

Aktenzeichen: 10 AZR 344/05
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 3. Mai 2006
- 10 AZR 344/05 -

I. Arbeitsgericht
Wiesbaden

Urteil vom 3. Juni 2004
- 5 Ca 4198/02 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 7. März 2005
- 16/10 Sa 1261/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Urlaubskassenverfahren für Arbeitgeber aus der Schweiz

Gesetze:

Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227) idF d. Änderungsgesetze vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594), 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2985) und 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843) § 1; EGBGB Art. 34; BGB § 197 aF, § 201 aF, § 242; ZPO § 167; GG Art. 9 Abs. 3; EG Art. 49, 50; Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 - EG-Entsenderichtlinie (ABl. EG 1997 L 18/1); Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (BGBl. II 2001 S. 810), in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (BGBl. II S. 1692) Anhang I Art. 17, Art. 22 Abs. 2 Satz 1; Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 3. Februar 1981 (BRTV) § 1 Abs. 1, Abs. 3, § 8; Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 12. November 1986 (VTV/1986) § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. V Nr. 5, § 24 Abs. 3 Satz 2, § 31 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, § 56 Satz 1 und Satz 2, § 61 Abs. 1; Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 20. Dezember 1999 (VTV/1999) § 1 Abs. 1, Abs. 2 Abschn. V Nr. 5, § 3 Abs. 1, § 18 Abs. 5 Satz 2

Leitsätze:

keine



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 344/05
16/10 Sa 1261/04
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
3. Mai 2006

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. Mai 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Marquardt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler sowie die ehrenamtlichen Richter Schlegel und Ohl für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 7. März 2005 - 16/10 Sa 1261/04 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Mindestbeiträgen zur Urlaubskasse für die Monate Januar 1997 bis Juni 2002 iHv. zuletzt 308.869,29 Euro. 1

Der Kläger ist die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK). Dieser ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes. Er hat nach den für allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe (BRTV) und des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) insbesondere die Aufgabe, die Auszahlung der tariflichen Urlaubsvergütung zu sichern. Zur Finanzierung seiner Leistungen erhebt er von den Arbeitgebern Beiträge, die er von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland selbst einzieht. Den Beitragseinzug regelten im Anspruchszeitraum vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Dezember 1999 der allgemeinverbindliche VTV vom 12. November 1986 (VTV/1986) und im Anspruchszeitraum vom 1. Januar 2000 bis zum 30. Juni 2002 der allgemeinverbindliche VTV vom 20. Dezember 1999 (VTV/1999). 2

Der Beklagte ist italienischer Staatsangehöriger. Der Sitz seines Unternehmens befindet sich in der Schweiz. In den Jahren 1997 bis 2002 verlegten seine Arbeitnehmer arbeitszeitlich überwiegend geflochtenen und gebogenen Stahl in Form von Stahlmatten und Stahlkörben auf Baustellen. Dieselben Arbeiten verrichteten die vom Beklagten im Klagezeitraum aus der Schweiz nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer. 3

Die ULAK ist der Ansicht, der Beklagte habe für die von ihm nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer Beiträge zur Urlaubskasse zu zahlen. Die Arbeitnehmer des Beklagten hätten Armierungsarbeiten ausgeführt und damit bauliche Leistungen iSd. VTV erbracht. 4



Die ULAK hat beantragt,

5

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 311.753,48 Euro zu zahlen.

