

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 Normerweiterung. 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,

Urlaubstarifverträge im Baugewerbe bezogen hatte¹⁹ und es als plausibel angesehen wurde, dass durch die zwingende Geltung der Urlaubstarifverträge die Funktionalität der Urlaubskassen gestärkt werden könne.²⁰

Neue Dynamik gewann die Diskussion durch ein Urteil des VG Berlin, das die Mindestlohnverordnung in der Briefdienstleistungsbranche für rechtswidrig erklärte.²¹ Diese Entscheidung brachte die beiden zentralen verfassungsrechtlichen Probleme – die zwingende Geltung des günstigeren geltungserstreckten Tarifvertrags und die formelle Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage der Erstreckungsverordnung – gewissermaßen zusammen. Das BMAS hatte in der Briefdienstleistungsbranche einen Mindestlohnar Tarifvertrag gem. § 1 Abs. 3a (nun: § 7 AEntG) mit der Maßgabe erstreckt, dass dieser auch für anderweitig Tarifgebundene zwingend gelten solle. Das VG Berlin sah diese zwingende Geltung wegen einer möglichen verfassungsrechtlichen Beeinträchtigung konkurrierender Koalitionen nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt.

Der Gesetzgeber hat diese Entwicklungen bei seiner Neukonzeption nicht unberücksichtigt gelassen. § 8 Abs. 1, 2 AEntG und § 7 AEntG scheinen wie eine Antwort auf frühere Diskussionen zu sein und geben der verfassungsrechtlichen Debatte eine neue Dimension. Denn nun ist gesetzlich festgeschrieben, dass es auch im Bereich der Mindestlohnar Tarifverträge zu einer Verdrängung ungünstiger freier Tarifverträge kommen kann. Zudem hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 S. 2 AEntG konkret geregelt, dass für den Fall des Bestehens mehrerer konkurrierender Tarifverträge der repräsentativere bei der Geltungserstreckung den Vorzug erhalten soll, was ein zusätzliches Problem aufwirft, weil größere Koalitionen hierdurch besser gestellt werden könnten. Entsprechend kontrovers wird die verfassungsrechtliche Diskussion um die Neukonzeption geführt.²²

764 (766); *Sittard*, ZIP 2007, 1444 (1447 f.); ablehnend *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 147 ff.; *Thüsing*, NZA 2005, 1280 (1283).

19 Das BAG hat in einem neueren Urteil, das noch zur alten Rechtslage erging, offen gelassen, ob die Rechtsprechungsänderung auch für Mindestlohnar Tarifverträge gelten sollte, vgl. BAG v. 8.10.2008 – 5 AZR 8/08 = NZA 2009, 98 (101).

20 *Giesen*, ZfA 2008, 355 (377); *Oetker*, NZA Beil. 2010, 13 (21 f.); *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216 (1217); in diese Richtung auch *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 349 Fn. 45.

21 VG Berlin v. 7.3.2008 – 4 A 439/97 = NZA 2008, 482; vgl. hierzu *Zipperling*, BB 2008, 1790 (1790 ff.); *Greiner*, BB 2008, 840 (840 ff.); *Maier*, NVwZ 2008, 746 (747 ff.).

22 *Bayreuther*, in: *Thüsing*, AEntG/MiArbG, § 8 AEntG Rn. 26 ff.; *Bayreuther*, NJW 2009, 2006 ff.; *Bayreuther*, in: FS Buchner, 2009, S. 41 ff.; *Thüsing*, in: *Thüsing*, AEntG/MiArbG, Einl. Rn. 33 ff.; *Thüsing*, ZfA 2008, 590 ff.; *Sodan/Zimmermann*, ZfA 2008, 526; *Sodan/Zimmermann*, NJW 2009, 2001; *Jacobs*, FS Walz, 2008, S. 289 (305 f.); *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216 ff.; *Schrader*, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 2008, 19 ff.; *Giesen*, ZfA 2008, 355 ff.; *Löwisch*, RdA 2009, 215 (220); *Ulber*, AEntG, § 8 Rn. 52 f.; *Ulber*,

Die vorliegende Arbeit knüpft an diese Debatte an. Ihr Anliegen ist es, einen Beitrag zur Erörterung der aktuellen verfassungsrechtlichen Fragen zu leisten. Der Fokus liegt dabei ausschließlich auf der Bewertung möglicher Eingriffe in die Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen.²³ Die Arbeit beschränkt sich nicht nur auf die verfassungsrechtliche Analyse der Erstreckung von Mindestlohtarifverträgen, sondern schließt die Urlaubstarifverträge des Baugewerbes, die regelmäßig gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden, mit ein. Hier haben in der Vergangenheit vor allem „fachliche“ Tarifkollisionen zu verfassungsrechtlichen Problemen geführt. Zusätzlich wird der Schutz der Leiharbeitnehmer im Anwendungsbereich des AEntG unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechungsentwicklung Gegenstand der verfassungsrechtlichen

AuR 2008, 125 (129 ff.); *Hunnekuhl/zu Dohna-Jaeger*, NZA 2007, 954 (955 ff.); *Köcher*, NZA 2007, 600 ff.; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 390 ff.; *Sittard*, NZA 2009, 346 ff.

