

Hendrik Gülker

Die Geltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG

Eine verfassungsrechtliche Analyse

Herausgegeben von
Frank Bayreuther

Band 10



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND EUROPÄISCHEN ARBEITSRECHT

Herausgegeben von Frank Bayreuther

Band 10



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Hendrik Gülker

Die Geltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG

Eine verfassungsrechtliche Analyse



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2011

Umschlaggestaltung:

© Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

D 739

ISSN 1865-634X

ISBN 978-3-653-02029-8 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02029-8

ISBN 978-3-631-62220-9 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sowie Gesetzgebungsverfahren und die Geltung von Tarifverträgen sind bis Oktober 2011 berücksichtigt.

Mein aufrichtiger Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Frank Bayreuther, der sich für das Thema der Dissertation sofort aufgeschlossen zeigte und stets für offene Diskussionen zur Verfügung stand. Für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Schriften zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht“ gebührt ihm ebenfalls mein herzlicher Dank. Herrn Prof. Dr. Hans-Georg Dederer danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Für die Zurverfügungstellung von Daten zur Arbeitnehmerentsendung danke ich dem Deutschen Rentenversicherung Bund, hier insbesondere Herrn Frank Maly.

Weiterhin danke ich Frau Nina Schneider und Herrn Dr. Tobias Volkwein für ihre wichtigen Diskussionsbeiträge und die Mithilfe beim Korrekturlesen. Mein tiefster Dank gilt schließlich meinem Vater. Er hat nicht nur diese Arbeit, sondern auch mein Studium und mich ganz persönlich zu jeder Zeit unterstützt. Hierfür kann ich mich kaum genügend bedanken. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	13
Erster Teil: Einleitung	17
§ 1 Problemaufriss	17
§ 2 Gang der Untersuchung	22
Zweiter Teil: Zwingende Geltung des günstigeren Tarifvertrags (§ 8 Abs. 1, 2 AEntG).....	23
§ 1 Allgemeine Entwicklungen	23
A. Vom Entsendeschutzgesetz zum Arbeitnehmerschutzgesetz	23
B. Von der Spezialität zur Günstigkeit – die Rechtsprechung des BAG	25
I. Geltungserstreckter Tarifvertrag und arbeitsvertragliche Bezug- nahme.....	26
1. Unterschiedliche Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre	26
2. Stellungnahme.....	27
3. Weitere Entwicklung in der Rechtsprechung	27
4. Aufgabe des Spezialitätsprinzips	29
II. Tarifkonkurrenzen.....	29
C. Ergebnis.....	30
§ 2 Auslegung von § 8 Abs. 1, 2 AEntG.....	30
A. Einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers?	31
B. Partielle Aufrechterhaltung des Spezialitätsprinzips?	32
C. Ergebnis.....	33
§ 3 Mindestlohtarifverträge.....	34
A. Geltungsbereich der Mindestlohtarifverträge.....	35
Exkurs: Geltungsbereich des Mindestlohtarifvertrags der Gebäude- reiniger	36
B. Günstigkeitsvergleich bei Mindestlohtarifverträgen	39
I. Vergleichsmaßstab	40
II. Vergleichszeitraum	41
III. Vergleichspaket	42
IV. Mindestlöhne i. S. des AEntG.....	42
1. Moderate Ausdifferenzierungen	42