Der Beklagte hat zu seinem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, er schulde der ULAK keine Beiträge. Seine nur vorübergehend auf Baustellen in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer seien in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht versicherungspflichtig gewesen. Nach § 1 Abs. 3 BRTV vom 3. Februar 1981 fielen unter den persönlichen Geltungsbereich des BRTV nur gewerbliche Arbeitnehmer (Arbeiter), die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten. Als Verleger von Baustahl habe er Fertigbauarbeiten ausgeführt und sei deshalb nicht verpflichtet, am Urlaubskassenverfahren teilzunehmen. Die gesetzlichen und tariflichen Vorschriften über die Einbeziehung ausländischer Arbeitgeber in das Urlaubskassenverfahren verstießen gegen europarechtliche Vorgaben. Als Unionsbürger könne er sich auf Art. 49 EG und Art. 50 EG berufen. Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten seien nach diesen Bestimmungen verboten. Es könne keinen Unterschied machen, ob er seine Dienstleistungen von Italien oder der Schweiz aus erbringe. Auch das bereits am 26. Februar 1999 paraphierte Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen), welches nach seiner Ratifizierung mit Wirkung ab 1. Juni 2002 in Kraft getreten sei, stehe seiner Teilnahme am Urlaubskassenverfahren entgegen. Diese würde seinen Arbeitnehmern auch nicht einen tatsächlichen Vorteil verschaffen, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beitragen würde. Die Erstreckung des Urlaubskassenverfahrens auf ausländische Arbeitgeber sei jedenfalls in den Jahren 1997 und 1998 unwirksam gewesen. Die Beitragsansprüche der ULAK für das Kalenderjahr 1997 seien zudem verjährt. Schließlich sei die Rechtsausübung der ULAK rechtsmissbräuchlich. Er habe seinen Arbeitnehmern Urlaub nach Schweizer Recht gewährt. Auf Grund seines Erstattungsanspruchs hätte die ULAK die beanspruchten Beträge ihm alsbald wieder zurückzahlen.

6

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 308.869,29 Euro stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Be-

7



klagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Beklagten hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass der ULAK für den streitbefangenen Zeitraum Mindestbeiträge iHv. 308.869,29 Euro zustehen.

8

I. Das Landesarbeitsgericht hat zusammengefasst angenommen, die Erstreckung des Urlaubskassenverfahrens in der Bauwirtschaft in § 1 Abs. 3 AEntG in den im Klagezeitraum gültigen Fassungen auf Unternehmen mit Sitz im Nicht-EG-Ausland begegne keinen rechtlichen Bedenken. Die Voraussetzungen, die in § 1 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 iVm. Abs. 1 AEntG für die Anwendung der den Beitragseinzug regelnden tariflichen Rechtsnormen aufgestellt seien, würden durch den BRTV und den VTV erfüllt. Ob die Bestimmungen des AEntG und der erstreckten Tarifverträge gegen Art. 49 und Art. 50 EG verstießen oder verstoßen hätten, sei im Entscheidungsfall unerheblich. Der Beklagte könne sich auf eine nach diesen Bestimmungen unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht berufen. Art. 49 EG verbiete Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig seien. Damit verlange Art. 49 EG einen grenzüberschreitenden Sachverhalt innerhalb der Gemeinschaft. Ein solcher liege nicht vor. Das Unternehmen des Beklagten habe seinen Sitz in der Schweiz. Diese sei kein Mitgliedstaat der Gemeinschaft. Die Heranziehung des Beklagten zu Urlaubskassenbeiträgen verstoße auch nicht gegen das Freizügigkeitsabkommen. Dieses Abkommen sei erst am 1. Juni 2002 in Kraft getreten, stehe aber auch den Beitragsansprüchen der ULAK für Juni 2002 nicht entgegen. Art. 22 Abs. 2 Satz 1 Anhang I zum Freizügigkeitsabkommen regle, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt blieben. Zu diesen Vorschriften gehörten auch die für ausländische Arbeitgeber geltenden Bestimmungen des AEntG und des VTV. Art. 17 Anhang I zum Freizügigkeitsabkommen gewährleiste Unternehmen mit Sitz in der Schweiz keine weitergehende Freiheit des Dienstleistungsverkehrs als Art. 49 EG Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft. Die Erstreckung der tarif-

9



lichen Bestimmungen des Urlaubskassenverfahrens in der Bauwirtschaft auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland sei nach der Neufassung des AEntG seit dem 1. Januar 1999 mit dem in Art. 49 und Art. 50 EG festgelegten Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar.

