

VOLKER RIEBLE

Zeitarbeitsverbot im Streik^{*}

I. Neuartige Regelung im MTV-Zeitarbeit

Zeitarbeitnehmer wurden in den letzten Jahren gelegentlich als Ersatz für streikende Arbeitnehmer eingesetzt. Das ist dort möglich, wo Einarbeitungszeiten kurz sind. Ein praktisch wichtiger Fall ist der Einzelhandel. Wenn dort Kassierer an der Scanner-Kasse streiken, sind sie recht schnell durch Zeitarbeitnehmer zu ersetzen – was den Streikdruck mindert. Eben deshalb hat ver.di zum flash-mob gegriffen, das war ein Kind der Verzweiflung, ein Eingeständnis nachlassender eigener Kampfkraft.

Streikersetzende Arbeitsleistung kann zwar nach allgemeiner Meinung als gewissensbelastend, weil unsolidarisch verweigert werden. Was für alle Arbeitnehmer aus § 275 Abs. 3 BGB folgt,¹ ist für Zeitarbeitnehmer in § 11 Abs. 5 AÜG eigens gesagt: Sie dürfen durch Leistungsverweigerung solche Streikarbeit verweigern.²

Sonderlich effektiv scheint das nicht zu sein, weil die Solidarität von Zeitarbeitnehmern mit streikenden Stammkräften offenbar zu wünschen übrig lässt. Sowohl § 275 Abs. 3 BGB wie § 11 Abs. 5 AÜG lassen dem Arbeitswilligen die Freiheit zum Streikarbeitseinsatz. Er entscheidet selbst, ob er Streikarbeit leisten oder verweigern will. So wie der zum Streik aufgerufene Arbeitnehmer frei entscheidet, ob er sich dem gewerkschaftlichen Streik anschließen will oder nicht. Der Begriff „Streikbrecher“ insinuiert, dass der Arbeitswillige etwas für ihn verbindliches „bricht“. Zum Streik oder zur Unterlassung von Streikarbeit kann allenfalls das Gewerkschaftsmitglied verpflichtet sein – kraft vereinsrechtlicher Mitwirkungspflicht. Indes stellt sich schon für die Gewerkschaftsmitglieder die Frage, ob sie ihre individuelle Freiheit zu arbeiten in den Kollektivdienst stellen müssen. Das tradierte Arbeitskampfrecht lässt mit gutem Grund nicht den gewerkschaftlichen Streikaufruf genügen, sondern verlangt zum Streikerfolg die individuelle und freie Teilnahmeerklärung.³ Erst recht völlig frei sind Arbeitnehmer, die der kampfführenden Gewerkschaft nicht (mehr) angehören: Sie dürfen ohne Rücksicht auf die Gewerkschaft deren Streikaufruf durchkreuzen und für Geld (mitunter gesteigert durch Arbeitsprämien) arbeiten gehen.

* Mit Blick auf die Leitlinien der Zivilrechtslehrervereinigung stelle ich klar: Der Text fußt nicht auf einem Gutachten, ist vielmehr freie Erfindung.

¹ Statt aller: Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 12 Rn. 32. Leitentscheidung BAG 25.7.1957 – 1 AZR 194/56 – AP § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 3.

² Zu den Einzelheiten Schüren, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 11 Rn. 122 ff.; obskurer Fall: LAG Baden-Württemberg 31.7.2013 – 4 Sa 18/13 – juris, Revision 1 AZR 792/13.

³ Statt aller: Raab, Streikaufruf und Streikteilnahme als Voraussetzungen für die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten, FS Otto, 2008, S. 405; BAG 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 – NZA 1996, 389.