2. Tatsächliche Arbeitsleistung	43
3. Überstundensätze	45
4. Bauzuschlag	45
5. Zusätzliche Leistungen	45
C. Koalitionsfreiheit	47
I. Prüfungsmaßstab	47
1. Arbeitnehmerentsendegesetz und Unionsrecht	48
2. Regelungsverpflichtung des nationalen Gesetzgebers?	50
3. Ergebnis	51
II. Schutzbereich der Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen?	51
III. Eingriff?	52
1. Mögliche Beeinträchtigungsformen	52
2. Tariftreuebeschluss	54
3. Kernbereichsschutz zugunsten des Gesetzgebers?	55
4. Eingriff oder Ausgestaltung?	57
a) Ausgestaltung und Beeinträchtigung	58
b) Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Rechtfertigung ..	60
c) Zwischenergebnis	61
d) Schlussfolgerung für § 8 Abs. 1, 2 AEntG	61
IV. Potentielle Rechtfertigungsgründe	62
V. Unionsrechtliche Rechtfertigungsversuche	64
VI. Bekämpfung der Arbeitslosigkeit	64
1. Rechtsprechung des BVerfG – fehlende Prüfung der Plausibilität	64
2. Geeignetheit	67
a) Auswirkungen auf den generellen Beschäftigungsstand in Deutschland?	67
b) Auswirkungen innerhalb der jeweiligen Branche?	68
aa) Negative Auswirkungen?	68
bb) Positive Auswirkungen?	70
c) Ergebnis	72
3. Erforderlichkeit	72
a) Anwendung des Spezialitätsprinzips?	73
aa) Prüfungsmaßstab	73
bb) Verstoß gegen die Entsenderichtlinie?	75
(1) „Portugaia Construções“	76
(a) Rechtliche Hindernisse?	76
(b) Tatsächliche Hindernisse?	78
(c) Zwischenergebnis	80

(2) „Rüffert“	81
(3) „Laval“	82
(4) Ergebnis	83
b) Geltung des ausländischen Tarifvertrags	83
c) Bedingte Geltung des ausländischen Tarifvertrags	85
d) Ökonomische Beschränkung ausländischer Tarifverträge?	86
e) Ergebnis	87
4. Angemessenheit	87
a) Entsenderelevanz der Branchen des AEntG	88
b) Bewertung	90
VII. Gewährleistung angemessener Mindestlöhne	91
1. Verfassungsrang angemessener Mindestlöhne?	91
2. Angemessenheitsbegriff	93
a) Niedrigster Tarif?	93
b) Sicherung des Existenzminimums?	94
c) Ermittlung zu berücksichtigender Bezugskriterien	95
3. Zwischenergebnis	97
4. Verhältnismäßigkeit	97
a) Intensität des Eingriffs	98
aa) Konkurrenztarifverträge	98
bb) Zwischenergebnis	100
cc) Sanierungstarifverträge	101
b) Dringlichkeit des Arbeitnehmerschutzes	102
c) Gesamtbewertung	102
Exkurs: Neue Rechtsprechung des BAG zur Tarifpluralität	102
D. Koalitionsfreiheit ausländischer Koalitionen	104
E. Arbeitsvertragsfreiheit	105
§ 4 Urlaubstarifverträge im Baugewerbe	105
A. Grundlagen	105
B. Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Urlaubstarifverträge im Baugewerbe	108
C. „Fachliche“ Tarifkollisionen	109
D. Günstigkeitsprinzip bei Urlaubstarifverträgen im Baugewerbe	110
I. Eingriff?	113
1. Lohnunternehmer	113
2. Betriebe der holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie	114
3. Metall-, holz- und kunststoffverarbeitendes Handwerk	116
a) Allgemeine Entwicklung	116
b) Verankerung des Spezialitätsprinzips	117
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	119