- II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten den Angriffen der Revision stand. 10
1. Der ULAK stehen nach § 1 Abs. 3 Satz 2 AEntG vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227) in den im Klagezeitraum gültigen Fassungen der Änderungsgesetze vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594), 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2985) und 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843) (AEntG aF) iVm. § 8 Nr. 15.1 Satz 2 BRTV (bis zum 31. Dezember 1998 Nr. 11.1 Satz 2 BRTV) und § 56 Satz 1 und Satz 2, § 61 Abs. 1 VTV/1986 für die Monate Januar 1997 bis Dezember 1999 bzw. § 3 Abs. 1 Satz 1 VTV/1999 für die Monate Januar 2000 bis Juni 2002 Mindestbeiträge iHv. insgesamt 308.869,29 Euro zu. Gegen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zur Höhe der Mindestbeiträge richtet sich kein Angriff der Revision. 11
2. Die Anwendung des § 1 AEntG aF folgt aus Art. 34 EGBGB. Danach sind die Bestimmungen des deutschen Rechts ohne Rücksicht auf das im Übrigen anzuwendende Schuldrecht maßgebend, wenn sie den Sachverhalt zwingend regeln. § 1 AEntG aF enthält zwingendes Recht iSv. Art. 34 EGBGB (vgl. BAG 28. September 2005 - 10 AZR 28/05 - EzA AEntG § 1 Nr. 9; 20. Juli 2004 - 9 AZR 343/03 - BAGE 111, 247; 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357, 359; 25. Juni 2002 - 9 AZR 439/01 - BAGE 102, 1, 5). Es ist daher unerheblich, dass die Arbeitsverhältnisse der vom Beklagten nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer Schweizer Recht unterlagen. 12
3. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG aF finden ua. die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages des Bauhauptgewerbes oder des Baunebengewerbes iSd. Baubetriebe-Verordnung vom 28. Oktober 1980 (BGBl. I S. 2033), die die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld zum Gegenstand haben, auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung, wenn der Betrieb überwiegend Bauleistungen iSd. § 211 Abs. 1 SGB III (bis zum 31. Dezember 1997 iSv. § 75 13



Abs. 1 Nr. 2 AFG) erbringt und auch inländische Arbeitgeber ihren im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern mindestens die am Arbeitsort geltenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen. Sind im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaubsansprüchen nach § 1 Abs. 1 AEntG aF die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen durch allgemeinverbindliche Tarifverträge einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien übertragen, so finden die Rechtsnormen solcher Tarifverträge gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 AEntG aF auch auf einen ausländischen Arbeitgeber und seinen im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmer zwingend Anwendung, wenn in den betreffenden Tarifverträgen oder auf sonstige Weise sichergestellt ist, dass

1. der ausländische Arbeitgeber nicht gleichzeitig zu Beiträgen nach dieser Vorschrift und Beiträgen zu einer vergleichbaren Einrichtung im Staat seines Sitzes herangezogen wird und
2. das Verfahren der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien eine Anrechnung derjenigen Leistungen vorsieht, die der ausländische Arbeitgeber zur Erfüllung des gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Urlaubsanspruchs seines Arbeitnehmers bereits erbracht hat.

Ein Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 Satz 1 ist verpflichtet, einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien die ihr nach Satz 1 zustehenden Beiträge zu leisten (§ 1 Abs. 3 Satz 2 AEntG aF).