Den DGB-Gewerkschaften ist es nun gelungen, den Streikeinsatz von Zeitarbeitnehmern tariflich zu unterbinden: Im Manteltarifvertrag Zeitarbeit idF v 17.9.2013,⁴ vereinbart zwischen dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) und den acht DGB-Gewerkschaften (IG BCE, NGG, IG Metall, GEW, ver.di, IG B.A.U., EVG und GdP) als Tarifgemeinschaft Zeitarbeit, ist etwas versteckt unter den Schlussbestimmungen vereinbart:

„§ 17.1 Mitarbeiter werden im Umfang eines Streikaufrufs einer Mitgliedsgewerkschaft der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit nicht in Betrieben oder Betriebsteilen eingesetzt, die ordnungsgemäß bestreikt werden. Dies gilt auch für Mitarbeiter, die bereits vor Beginn der Arbeitskampsmaßnahme in dem Betrieb eingesetzt wurden. Hiervon können die Parteien des Arbeitskampfes im Einzelfall abweichende Vereinbarungen treffen (z. B. Notdienstvereinbarungen). Die Regelung des § 11 Abs. 5 AÜG bleibt unberührt.

„Sofern Mitarbeiter mittelbar von Arbeitskampsmaßnahmen betroffen sind, kann Kurzarbeit beantragt werden. Die Tarifvertragsparteien sagen für die jeweilige Durchsetzung der Kurzarbeit ihre Unterstützung zu. Dabei sind alle notwendigen Möglichkeiten auszuschöpfen.“

Das ist eine neuartige und feinsinnige Tarifklausel: Sie schützt die DGB-Gewerkschaften in den Arbeitskämpfen ihrer jeweiligen Stammbranchen und geht sogar (Abs. 1 S. 2) so weit, dass Zeitarbeitnehmer aus ihren Arbeitseinsätzen abgerufen sind. Rolf Wank, der auch als Tarifrchtler angesehen ist, möchte ich mit einer Analyse dieser Regelung ehren. Um sie in ihrer Wirkung beurteilen zu können, ist zunächst eine tarifrechtliche Einordnung erforderlich: Ist das eine normative oder eine schuldrechtliche Tarifbestimmung – oder gar nur ein außertariflicher Schuldvertrag? Davon hängt dann ab, ob und inwieweit das Einsatzverbot wirksam ist.

II. Normativer Tarifvertrag?

Auf den ersten Blick handelt es sich um eine Tarifnorm iSv § 1 Abs. 1 TVG, nämlich ein situatives *Beschäftigungsverbot*: Den Arbeitgebern der Zeitarbeit wird verboten, ihre Arbeitnehmer in bestreikten Betrieben einzusetzen – soweit der „ordnungsgemäße“ Streik reicht und soweit nicht die Parteien des Arbeitskampfes abweichende Vereinbarungen getroffen haben. Sähe man in der Regelung hingegen ein *Überlassungsverbot*, das also nicht den konkreten Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers verhindern will, sondern den Überlassungsvorgang zwischen Verleiher und Entleiher – dann bewegt sich die Regelung von vornherein außerhalb jeder Tarifmacht. Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmen lassen sich tarifrechtlich nicht regulieren und Marktverhalten erst recht nicht.⁵ Das führte dann notwendig zum Konflikt mit dem Kartellrecht.

1. Beschäftigungsverbot nur im Entleihertarif?

Indes: Ein Beschäftigungsverbot richtet sich zuerst an denjenigen Arbeitgeber, der das Direktionsrecht ausübt. Dieser entscheidet nach § 106 GewO über die Art

⁴ www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/05_Presse/Downloads/131101_BAP_Tarifvertragstext.pdf [13.1.2014].

⁵ Statt aller *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 193, 215.

der Arbeitsleistung und muss hierbei das Beschäftigungsverbot achten. Der Verleiher übt das Direktionsrecht nicht mehr aus; er hat seine Zeitarbeitnehmer dem Entleiher „zur Arbeitsleistung überlassen“.⁶ Beschäftigungsverbote müssten also in einem Tarifvertrag vorgesehen werden, der das Einsatzarbeitsverhältnis erfasst und an den Entleiher adressiert ist – also allenfalls in einer Betriebsnorm des für Stammkräfte geltenden Entleihertarifvertrages, die dann ihrerseits überlassene Arbeitnehmer erfasst.⁷