- 23 Die Frage, ob die Geltungserstreckung von Tarifverträgen in die Koalitionsfreiheit sog. Außen-seiter eingreift, die keiner Koalition angehören, wurde durch die Rechtsprechung des BVerfG richtigerweise abgelehnt. Soweit sich aus der Geltungserstreckung eines Tarifvertrags ein gewisser Druck zum Eintritt in die jeweiligen Koalitionen ergeben sollte, ist dieser zu gering, als dass dies eine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit bedeuten könne (vgl. BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 = NJW 1977, 2255 (2259); BVerfG v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 = NJW 1981, 215 (215); BVerfG v. 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 = NZA 2000, 948 (949); BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 = NZA 2007, 42 (44); a. A. *Hergenröder*, in: HWK, Art. 9 GG Rn. 70; *Andelewski*, Staatliche Mindestarbeitsbedingungen, S. 83; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 93 ff.; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 44 ff. m. w. N., die von einem Schutz der negativen Vertragsfreiheit ausgehen und die Normunterworfenheit als eigenen Freiheitsbestandteil der Koalitionsfreiheit anerkennen. Diese negative Tarifvertragsfreiheit hat das BVerfG in seinen Entscheidungen nicht einmal in Betracht gezogen; vgl. grundsätzlich zum verfassungsrechtlichen Schutz von „korporativer Staatsgewalt“ *Ausgeschlossener Dederer*, Korporative Staatsgewalt, S. 411 ff.

Teilweise wird zudem angenommen, dass die Geltungserstreckung die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien des geltungserstreckten Tarifvertrags beeinträchtigen könnte, da hierdurch die Anreize für Nichtorganisierte, einer tarifschließenden Koalition beizutreten, sinken würden (*Bieback/Kocher*, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer, Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 57 f.; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 443 ff.; relativierend jedoch zumindest für den Bereich des AEntG *Bayreuther*, in: Thüsing, AEntG/MiArbG, § 8 AEntG Rn. 38; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (16)). Aber auch dies ist abzulehnen, da hierin allenfalls eine mögliche mittelbare Beeinträchtigung der Tarifautonomie zu sehen ist, die die Erheblichkeitsschwelle zum verfassungsrechtlichen Eingriff nicht übersteigt (vgl. BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 = NZA 2007, 42 (45)). Ohnehin dürften die Tarifparteien von der Geltungserstreckung ihres Tarifvertrags regelmäßig profitieren. Letztlich ist hierin eine Aufwertung ihres Tarifvertrags zu sehen (vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 86 ff.). Im Übrigen kann zumindest eine Erstreckungsverordnung nach der Neukonzeption nur ergehen, wenn diese von beiden Tarifparteien beantragt wurde. Der ohnehin eher theoretische Fall, dass einer Koalition die Geltungserstreckung ihres Tarifvertrags aufgezwungen wird, ist – soweit es die Erstreckungsverordnung betrifft – somit rechtlich unmöglich.

Untersuchung sein. Naturgemäß setzen die genannten Fragestellungen Ausführungen zur Auslegung und Handhabung des neu konzipierten AEntG voraus. Aufgrund des europarechtlichen Hintergrunds des AEntG sind zudem unionsrechtliche Bezüge bei der verfassungsrechtlichen Bewertung berücksichtigt worden.

§ 2 Gang der Untersuchung

In einem ersten umfassenden Abschnitt (Zweiter Teil) wird das nun in § 8 Abs. 1, 2 AEntG geregelte Günstigkeitsprinzip – nach dem der günstigere Tarifvertrag im Fall einer Tarifvertragskollision zwingend gelten soll – auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft. Dabei werden zunächst die für die Auslegung und verfassungsrechtliche Bewertung des AEntG wesentlichen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung nachgezeichnet. Für die konkrete Anwendung und verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzes ist dann zwischen geltungserstreckten Mindestlohtarifverträgen und geltungserstreckten Urlaubstarifverträgen des Baugewerbes zu unterscheiden. Die Ergebnisse dieser Erörterungen lassen schließlich Schlussfolgerungen für die Verfassungsmäßigkeit von § 8 Abs. 3 AEntG zu, der die im Anwendungsbereich des AEntG tätigen Leiharbeitnehmer betrifft.

In dem darauf folgenden zweiten umfassenden Abschnitt (Dritter Teil) soll zunächst eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit der Erstreckungsverordnung erfolgen. Die Ergebnisse zu § 8 Abs. 1, 2 AEntG können hierfür genutzt werden. Daraus lassen sich wiederum Schlussfolgerungen für die Anwendung der Allgemeinverbindlicherklärung im neu konzipierten AEntG ziehen.