14

4. Die Voraussetzungen, die in § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 iVm. Abs. 1 AEntG aF für die Anwendung der den Beitragseinzug regelnden tariflichen Rechtsnormen aufgestellt sind, werden durch den BRTV, den VTV/1986 und den VTV/1999 erfüllt (*st. Rspr., vgl. BAG 28. September 2005 - 10 AZR 28/05 - EzA AEntG § 1 Nr. 9; 20. Juli 2004 - 9 AZR 343/03 - BAGE 111, 247; 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357; 25. Juni 2002 - 9 AZR 439/01 - BAGE 102, 1*). Die in § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 AEntG aF festgelegten Beschränkungen hinsichtlich des Doppelbelastungsverbotes sind beachtet.

15

a) § 8 Nr. 15.2 (bis zum 31. Dezember 1998 Nr. 11.2) BRTV gewährleistet, dass ein außerhalb Deutschlands ansässiger Arbeitgeber nicht gleichzeitig Beiträge an die ULAK und an eine vergleichbare Urlaubskasse im Staat seines Betriebssitzes entrich-

16



ten muss. Eine überbetriebliche, der ULAK vergleichbare Urlaubskasse bestand im Anspruchszeitraum in der Schweiz jedoch nicht. Dort gibt es den von den Vertragsparteien des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV) geschaffenen Berufs- und Solidaritätsfonds-Bau. Dieser sog. Parifonds-Bau ist ein Bestandteil des LMV 2005 und besteht aus dem Vollzugsfonds und dem Bildungsfonds. Der Vollzugsfonds finanziert die Aushandlung, Überwachung und den Vollzug der angeschlossenen Verträge auf gesamtschweizerischer und regionaler Basis, unterstützt Maßnahmen zur Vermeidung von Unfällen und Krankheiten und kann in sozialen Notfällen Hilfe leisten. Der Bildungsfonds entrichtet auf Grund eines Reglementes Leistungen beim Schul- und Kursbesuch von beitragszahlenden Arbeitnehmern. Der Parifonds-Bau ist damit keine der ULAK vergleichbare Einrichtung iSv. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AEntG aF. Allerdings hat die ULAK mit dem Paritätischen Vollzugsfonds des Schweizerischen Bauhauptgewerbes sowie den deutschen und den Schweizer Sozialpartnern ein Abkommen über die Freistellung entsendender Arbeitgeber des Baugewerbes vom Urlaubssystem des jeweils anderen Staates geschlossen. Die Regelungen traten jedoch erst am 1. März 2005 in Kraft (*Preis/Temming Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts S. 26*) und stehen damit der Teilnahme des Beklagten am Urlaubskassenverfahren im Klagezeitraum nicht entgegen.

b) Nach § 8 Nr. 13 (bis zum 31. Dezember 1998 Nr. 15) BRTV werden Urlaubstage und Urlaubsvergütungen, welche ein außerhalb Deutschlands ansässiger Arbeitgeber bereits vor der Entsendung für das laufende Kalenderjahr gewährt hat, auf die während der Entsendezeit bis zum jeweiligen Zeitpunkt der Anrechnung entstandenen Urlaubsansprüche nach Nr. 1 und 4 angerechnet. Eine solche Anrechnung kommt jedoch nicht in Betracht. Der Beklagte hat nicht dargetan, dass er seinen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern bereits vor der Entsendung anrechnungsfähigen Urlaub erteilt hat. Er hat zwar behauptet, er habe Urlaub nach Schweizer Recht gewährt. Dieser Vortrag lässt jedoch weder erkennen, wann und in welchem Umfang die entsandten Arbeitnehmer des Beklagten bezahlten Erholungsurlaub erhielten, noch, dass der Urlaub vor der Entsendung genommen wurde.