Überdies braucht ein Beschäftigungsverbot als Betriebsnorm einen hinreichenden Sachgrund, um in die Arbeitsfreiheit der Arbeitnehmer bevormundend eingreifen zu können. Im Kern kommen insofern nur Gefahren für Leib oder Leben Dritter in Betracht. Die Anforderungen sind hoch – wie zuletzt der EuGH mit seiner Prigge-Entscheidung klar gemacht hat: Die Tarifparteien der Luftfahrt sind nicht einmal berechtigt, die luftverkehrsrechtliche Gefahrenaltersgrenze zu verschärfen.⁸ Das Interesse der DGB-Gewerkschaften, in ihren Arbeitskämpfen nicht durch Zeitarbeitnehmereinsätze gestört zu werden, rechtfertigt im fremden Arbeitsverhältnis überhaupt kein Beschäftigungsverbot. Im Kern wollen doch die Gewerkschaften, die die Zeitarbeitnehmer nicht zu freiwilliger Solidarität überzeugen können, dieses Manko an Erfolg und Führungskraft durch ein Einsatzverbot überspielen. Das ist keine plausible Grundlage für ein Beschäftigungsverbot zu Lasten der Zeitarbeitnehmer und ihrer Freiheit zu arbeiten aus Art. 12 GG.

2. Regelung der Arbeitsleistung im Verleihertarif

Tarifrechtlich denkbar ist folgende Konstruktion: Als kollektiver Arbeitsvertrag regelt der Tarifvertrag auch die arbeitsvertraglich zulässige Arbeitsleistung und kann so den Arbeitnehmer vor unangenehmen Tätigkeiten schützen. Das kann gerade im Verleihertarifvertrag geschehen – und wirkt mittelbar auch gegenüber dem Entleiher, weil dieser sein Direktionsrecht vom Verleiher ableitet. Indes kann dem Zeitarbeitnehmer durch Individualnorm (!) insoweit ein Arbeitseinsatz nur verboten werden, wenn es um den Schutz seiner Gesundheit geht. Sonst verstößt der Tarifvertrag gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Insbesondere kann der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer die individuelle Entscheidung über gewissensbelastende Arbeit und deren Unzumutbarkeit nicht abnehmen und kollektivieren. Denn Gewissen ist notwendig individuell, ebenso die Entscheidung, was der Arbeitnehmer als unzumutbar ansieht. Mehr als das ohnehin bestehende Leistungsverweigerungsrecht kann der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer durch Individualnorm nicht verschaffen.

3. Keine Dispositivität für fremde Tarifparteien

Einer Einstufung als Tarifnorm steht entscheidend entgegen, dass diese Verleiherregel für Tarifparteien der Einsatzbranchen dispositiv sein soll. Die tarifrechtli-

⁶ § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG; dazu *Rieble* ZfA 2013, 137 ff.

⁷ *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 365.

⁸ *EuGH* 13.9.2011 – C-447/09 – NZA 2011, 1039; folgend *BAG* 15.2.2012 – 7 AZR 946/07 – NZA 2012, 866; dazu *Thüsing/Pöiters*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten, ZIP 2011, 1886.

chen Regelungsbefugnisse für Zeitarbeitnehmer sind zwar – entsprechend der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung – ihrerseits zweigeteilt. Sämtliche vertragsrechtlichen Aspekte können durch Verleihertarif geregelt werden; die arbeitsorganisatorischen Fragen hingegen durch die Betriebsnormen des Entleihertarifs. Die Tarifmacht überlappt sich insoweit nicht. Deswegen ist es ausgeschlossen, dass Verleihertarife und Entleihertarife zur Regelungskonkurrenz gelangen.

Damit aber würde der Verleihertarif durch seine Pseudo-„Öffnungsklausel“ den fremden Tarifparteien Einfluss auf den eigenen Tarifbestand eröffnen – das ist eine unzulässige Delegation von Tarifmacht an Tarifparteien, die für die Zeitarbeit nicht gemeinsam tarifzuständig sind.

