR zahlen. Auch dies kann nichts mit (behaupteten) Versorgungslücken der Arbeiter zu tun haben.

Des Weiteren ist aus dem Tarifwerk der SOKA-BAU nicht zu erklären, wieso bei der Berechnung des Urlaubsentgelts Verdienstkürzungen bei den Angestellten keine Rolle spielen, sich bei den Arbeitern aber auswirken, da sie den Bruttolohn als Bezugsgröße reduzieren. Je nach Gehalts- oder Lohnhöhe hat dies verschiedene Folgen. Auch hier ist nicht ersichtlich, was eine solche Regelung mit branchenspezifischen Besonderheiten der Baustellenarbeit zu tun haben soll.

211 BAG 10.12.2002, 3 AZR/02, NZA 2004, 321.

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

c. Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall

Ebenso ist eine Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, die exklusiv für Angestellte vorgesehen ist, nicht zu rechtfertigen. Diese Ungleichbehandlung hat nichts mit den Gründen zu tun, die dem VTV nach den Verlautbarungen der SOKA-BAU²¹³ branchenspezifische Legitimation verschaffen sollen. Der Grund der Ungleichbehandlung zwischen Arbeitern und Angestellten erschließt sich nicht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, ob dadurch eine andere Schlechterstellung der Angestellten ausgeglichen werden soll. Genauso wenig kann davon ausgegangen werden, dass es darum gehen könnte, einen für Angestellte vermeintlich höheren Lebensstandard durch die Gehaltsfortzahlung zu wahren. Das entspräche veraltetem Standesdenken. Auch können etwaige höhere Krankenstände von Arbeitern im Verhältnis zu Angestellten – die es ohnehin nicht mehr gibt – keinen legitimen Grund darstellen. Sofern nämlich die körperliche Arbeit Grund der Arbeitsunfähigkeit wäre, dürfte dies nach der Rechtsprechung des BVerfG gerade nicht auch noch zum Nachteil der Arbeiter wirken.²¹⁴ In der Gehaltsfortzahlung bei Krankheit nach dem Ende des Entgeltfortzahlungszeitraums vollzieht sich demnach dieselbe Ungleichbehandlung, die der Gesetzgeber im Entgeltfortzahlungsrecht wegen ihrer Verfassungswidrigkeit abgeschafft hat.²¹⁵

d. Gehaltsfortzahlung im Todesfall und Sterbegeld

Auch verwundert es, dass die Gehaltszahlung im Todesfall für Angestellte deutlich höher ist als die Sterbegeldzahlung an die Hinterbliebenen von Arbeitern. Die hier durch Allgemeinverbindlicherklärung erzwungene Ungleichbehandlung ist deutlich: Die Angehörigen von Angestellten erhalten einen Monatslohn, während den Angehörigen eines Arbeiters ein Wochenlohn zusteht. Ein Grund für die Ungleichbehandlung ist dem BRTV und dem Rahmentarifvertrag für die Angestellten und Poliere des Baugewerbes nicht zu entnehmen. Ein unterschiedliches Bedürfnis zur Erhaltung des finanziellen Lebensstandards kann als Differenzierungsgrund abermals nicht überzeugen. Sonst müssten hoch bezahlte Arbeiter im Vergleich zu niedriger bezahlten Angestellten auch bessergestellt sein, was aber nicht der Fall ist. Es erhalten einfach pauschal alle Angestellten jeweils höhere

213 <https://www.soka-bau.de/ueber-uns> (letzter Abruf 20.2.2026); vgl. näher oben I 1.

214 BVerfG 1.9.1997, 1 BvR 1929/95, NZA 1997, 1339, 1340.

215 Oben unter III. f.

Zahlungen als Arbeiter. Da hier schlicht an den bloßen Status angeknüpft wird, kann eine solche Besserstellung vor Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bestand haben. Allenfalls wäre in Betracht zu ziehen, dass Arbeiter eine höhere Zahlung erhalten, wenn die Ursache für ihren Tod im Betrieb zu finden ist, beispielsweise, weil sich das branchenspezifische Tätigkeitsrisiko der Baustellenarbeit verwirklicht hat. Die Rahmentarifverträge sehen aber auch in diesem Fall unverständlicherweise deutlich höhere Zahlungen an die Hinterbliebenen der Angestellten vor.

e. Kündigungsfristen

Schließlich halten auch die verschieden langen Kündigungsfristen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht stand. Zum einen gilt hier ebenfalls das bereits Gesagte.²¹⁶ Es wird pauschal durch eine bloße Zuordnung als Arbeiter oder Angestellter darüber befunden, ob eine kürzere Kündigungsfrist (für Arbeiter) oder eine längere Kündigungsfrist (für Angestellte) gilt. Diese Ungleichbehandlung wird durch Allgemeinverbindlicherklärung für alle erfassten Unternehmen erzwungen. Sie greift unabhängig davon, ob bei den Unternehmen das Phänomen der erhöhten Personalfuktuation existiert oder nicht, und unabhängig davon, ob bei Unternehmen, die eine solche besondere Fluktuation aufweisen (sofern solche Unternehmen überhaupt existieren), lediglich die Arbeiter und nicht die Angestellten betroffen sind. Nur dann käme ein denkbare Bedürfnis in Betracht, die Arbeitsverhältnisse der Arbeiter im Vergleich zu denjenigen der Angestellten schneller beenden zu können.

Im Übrigen widerspricht die Einschätzung, Arbeitsverhältnisse mit Arbeitern müssten fluktuationsbedingt schneller beendet werden können, den Einschätzungen, die dem Urlaubsverfahren als Grundlage dienen. Für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Urlaubsverfahren geht man von einer weniger als einjährigen Beschäftigung aus, während bei den Kündigungsfristen Ungleichbehandlungen bis zum Erreichen von fünf Beschäftigungsjahren erlaubt sein sollen. Der Zeitraum der Ungleichbehandlung bei den Kündigungsfristen ist also zumindest viel zu lang.²¹⁷

An dieser Stelle kommt die Bewertung des BVerfG zum Tragen, das im Jahr 1990 die gesetzliche Ungleichbehandlung von Arbeitern und Angestell-

216 IV. 3.

217 Vgl. BAG 2.4.1992, 2 AZR 516/91, AP BGB § 622 Nr. 38.

ten bei den Kündigungsfristen wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärte: Wenn die kürzere Kündigungsfrist als konjunkturbedingtes Flexibilisierungsinstrument verstanden wird, muss sie sich auf betriebsbedingte arbeitgeberseitige Kündigungen beschränken. In Bezug auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen gibt es demnach keine einleuchtende Legitimation für eine allgemeine Ungleichbehandlung.²¹⁸

218 BVerfG 30.5.1990, 1 BvL 2/83, NZA 1990, 721, 722.