5. Der Beklagte war im Klagezeitraum Arbeitgeber iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG aF. Er hat von der Schweiz aus Arbeitnehmer nach Deutschland und damit in den räumlichen Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Bantarifverträge (§ 1 Abs. 1 VTV/1986, § 1 Abs. 1 VTV/1999, § 1 Abs. 1 BRTV) entsandt und einen Baubetrieb



unterhalten. Dafür kam es darauf an, ob in seinem Betrieb vom betrieblichen Geltungsbereich des VTV erfasste Tätigkeiten verrichtet wurden, wobei auf die arbeitszeitlich überwiegende Tätigkeit seiner Arbeitnehmer und nicht auf wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst, aber auch nicht auf handels- und gewerberechtliche Kriterien abzustellen war (*st. Rspr.*, BAG 23. August 1995 - 10 AZR 105/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 193 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 79; 14. Januar 2004 - 10 AZR 182/03 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 263; 27. Oktober 2004 - 10 AZR 119/04 -). Nach den vom Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts verlegten seine Arbeitnehmer in den Jahren 1997 bis 2002 arbeitszeitlich überwiegend auf Baustellen in der Schweiz und in Deutschland geflochtenen und gebogenen Stahl in Form von Stahlmatten und Stahlkörben. Entgegen der Auffassung des Beklagten verrichteten seine Arbeitnehmer damit keine Fertigbauarbeiten, sondern erbrachten bauliche Leistungen in Form von Armierungsarbeiten iSv. § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 5 BRTV, § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 5 VTV/1986 und § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 5 VTV/1999. „Armieren“ ist das Ausrüsten bzw. Bewehren mit Stahleinlagen (BAG 19. März 2003 - 10 AZR 175/02 -). Die Verlegung von Baustahl, Baustahlmatten und Baustahlkörben auf der Baustelle an dem Ort, an dem sie als Bestandteil des Stahlbetons verbleiben sollen, ist Armierungsarbeit (BAG 16. März 1994 - 10 AZR 277/93 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 172 mwN). Betriebe, die überwiegend eine oder mehrere der in den Beispielen des § 1 Abs. 2 Abschn. V VTV genannten Tätigkeiten ausführen, fallen unter den betrieblichen Geltungsbereich des VTV, ohne dass die Erfordernisse der allgemeinen Merkmale der Abschnitte I bis III geprüft werden müssen (*st. Rspr.*, vgl. BAG 18. Januar 1984 - 4 AZR 41/83 - BAGE 45, 11; 14. Januar 2004 - 10 AZR 182/03 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 263; 13. Mai 2004 - 10 AZR 488/03 -).

6. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist für die Anwendung der Rechtsnormen des § 8 BRTV, die die Dauer des Erholungsurlaubs und die Urlaubsvergütung regeln, ohne Bedeutung, ob die von ihm vorübergehend nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig waren. Maßgebend ist, dass die entsandten gewerblichen Arbeitnehmer eine nach den Vorschriften des SGB VI versicherungspflichtige Tätigkeit ausübten. Auf eine individuelle Versicherungspflicht kommt es nicht an. Die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des BRTV nach § 1 Abs. 3 BRTV auf gewerbliche Arbeitnehmer (Arbeiter), die eine nach den Vorschriften des SGB VI sozialversicherungspflichtige Tätigkeit ausüben, dient der Abgrenzung von der vom BRTV nicht erfassten Angestelltentätigkeit (*vgl.*

19



BAG 28. September 1988 - 4 AZR 350/88 - BAGE 59, 346; 22. Februar 1989 - 4 AZR 630/88 -).

7. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Erstreckung der tariflichen Urlaubsbestimmungen stehe das Günstigkeitsprinzip nicht entgegen, hält den Angriffen der Revision stand. Die Anwendung der Urlaubsregelungen des § 8 BRTV und die Teilnahme des Beklagten am Urlaubskassenverfahren verschafft den vom Beklagten aus der Schweiz entsandten gewerblichen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt. 20
- a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass ein Arbeitnehmer mit Sitz im Ausland dann nicht am Urlaubskassenverfahren teilzunehmen hat, wenn die entsandten Arbeitnehmer nach den Regeln des Entsendestaates hinsichtlich des Urlaubs besser gestellt sind als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer nach Maßgabe der allgemeinverbindlichen Tarifverträge (BAG 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357; 25. Juni 2002 - 9 AZR 439/01 - BAGE 102, 1) und es damit auf Grund des gebotenen Günstigkeitsvergleichs gar nicht zu einer Anwendung der allgemeinverbindlichen tariflichen Urlaubsvorschriften kommt (BT-Drucks. 13/2414 S. 9). Die Bestimmungen des AEntG sind insoweit einschränkend auszulegen (BAG 20. Juli 2004 - 9 AZR 343/03 - BAGE 111, 247). 21
- b) Die Bewertung des Landesarbeitsgerichts, die durch das Schweizer Obligationenrecht (OR) ergänzten Urlaubsbestimmungen des LMV 2005 stellten die vom Beklagten nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer im Vergleich zu den Urlaubsvorschriften des BRTV nicht besser, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt. Es hat zu Recht in den Günstigkeitsvergleich eingestellt, dass der Jahresurlaubsanspruch nach den Schweizer Regelungen ab dem Jahr 1998 vom vollendeten 20. Lebensjahr an bis zum vollendeten 50. Lebensjahr 25 Arbeitstage und danach 30 Arbeitstage pro Kalenderjahr betrug, während gewerbliche Bauarbeitnehmer in Deutschland unabhängig vom Lebensalter einen Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub hatten (§ 8 Nr. 1.1 BRTV). Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht in den Vergleich auch mit einbezogen, dass nach Schweizer Recht hinsichtlich der Urlaubsvergütung das Lohnausfallprinzip galt und nach Art. 34 Abs. 2 LMV 2005 die Urlaubsvergütung bei 25 Arbeitstagen Urlaub 10,6 % und bei 30 Arbeitstagen Urlaub 13 % des Jahreslohnes betrug, während sie in den einzelnen Kalenderjahren des Klagezeitraums nach den bautariflichen Regelungen in 22



Deutschland einschließlich des tariflich geregelten zusätzlichen Urlaubsgeldes zwischen 14,25 % und 14,82 % des jährlichen Bruttolohns ausmachte. Schließlich hat das Landesarbeitsgericht auch zu Recht die nach den deutschen Bautarifvorschriften mögliche und nach Schweizer Recht nicht vorgesehene Übertragung des Urlaubs bei einem Wechsel des Arbeitnehmers zu einem anderen Bauarbeitgeber als Vorteil gewürdigt und ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Nachteil der Nichtübertragbarkeit des Urlaubs in der Schweiz nicht durch die im Vergleich zu den in § 8 BRTV geregelten Verfallfristen für die Urlaubsansprüche und Urlaubsabgeltungsansprüche längere Verjährungsfrist von fünf Jahren kompensiert wird.

8. Entgegen der Auffassung des Beklagten bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Erstreckung der Urlaubskassentarifverträge durch § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 AEntG (*st. Rspr., vgl. BAG 20. Juli 2004 - 9 AZR 343/03 - BAGE 111, 247; 20. Juli 2004 - 9 AZR 345/03 - AP AEntG § 1 Nr. 19 = EzA AEntG § 1a Nr. 2; 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357; 25. Juni 2002 - 9 AZR 439/01 - BAGE 102, 1*). Die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge verletzt nicht unzulässig die negative Koalitionsfreiheit, sondern ist durch die den Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene Aufgabe gerechtfertigt, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen aus eigener Verantwortung zu gestalten. Der Eingriff in die Tarifautonomie ist vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt (*BAG 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357*). 23
9. Ohne Erfolg rügt der Beklagte einen Verstoß gegen Europa- und Völkerrecht. 24
- a) Seit dem 1. Januar 1999 ist die Erstreckung der tariflichen Bestimmungen des Urlaubskassenverfahrens in der Bauwirtschaft auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit dem in Art. 49 und Art. 50 EG (vormals Art. 59 und Art. 60 EG-Vertrag) festgelegten Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar. Die Neufassung des § 1 AEntG aF durch das Änderungsgesetz vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843) hat die potentielle Begünstigung inländischer Arbeitgeber durch den neu eingefügten § 1 Abs. 3 Satz 3, Abs. 1 Satz 3 AEntG aF aufgehoben (*BAG 28. September 2005 - 10 AZR 28/05 - EzA AEntG § 1 Nr. 9; 25. Januar 2005 - 9 AZR 44/04 - AP AEntG § 1 Nr. 22 = EzA AEntG § 1 Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 25. Januar 2005 - 9 AZR 146/04 - AP AEntG § 1 Nr. 21 = EzA AEntG § 1 Nr. 6, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; vgl. EuGH 25. Oktober 2001*). 25