Das ist nicht bloß tarifrechtlich unzulässig. Es indiziert zudem, dass der Tarifregelungswille fehlt. Das hat der Tarifenat für einen ähnlichen Fall entschieden: Die Untersagung einer Betriebsänderung mit Zustimmungsvorbehalt der Gewerkschaft kann keine (betriebsverfassungsrechtliche) Tarifnorm sein, weil die Gewerkschaft außerhalb der Betriebsverfassung steht und der Tarifvertrag ihr normativ keine Mitbestimmungsrechte verschaffen kann.⁹ Erst recht kann der Tarifvertrag fremden Tarifparteien keinen Zustimmungsvorbehalt zuwenden.

4. Folgerung

Damit steht recht eindeutig fest: Normativ kann das Streikeinsatzverbot nicht wirken. Das heißt dann aber auch: Weder der einzelne Zeitarbeitnehmer noch das jeweilige Mitgliedsunternehmen des BAP sind unmittelbar verpflichtet – sondern können frei von tariflichen Vorgaben Zeitarbeitnehmer als „Streikbrecher“ einsetzen.

III. Schuldrechtlicher Tarifvertrag?

Immerhin denkbar ist, dass die Klausel im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages wirken kann. Sie brächte dann lediglich Verpflichtungen der Tarifparteien hervor, schließe nicht automatisch auf deren Mitarbeiter durch sondern müsste von den Parteien mit den Mitteln der Verbandsgewalt durchgesetzt werden. Zwar kommt den Tarifparteien als rechtsfähigen und rechtsgeschäftsfähigen Privatrechtssubjekten die allgemeine Vertragsfreiheit zu.¹⁰ Doch ist nicht jede schuldrechtliche Abrede zwischen zwei Tarifparteien zugleich „Tarifvertrag“ – das setzt vielmehr einen spezifischen Bezug zu einem normativen Tarifvertrag voraus. Welcher Art dieser Bezug sein muss, ist einigermäßen streitig. Die „TVG-Lösung“ orientiert sich konsequent daran, dass das TVG die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie verbindlich ausgestaltet.¹¹ Die Verfassungslösung meint, alle

⁹ BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09 – NZA 2011, 808.

¹⁰ Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1116; aA („implizite“ Beschränkung der allgemeinen Vertragsfreiheit tariffähiger Koalitionen) Giesen, Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten, ZAAR 27 (2012) 68 f.

¹¹ Dafür vor allem Boeck, Tarifverträge und andere Koalitionsverträge, 2007, S. 115 ff.; Wiedemann Anm. AP Nr. 20 zu § 1 TVG; luzide Hartmann, Grenzen der Tarifautonomie über Unternehmerverhalten, ZAAR 27 (2011) 15, 35 ff.

„Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ seien durch schuldrechtlichen Tarifvertrag regelbar.¹² Ähnlich erfindet *Däubler* freirechtlich neben dem Tarifvertrag und dem Schuldvertrag einen „sonstigen Kollektivvertrag“ unmittelbar auf der Grundlage der Koalitionsfreiheit.¹³

Hier kann das offen bleiben: Denn auch der verfassungsrechtliche Ansatz bezieht sich stets nur auf die *eigenen* Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen – also solche Fragen, die gerade im bipolaren Verhältnis zwischen den konkreten Tarifparteien für die Arbeitnehmer Arbeitsbedingungen und für die Arbeitgeber Wirtschaftsbedingungen sind.¹⁴ Die Tarifparteien der Zeitarbeit greifen hier aber regelnd in die Arbeitskämpfe der jeweiligen Stammbereichen ein. Denn dort ist der Einsatz von Ersatzarbeitskräften (und seien es Zeitarbeitnehmer) ein Arbeitskampfmittel.¹⁵ Hier werden also keine Arbeitskampfregeln für die eigenen Arbeitskonflikte vereinbart – sondern zu Lasten der Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände der Stammbereichen und ohne deren legitimierende Mitwirkung ein Verteidigungsmittel untersagt. Man stelle sich umgekehrt vor, eine Gewerkschaft disponierte gegenüber einem Arbeitgeber(verband) über sein Tarif- und Kampfverhalten gegenüber einer dritten Partei.¹⁶ „Tarifvertrag“ kann das nicht sein.