III. Schlussfolgerungen	120
§ 5 Leiharbeit	121
A. § 8 Abs. 3 AEntG	121
B. Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit	124
I. Konkrete Beeinträchtigung bzw. Gefährdung der Tarif- autonomie durch § 8 Abs. 3 AEntG.....	125
II. Dringlichkeit des Schutzes der Arbeitnehmer	127
III. Ergebnis	127
Dritter Teil: Die Instrumente der Geltungserstreckung	129
§ 1 Ermächtigungsgrundlage (§ 7 AEntG)	129
A. Formelle Verfassungsmäßigkeit von § 7 AEntG.....	129
I. Anforderungsprofil von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.....	130
II. Zusätzliche verfahrensrechtliche Erfordernisse	131
III. Konzeption der Erstreckungsverordnung	133
1. Geschriebene Voraussetzungen	133
2. Ungeschriebene Voraussetzungen	135
a) Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer.....	135
b) Angemessenheit der Mindestlohnhöhe	137
c) 50 %-Quote	137
IV. Schlussfolgerungen für die formelle Verfassungsmäßigkeit	138
B. Materielle Verfassungsmäßigkeit	139
I. Das Repräsentativitätskriterium	140
1. § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 AEntG	140
2. Eingeschränkter Anwendungsbereich des Repräsentativitätskriteriums	142
3. Auswirkung des Repräsentativitätskriteriums	143
a) Bevorzugung größerer Arbeitgeber bzw. Arbeit- geberverbände?	143
b) Benachteiligung kleinerer Gewerkschaften?	144
II. Das Gebot der Staatsneutralität	145
1. Ausgangsentscheidung	145
2. Tariffähigkeit von Arbeitnehmervereinigungen	145
3. Tariffähigkeit als Grenze staatlicher Einflussnahme	147
a) Tariffähigkeit und Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen	147
b) Zwischenergebnis	149
c) Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen im Anwendungs- bereich des AEntG	149
d) Gesamtbewertung	151
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	151

Exkurs: Repräsentativität als Antwort auf einen zunehmenden Gewerkschaftspluralismus?	154
IV. Effektiver Rechtsschutz	156
1. Bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten	156
a) Entscheidungen des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg	157
b) Rechtsprechung des BVerwG	158
c) Rechtsprechung des BVerfG	159
d) Stellungnahme	159
2. Mögliche Anträge	160
3. Zwischenergebnis	161
4. Effektivität des Rechtsschutzes?	162
a) Wirkung eines verwaltungsgerichtlichen Feststellungs-urteils	162
b) Analoge Anwendung von § 9 TVG?	164
c) Bewertung	165
§ 2 Allgemeinverbindlicherklärung § 5 TVG	166
A. Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlohntarifverträgen?	167
I. Unterschiedlicher Zweck von § 5 TVG und § 7 AEntG	167
II. Unterschiedliche Konstruktion und unterschiedlicher Zweck des Repräsentativitätskriteriums	167
III. Schlussfolgerungen für die Anwendung von § 5 TVG bei Mindestlohntarifverträgen	169
B. Allgemeinverbindlicherklärung von Urlaubstarifverträgen des Baugewerbes	169
C. Ergebnis	170
Vierter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	171
§ 1 Allgemeines	171
§ 2 Mindestlohntarifverträge	171
§ 3 Urlaubstarifverträge im Baugewerbe	173
§ 4 Leiharbeit	174
§ 5 Die Instrumente der Geltungserstreckung	175
Literaturverzeichnis	177

Abkürzungsverzeichnis

a. A	=	andere Ansicht
a. F.	=	alte Fassung
ABl.	=	Amtsblatt
Abs.	=	Absatz
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
AentG	=	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	=	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	=	Aktiengesellschaft
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGV	=	Arbeitgeberverband
AktG	=	Aktiengesetz
AMP	=	Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister
Anm.	=	Anmerkung
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	=	Arbeitsgericht
ArbGG	=	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	=	Arbeitsrecht Aktuell
ArbZG	=	Arbeitszeitgesetz
Art.	=	Artikel
As.-Drs.	=	Ausschuss Drucksache
AÜG	=	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	=	Auflage
AuR	=	Arbeit und Recht
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BAGE	=	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	=	Bundesanzeiger
BAT	=	Bundesangestelltentarifvertrag
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	=	Betriebsberater
BDA	=	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDE	=	Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft
BeckRS	=	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	=	Betriebsverfassungsgesetz

BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BMAS	=	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BR-Drs.	=	Drucksache des Bundesrats
BRTV	=	Bundesrahmentarifvertrag
BT-Drs.	=	Drucksache des Bundestags
BurlG	=	Bundesurlaubsgesetz
BverfG	=	Bundesverfassungsgericht
BverfGG	=	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BverwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BZA	=	Bundesverband Zeitarbeit
bzw.	=	beziehungsweise
CDU	=	Christlich Demokratische Union
CGB	=	Christlicher Gewerkschaftsbund
CGM	=	Christliche Gewerkschaft Metall
CGPT	=	Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation
CGZP	=	Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen
CSU	=	Christlich Soziale Union
d.h.	=	das heißt
DAG	=	Deutsche Angestelltengewerkschaft
DAV	=	Deutscher Anwaltverein
DB	=	Der Betrieb
DGB	=	Deutscher Gewerkschaftsbund
DHV	=	Deutscher Handels- und Industrieangestellten-Verband im CGB
DTV	=	Deutscher Textilreinigungsverband
DVO	=	Durchführungsverordnung
EFZG	=	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EG-Vertrag	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	=	Einführungsgesetz zum BGB
Einf.	=	Einführung
Einl.	=	Einleitung
Entsende-RL	=	Entsenderichtlinie
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof
EUROSTAT	=	Statistisches Amt der Europäischen Union
EzA	=	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FDP	=	Freie Demokratische Partei

Fn.	= Fußnote
FS	= Festschrift
GA	= Generalanwalt
gem.	= gemäß
GEW	= Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz
GK	= Gemeinschaftskommentar
GNBZ	= Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste
GÖD	= Gewerkschaft Öffentlicher Dienst
GS	= Gedächtnisschrift
h. L.	= herrschende Lehre
h. M.	= herrschende Meinung
HwO	= Handwerksordnung
i. S.	= im Sinne
i. S. v.	= im Sinne von
i. V. m.	= in Verbindung mit
IAB	= Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
IG	= Industriegewerkschaft
IGBCE	= Industriegewerkschaft Chemie und Energie
iGZ	= Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V.
IHK	= Industrie- und Handelskammer
intex	= Industrieverband Textil Service
LAG	= Landesarbeitsgericht
Lit.	= litera, Buchstabe
LohnFG	= Lohnfortzahlungsgesetz
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
MBL	= Gesetz über die Mitbestimmung im Arbeitsleben (Schweden)
MiArbG	= Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen – Mindestarbeitsbedingungengesetz
MOE	= Länder in Mittel- und Osteuropa
MTV	= Manteltarifvertrag
n. F.	= neue Fassung
NBZ	= Neue Brief- und Zustelldienste
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	= NJW- Rechtsprechungsreport
NZA	= Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	= NZA- Rechtsprechungsreport
OVG	= Oberverwaltungsgericht

OwiG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – Ordnungswidrigkeiten-Gesetz
RdA	= Recht der Arbeit
RL	= Richtlinie
Rn.	= Randnummer
RWI	= Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
S.	= Seite, Satz
SAE	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	= Sozialgesetzbuch
sog.	= sogenannt
SOKA	= Sozialkasse
TV	= Tarifvertrag
TVG	= Tarifvertragsgesetz
TVöD	= Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	= Teilzeitbefristungsgesetz
UKB	= Urlaubskasse des bayerischen Baugewerbes
ULAK	= Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft
Unterabs.	= Unterabsatz
ver.di	= Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VG	= Verwaltungsgericht
vgl.	= vergleiche
VKA	= Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
VO	= Verordnung
VTV	= Verfahrenstarifvertrag
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WAZ	= Westdeutsche Allgemeine Zeitung
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZIP	= Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	= Zivilprozessordnung
ZVEH	= Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke

Erster Teil: Einleitung

§ 1 Problemaufriss

Das AEntG schafft einen Rechtsrahmen, um tarifvertragliche Mindestarbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in bestimmten Branchen verbindlich zu machen, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im In- oder Ausland hat. Während es zunächst nur für die Baubranche Anwendung fand,¹ wurden 2007 das Gebäudereinigerhandwerk² und das Briefdienstleistungsgewerbe³ aufgenommen. Das neu konzipierte AEntG ist am 23.4.2009 in Kraft getreten⁴ und wurde durch die Aufnahme sechs weiterer Branchen in seinem Anwendungsbereich noch einmal erheblich erweitert (vgl. § 4 AEntG). Nun können Mindestarbeitsbedingungen auch im Bereich von Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Aus- und Weiterbildungsleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch des Sozialgesetzbuchs, der Abfallwirtschaft und der Pflegedienstbranche festgesetzt werden.