- C-49/98 ua. - Finalarte ua. - EuGHE I 2001, 7831). Seit dem In-Kraft-Treten der Änderung am 1. Januar 1999 ist die Regelung in § 1 Abs. 1 und Abs. 3 AEntG aF damit uneingeschränkt anwendbar (BAG 20. Juli 2004 - 9 AZR 343/03 - BAGE 111, 247).

b) Auch in den Jahren 1997 und 1998 war der Beklagte verpflichtet, am Sozialkassenverfahren teilzunehmen und Beiträge an die ULAK abzuführen. Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts (20. Juli 2004 - 9 AZR 343/03 - BAGE 111, 247) hat zwar angenommen, § 1 AEntG habe in der vor 1999 geltenden Fassung gegen den europarechtlichen Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und Art. 50 EG, vormals Art. 59 und Art. 60 EG-Vertrag) verstoßen (vgl. auch EuGH 24. Januar 2002 - C-164/99 - *Portugaia Construções* - EuGHE I 2002, 787). Art. 49 Satz 1 EG verbietet nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist damit ein grenzüberschreitender Austausch von Dienstleistungen durch Personen, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ansässig sind. Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft sind verboten (EuGH 10. Mai 1995 - C-384/93 - *Alpine Investments* - EuGHE I 1995, 1141). Die Schweiz ist jedoch kein Mitgliedstaat der EG. Das Unternehmen des Beklagten hatte in den Jahren 1997 und 1998 damit seinen Sitz in einem Land, das kein Mitgliedstaat der EG ist. Ein Verstoß gegen die in Art. 49 und Art. 50 EG geregelte Dienstleistungsfreiheit und die EG-Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 - ABl. EG 1997 L 18/1) scheidet deshalb von vornherein aus (vgl. BAG 28. September 2005 - 10 AZR 28/05 - EzA AEntG § 1 Nr. 9; 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - BAGE 101, 357, 370 f.).

c) Entgegen der Auffassung des Beklagten verstößt seine Teilnahme am Urlaubskassenverfahren auch nicht gegen das am 21. Juni 1999 unterzeichnete Freizügigkeitsabkommen (BGBl. II 2001 S. 810). Dieses Abkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten (BGBl. II S. 1692) und könnte somit allenfalls den Beitragsansprüchen der ULAK für Juni 2002 entgegenstehen. Gemäß Art. 22 Abs. 2 Satz 1 Anhang I Freizügigkeitsabkommen lässt Art. 17 Anhang I Freizügigkeitsabkommen, wonach ua. unter bestimmten Voraussetzungen die Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen untersagt ist, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt. Damit nimmt das Freizügigkeitsabkommen die

26

27



grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften ausdrücklich aus und räumt keine weitergehende Dienstleistungsfreiheit als Art. 49 und Art. 50 EG ein.