Das wiederum heißt: Erstens handelt es sich nicht um einen schuldrechtlichen Tarifvertrag, sondern allenfalls um eine außertarifliche Sozialpartnerevereinbarung. Also gilt kein Schriftformgebot (§ 1 Abs. 2 TVG) und sind solche Regeln nicht erkämpfbar. Zweitens aber heißt das: Solche wohlfeilen Versprechen sind ungeachtet ihrer Wirksamkeit schon deswegen nicht vollziehbar, weil der BAP in seiner Satzung¹⁷ den Abschluss von außertariflichen Sozialpartnerevereinbarungen nicht nennt – und also auch keine Gefolgschaft verlangen kann. Überdies torpedierte der Verband so die Scheidung seiner OT-Mitglieder. Denn zur Einhaltung der Tarifverträge sind nach § 8 Nr. 4 lit. b der Satzung nur Mitglieder mit Tarifbindung verpflichtet. Die „Richtlinien ... die insbesondere Grundsätze für die Berufsausübung seiner Mitglieder enthalten (Verhaltenskodex)“ nach § 2 Nr. 2 lit. c der Satzung zielen auf einseitige Verhaltensanforderungen.

IV. Sonstige Wirksamkeitshindernisse?

1. Eingriff in die Kampfbefugnisse der Arbeitgeber in den Stammbereichen

Welche Arbeitskampfmittel haben Arbeitgeber eigentlich noch?¹⁸ Die Ausspernung ist praktisch tot. Arbeitgeber sind heute zentral darauf angewiesen, Streiks „durchzustehen“ und hierbei insbesondere Ersatzarbeitskräfte einzusetzen.

¹² Etwa *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 40 ff.; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 2007, S. 57 f. mwN.

¹³ Investorenvereinbarung als Kollektivvertrag?, FS Bepler, 2012, S. 61 ff.

¹⁴ Zu diesem bipolaren Verständnis grundlegend *Söllner*, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, JArbR 16 (1978) 19.

¹⁵ Dazu *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 12 Rn. 31.

¹⁶ Auch das kommt vor, vgl. *Rieble/Klebeck*, Tarifvertragliche Meistbegünstigung, RdA 2006, 65.

¹⁷ www.personaldienstleister.de/verband/satzung.html (14.1.2014).

¹⁸ Übersicht bei *Kentner*, Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber, 2010.

Das BAG betont richtig: „Der Einsatz arbeitswilliger Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen streikender Beschäftigter ist eine Arbeitskampfmaßnahme des Arbeitgebers. Damit versucht er, den Betrieb fortzuführen, die wirtschaftlichen Folgen des Streiks zu verringern und gleichzeitig seine Stellung in der Tarifaueinandersetzung zu verbessern.“¹⁹ Die „Politik der offenen Tür“ hat den Großen Senat des BAG sogar zur Zulassung der lösenden Aussperrung veranlasst (um so die Arbeitsplätze der vertriebenen Arbeitnehmer anders besetzen zu können).²⁰ Die Einstellung von Aushilfen als Ersatzkräfte („Streikbrecher“) ist von der Mitbestimmung des Betriebsrats ausgenommen.²¹ Und der Arbeitgeber darf den Arbeitswillen durch (vorab zugesagte) Arbeitsprämien („Streikbruchprämien“) beflügeln.²²

Die Klausel des MTV Zeitarbeit hat nun explizit den Zweck, diese Kampfstrategie zu durchkreuzen: Den bestreikten Unternehmen soll die Möglichkeit genommen werden, Zeitarbeitskräfte „als Streikbrecher“ einzusetzen – und das, obwohl es sich um eine erlaubte Kampfaktik handelt. Solange das Arbeitskammerrecht diese Kampfmaßnahme explizit zulässt, solange sind Arbeitgeberverbände in einer entsprechenden Verteidigung durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.