Die Festsetzung erfolgt in der Regel durch das BMAS,⁵ entweder durch Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG oder über die Erstreckungsverordnung gem. § 7 AEntG.⁶ Durch diese Instrumente kann die Geltung von Mindestarbeitsbedingungen, die in einem Tarifvertrag geregelt sind und zunächst gem. § 4 Abs. 1 TVG nur für die Tarifvertragsparteien unmittelbar gelten, auf die anderen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einer Branche erstreckt werden. Sowohl die Allgemeinverbindlicherklärung als auch die Erstreckungsverordnung erschöpfen sich in der personellen Normerstreckung. Die Normen des Tarifver-

1 BGBl. I 1996, S. 227 ff.

2 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes v. 25.4.2007, BGBl. I 2007, S. 576 f.

3 Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes v. 21.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3140.

4 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen v. 23.04.2009, BGBl. I 2009, 799 ff.

5 Nur für den in § 7 Abs. 5 S. 3 AEntG beschriebenen Fall ist ausnahmsweise die Bundesregierung zuständig.

6 Für die Pflegebranche gilt ein eigenes Festsetzungsverfahren, vgl. §§ 10 ff. AEntG.

trags werden durch die Geltungserstreckung weder sachlich erweitert noch abgeändert.

Gegenstand eines gem. § 7 AEntG erstreckten Tarifvertrags können Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze (nachfolgend: Mindestlöhne), die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld und die mit den Urlaubsansprüchen im Zusammenhang stehende Einziehung von Beiträgen sowie die Gewährung von Leistungen durch gemeinsame Einrichtungen sein. Gegenstand einer Allgemeinverbindlicherklärung können ebenfalls die genannten Mindestarbeitsbedingungen sein. Darüber hinaus können die in § 2 Nr. 3 bis 7 AEntG genannten Mindestarbeitsbedingungen gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Für diese bestehen allerdings bereits gesetzliche Mindeststandards.⁷ Im Anwendungsbereich des AEntG geht es daher vornehmlich um die Geltungserstreckung tariflicher Mindestentgeltsätze (Mindestlohtarifverträge) und urlaubsspezifischer Mindestarbeitsbedingungen, die mit dem Urlaubskassenverfahren der Baubranche zusammenhängen (Urlaubstarifverträge im Baugewerbe).⁸ Sie war bereits früh Gegenstand verfassungsrechtlicher Diskussionen. Im Fokus stand zunächst die formelle Verfassungsmäßigkeit (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) der Ermächtigungsgrundlage der Erstreckungsverordnung (§ 7 AEntG, damals geregelt in § 1 Abs. 3a AEntG).⁹ Nachdem das BVerfG diese in einem Nichtannahmebeschluss bejahte,¹⁰ schien die Verfassungsmäßigkeit des AEntG für die Rechtspraxis geklärt. Dies änderte sich durch einen Beschluss des 10. Senats des BAG vom 13.5.2004,¹¹ der die Auflösung von Tarifvertragskollisionen im Anwendungsbereich des AEntG betraf. Die Geltungserstreckung tarifvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen kann zu einer Tarifvertragskollision führen, das heißt, dass zwei Tarifverträge – der geltungserstreckte Tarifvertrag¹² und ein anderer Tarifvertrag – auf einen Betrieb An-

7 Vgl. hierzu *Thüsing*, in: *Thüsing*, AEntG/MiArbG, § 2 AEntG Rn. 9 ff.

8 Gemeint sind die das Urlaubskassenverfahren im Baugewerbe betreffenden Tarifverträge. Das sind der Bundesrahmentarifvertrag Bau (BRTV-Bau), der Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Verfahrenstarifvertrag – VTV-Bau), und der Tarifvertrag über Urlaubsregelungen für die gewerblichen Arbeitnehmer in Bayern (TV-Bau Bayern). Genau genommen ist die Bezeichnung „Urlaubstarifverträge“ nicht ganz zutreffend, weil die Tarifverträge neben urlaubsspezifischen Bestimmungen auch andere Regelungen enthalten. Dennoch wird im Folgenden von „Urlaubstarifverträgen des Baugewerbes“ gesprochen, weil nur die urlaubsspezifischen Bestimmungen für das AEntG relevant sind.