10. Die Beitragsansprüche der ULAK für das Kalenderjahr 1997 sind entgegen der Auffassung des Beklagten weder verfallen noch verjährt. 28

a) Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 VTV/1986 verfallen die Ansprüche der ULAK gegen den Arbeitgeber unabhängig davon, wann sie entstanden sind, wenn sie nicht innerhalb von vier Jahren seit Fälligkeit geltend gemacht worden sind. Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 VTV/1986 gilt für den Beginn der Frist § 201 BGB aF entsprechend. Die ULAK hat ihren Anspruch auf Mindestbeiträge zur Urlaubskasse für das Kalenderjahr 1997 gegenüber dem Beklagten mit einem Schreiben vom 23. November 2001, das dem Beklagten noch im Dezember 2001 zugegangen ist, somit innerhalb der tariflichen Verfallfrist erhoben. Diese Frist begann nach § 31 Abs. 1 Satz 2 VTV/1986 iVm. § 201 BGB aF erst mit dem Schluss des Jahres 1997 zu laufen. 29

b) Da die ULAK die Mindestbeiträge zur Urlaubskasse für das Jahr 1997 mit einem beim Arbeitsgericht am 19. Dezember 2001 eingegangenen, klageerweiternden Schriftsatz vom 17. Dezember 2001 innerhalb der vierjährigen Verjährungsfrist (§§ 197, 201 BGB aF) gerichtlich geltend gemacht hat, ist ihr Beitragsanspruch für das Jahr 1997 auch nicht verjährt. Die Klageerweiterung wurde dem Beklagten zwar erst am 7. Januar 2002, jedoch noch „demnächst“ iSv. § 270 Abs. III ZPO aF (jetzt § 167 ZPO) zugestellt, so dass die Unterbrechung der Verjährung nach dieser Vorschrift mit dem Eingang der Klageerweiterung beim Arbeitsgericht am 19. Dezember 2001 eingetreten ist. Ohne Bedeutung ist die Einwendung des Beklagten, die ULAK habe ihren Anspruch erstmals im Dezember 2002 schlüssig dargetan. Auch eine unschlüssige Klage unterbricht die Verjährung (vgl. BGH 26. Juni 1996 - XII ZR 38/95 - NJW-RR 1996, 1409 mwN). 30

11. Die Rechtsausübung der ULAK verstößt nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Sie ist nicht deshalb missbräuchlich, weil ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt. Ein solches schutzwürdiges Interesse kann allerdings fehlen, wenn eine Leistung gefordert wird, die alsbald zurückzugewähren wäre. Ein solcher Fall des „dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“ liegt entgegen der Ansicht des Beklagten jedoch nicht vor. Selbst wenn zu seinen Gunsten angenommen würde, dass er auf Grund der Erfüllung von Urlaubsansprüchen nach 31



Schweizer Recht einen Erstattungsanspruch gegen die ULAK hat, wäre die Rechtsausübung der ULAK nicht rechtsmissbräuchlich. Ungeachtet des Umstandes, dass der Beklagte zur Höhe des von ihm gezahlten Urlaubsentgelts und des von ihm behaupteten Erstattungsanspruchs keine Angaben gemacht hat und deshalb jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, dass sich die Beitragsansprüche der ULAK und etwaige Erstattungsansprüche des Beklagten decken, ist maßgebend, dass im Urlaubskassenverfahren eine Aufrechnung gegen bestehende Beitragsrückstände für den Arbeitgeber ausgeschlossen ist (§ 24 Abs. 3 Satz 2 VTV/1986; § 18 Abs. 5 Satz 2 VTV/1999). Bedenken gegen die Wirksamkeit des tariflichen Aufrechnungsverbot es bestehen nicht (vgl. BAG 5. November 2002 - 9 AZR 373/01 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 256 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 160 zum inhaltsgleichen § 14 Abs. 4 des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Gerüstbaugewerbe). Das Aufrechnungsverbot sichert der ULAK das notwendige Beitragseinkommen und dient damit dem Zweck und dem reibungslosen Funktionieren dieser gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien (vgl. BAG 14. Dezember 1977 - 5 AZR 326/76 - AP TVG § 4 Gemeinsame Einrichtungen Nr. 1).

Dr. Freitag

Marquardt

Brühler

Schlegel

Kay Ohl



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)