Otto meinte 2006 zwar, der Einsatz von Ersatzkapazitäten könne aus verfassungsrechtlicher Sicht beschränkt werden, weil die Aussperrung als Abwehrmittel genüge.²³ Das war damals falsch und ist es heute erst recht: Die Aussperrung ist rechtlich hoch riskant und in modernen vernetzten Wertschöpfungsketten vor allem Selbstschädigung. Deshalb hielte ich ein gesetzliches Verbot der Zeitarbeit im Arbeitskampf (nach französischem Vorbild) für verfassungswidrig. Vor allem aber: Solange der Gesetzgeber schweigt, kommt es fremden Tarifparteien, hier denjenigen der Zeitarbeit, nicht zu, durch Vereinbarung zu Lasten Dritter darüber zu befinden, welche Kampfmittel in anderen Branchen opportun sind. Das ließe sich auch nicht mit einer irgendeigenarteten Neutralitätsverpflichtung rechtfertigen. Erstens sind Zeitarbeitsunternehmen so wenig wie Werk- und Dienstvertragsunternehmen im Arbeitskampf zur Neutralität verpflichtet. Zweitens ist die Verweigerung der Arbeitnehmerüberlassung im Streikfalle eher als kollektive Kampfmaßnahme gegen die bestreikten Unternehmen anzusehen, also nicht etwa als neutrale Haltung. Das zeigt § 33 Abs. 3 SGB III, der die neutralitätsverpflichtete Agentur für Arbeit keineswegs von der Arbeitsvermittlung abhält, sondern die Vermittlung „in einen durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffenen Bereich“ davon abhängig macht, dass „die oder der Arbeitsuchende und der Arbeitgeber dies trotz eines Hinweises auf den Arbeitskampf verlangen“.

¹⁹ BAG 13.12.2011 – 1 ABR 2/10 – NZA 2012, 571 Rn. 31. Bezeichnenderweise hat der Betriebsrat in jenem Verfahren den Arbeitgeber auf den Einsatz von Leihkräften verwiesen. Luzide zum „Durchhalten“ Kiesel, Arbeitskammerrecht, 2002, § 42 Rn. 107 ff.

²⁰ BAG GS 21.4.1971 – GS 1/68 – NJW 1971, 1668 Teil II D: „Der Arbeitgeber kann ferner versuchen, die Arbeitsplätze einzusparen (Rationalisierung) bzw. anderweit zu besetzen, insbesondere wenn eine längere Dauer des Arbeitskampfes zu erwarten ist. Fallen dadurch Arbeitsplätze endgültig weg, so kann der Arbeitgeber die davon betroffenen Arbeitnehmer lösend aussperrern, unbeschadet der Möglichkeit, aus dringenden betrieblichen Erfordernissen zu kündigen.“

²¹ BAG 13.12.2011 – 1 ABR 2/10 – NZA 2012, 571 für die Versetzung.

²² Statt vieler Kiesel Arbeitskammerrecht, 2002, § 42 Rn. 123 ff; Otto, Arbeitskammer- und Schlichtungsrecht, 2006, § 12 Rn. 43 ff.

²³ Arbeitskammer- und Schlichtungsrecht, 2002, § 12 Rn. 41.