9 Vgl. *Lakies*, in: *Däubler*, Anhang 2 zu § 5 TVG, § 1 AEntG Rn. 54 m. w. N.

10 BVerfG v. 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG = NZA 2000, 948 (949).

11 BAG v. 13.5.2004 – 10 AS 6/04.

12 Die Bezeichnung „geltungserstreckter Tarifvertrag“ erfasst sowohl den nach § 7 AEntG erstreckten Tarifvertrag als auch den gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag.

wendung finden. Bei diesem anderen Tarifvertrag kann es sich entweder um einen Firmentarifvertrag handeln, den der Arbeitgeber selbst mit einer Gewerkschaft geschlossen hat, oder um einen Verbandstarifvertrag, den ein Arbeitgeberverband mit einer Gewerkschaft geschlossen hat und an den der jeweilige Arbeitgeber kraft Verbandsmitgliedschaft unmittelbar gebunden ist. Wegen der freien Entscheidung zur unmittelbaren Tarifbindung wird dieser andere Tarifvertrag auch als „freier Tarifvertrag“ bezeichnet.¹³ Für die Auflösung dieser Kollisionen hatte die Rechtsprechung zunächst das Spezialitätsprinzip angewandt. Danach sollte der Tarifvertrag Anwendung finden, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am ehesten gerecht wird.¹⁴ Dies führte regelmäßig dazu, dass im Ergebnis der freie Tarifvertrag zur Anwendung kam, weil er gegenüber dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag der speziellere war.¹⁵ Diese Rechtsprechung gab der 10. Senat des BAG für den Bereich der „Urlaubstarifverträge des Baugewerbes“ mit dem genannten Beschluss auf.¹⁶ Die Urlaubstarifverträge des Baugewerbes sollten nun zwingend gelten, es sei denn, dass der freie Tarifvertrag günstigere Mindestarbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer vorsieht.¹⁷ Es war nun nicht mehr maßgeblich, welcher Tarifvertrag spezieller auf den jeweiligen Betrieb passte, sondern welcher Tarifvertrag die günstigeren Bedingungen enthielt. Da es hierdurch zur Verdrängung ungünstigerer freier Tarifverträge kommen konnte, löste die Rechtsprechungsänderung hinsichtlich der im Grundgesetz verankerten Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) erneut eine verfassungsrechtliche Diskussion aus. Die verfassungsrechtliche Kritik war allerdings verhältnismäßig milde,¹⁸ was wohl auch darauf zurückzuführen war, dass sich das BAG „nur“ auf die

13 Vgl. *Giesen*, ZfA 2008, 355 (357).

14 BAG v. 24.1.2001 – 4 AZR 655/99, AP Nr. 173 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie = NZA 2001, 788 (790) = SAE 2001, mit Anm. *Bartel*; BAG v. 14.6.1989 – 4 AZR 200/89, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG v. 22.2.1957 – 1 AZR 536/55 = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 750 ff.

15 BAG v. 4.12.2002 – 10 AZR 113/02, AP Nr. 28 zu § 4 TVG; BAG v. 25.7.2001 – 10 AZR 599/00, AP Nr. 242 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG v. 26.1.1994 – 10 AZR 611/92, AP Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG v. 14.6.1989 – 4 AZR 471/74, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; anders aber BAG v. 25.7.2001, 10 AZR 599/00, AP Nr. 242 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

16 BAG v. 13.5.2004 – 10 AS 6/04.

17 BAG v. 18.10.2006 – 10 AZR 576/05, AP Nr. 287 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau = NZA 2007, 1111 (1116).

18 Für die Verfassungskonformität: *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, S. 182; *Hanau*, NZA 2003, 128 (131); *Wank/Börgmann*, NZA 2001, 177 (182); zurückhaltend *Bayreuther*, BB 2002, 627 f.; *Bayreuther*, EuZW 2001,