Das wiederum bedeutet: Als Abrede, die die Kampfrechte der Arbeitgeber zu vereiteln sucht, ist die Klausel im MTV nichtig, im Vollzug ist diese Maßnahme notwendig rechtswidrig – beides folgt aus der unmittelbaren Drittwirkung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Anders könnte man nur entscheiden, wenn man diesen Drittwirkungsschutz gegen die herrschende Meinung²⁴ auf die individuelle Koalitionsfreiheit beschränkte.²⁵

Keine Hilfe bietet das im Hausarbeitskampf: Der einzelne Arbeitgeber ist keine Koalition; seine Rechte im kollektiven Tarif- und Kampfsystem sind nur über die individuelle Privatautonomie geschützt und eben keine Koalitionsbetätigung.²⁶ Insoweit kommt aber eine Bewertung als Boykott in Betracht, der zugleich rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb sein kann.

2. Kartellrechtswidrige Sperre?

Die Tarifklausel zielt darauf, dass sämtliche Zeitarbeitsunternehmen im BAP bestreikten Unternehmen nicht bloß keine Arbeitskräfte überlassen, sondern auch noch überlassene Kräfte zurückrufen. Nun können kein Tarifvertrag und erst recht keine außertarifliche Koalitionsvereinbarung zum Vertragsbruch gegen Dritte berechtigen. Eine wohlmeinende Auslegung käme also immerhin dazu, dass die Klausel nur zur Kündigung bestehender Überlassungsverträge aufruft.

Am Befund ändert das wenig: Jedenfalls der BAP als Vereinigung von Unternehmen ruft auf diese Weise zum Boykott bestreikter Unternehmen auf. Das ist im Kern ein Spiegelbild des klassischen Streikhilfeabkommens.²⁷ Während jenes darauf zielt, wettbewerbliche Angriffe gegen streikgeschwächte Unternehmen zu unterlassen, wird hier umgekehrt das von der Gewerkschaft angegriffene Unternehmen noch durch einen Boykott geschwächt. Dieser kann insbesondere gegen § 21 GWB verstoßen, wenn und weil dieser Kollektivangriff von Arbeitgebern auf bestreikte Unternehmen als unbillige Beeinträchtigung gewertet wird, und Kartellschadensersatzansprüche nach § 33 GWB auslösen. Das soll hier nicht vertieft werden.

V. Fazit

Die Vereinbarung zwischen BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit ist nicht nur nicht tariflich regelbar. Sie erweist sich als Angriff auf die Koalitionsfreiheit bestreikter Arbeitgeberverbände in den Einsatzbranchen und verstößt damit gegen die unmittelbare Drittwirkung der kollektiven Koalitionsbetätigungsfreiheit. Insofern ist es außerordentlich bedenklich, dass nach Branchenkennern die Tarifrunde des Einzelhandels 2013 im Verlauf von diesem Verbot beeinflusst worden ist: Weil dort in der Vergangenheit durchaus „Streikbruch durch Zeitarbeit“ praktiziert worden ist und sich Zeitarbeitsunternehmen in erheblichem

²⁴ BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987 Rn. 54 mwN.

²⁵ Höfling/Burkiczak, Die unmittelbare Drittwirkung gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, RdA 2004, 263 ff.

²⁶ Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl., 2012, § 2 Rn. 339.

²⁷ Dazu Ackermann, GWB-Novelle und kartellrechtlicher Geltungsanspruch, ZAAR 16 (2010), 17, 38 f.

Maße der BAP-Forderung gebeugt haben sollen. Insofern stellen sich neben rechtlichen Fragen auch tarifpolitische: Wie kann ein Arbeitgeberverband durch Überlassungsverweigerung letztlich an gewerkschaftlichen Streiks teilnehmen? Und wie schwach ist eine Gewerkschaft, die sich vom Arbeitgeberverband im Streik helfen lassen muss? Für die kampfbetroffenen Unternehmen der Einsatzbranchen bleibt die Frage, inwieweit sie auf Werk- und Dienstverträge ausweichen oder auf Arbeitsvermittlung in kurzfristige Aushilfsverhältnisse (auch mit BAP-Mitgliedern)?

Die tarifliche Lebenswirklichkeit erweist sich als rundweg phantasievoller als jedes Tarifrachtsbuch. Law in action fordert und schärft den dogmatischen Geist. Daran hat Rolf Wank immer schon seine Freude gehabt.