

# Entscheidungsbesprechungen

Volker Rieble<sup>\*)</sup>

## EuGH: Kartellkontrolle von Tarifverträgen

*Der EuGH hat in der Entscheidung „FNV Kunsten Informatie en Media“ v. 4. 12. 2014 – Rs C-413/13, EuZW 2015, 313 die Reichweite des tarifvertraglichen Kartellprivilegs konkretisiert. Die Entscheidung besteht aus zwei Teilen. Unmittelbar beschäftigt sich der EuGH mit der Reichweite des Kartellprivilegs gegenüber an sich selbständigen Aushilfsmusikern, die aber gleichwohl Arbeitnehmer im Sinne des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs sein können – und deren Vergütungen dann durch Tarifvertrag „kartelliert“ werden können. Spannender ist, was der EuGH nicht sagt: Wortlos weist er einen kühnen Vorstoß des Generalanwaltes Wahl zurück, wonach auch die Unterbindung von Sozialdumping durch konkurrierende Unternehmen kartellkontrollfrei sei. Drittens ist nach den kartellrechtlichen Konsequenzen in Deutschland zu fragen: Es gibt deutsche Tarifverträge, die die Grenzen des Tarifrechts überschreiten und die Reichweite des Kartellprivilegs verlassen. Dass Arbeitsgerichte Tarifparteien vieles durchgehen lassen, lässt sich mit intensivem Einfluss der Verbände über ihre ehrenamtlichen Richter auf die Gerichtsbarkeit erklären. Der Wettbewerbschutz ist dort nicht präsent. Dass aber das Kartellamt wegschaut, ist kaum zu erklären. Dass Unternehmen, die von tarifinduzierten Wettbewerbsbeschränkungen nachteilig betroffen sind, keinen Kartellgerichtsschutz beanspruchen, hat mit der ungeklärten Rechtswegezuständigkeit zu tun – oder mit anwaltlicher Unkenntnis.*

### Inhaltsübersicht

- I. Unionsrechtlich determiniertes Kartellkontrollprivileg
  1. Der Fall
  2. Präzisierung der Albany-Rechtsprechung
  3. Arbeitnehmerbegriff und europarechtliche „Scheinselbständigkeit“
    - 3.1 Mehrebenensystem und Begriffsbildung
    - 3.2 Europäischer marktstatusbezogener Begriff
    - 3.3 Arbeitnehmerähnliche Personen?
    - 3.4 Scheinarbeitnehmer
- II. Keine Tarif-Kartellierung von Unternehmen zur Abwehr von Sozialdumping
  1. Abfuhr für den Generalanwalt
  2. Kartellrechtskontrolle von Tarifverträgen in Deutschland
    - 2.1 Kartellrechtliche Ignoranz
    - 2.2 Zwei aktuelle harte Fälle
- III. Rechtswegefragen

### I. Unionsrechtlich determiniertes Kartellkontrollprivileg

#### 1. Der Fall

Eine Orchestervereinigung als Arbeitgeberverband und zwei Musiker-Gewerkschaften, darunter die klagende FNV Kunsten Informatie en Media (FNV), schlossen einen Tarifvertrag, nachdem selbständige Aushilfsmusiker allein deshalb, weil sie „die gleiche Arbeit wie die Arbeitnehmer ausführen, die unter die Geltung des Tarifvertrags fallen“ den für angestellte (!) Aushilfsmusiker vereinbarten Proben- und Konzerttarif zuzüglich 16 % erhalten müssen. Das ist eine im Kern protektionistische, wettbewerbsbeschränkende Regelung: Die Vergütung für soloselbständige Aus-

<sup>\*)</sup> Prof. Dr. iur., Ludwig-Maximilians-Universität, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), LS für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, München

hilfsmusiker soll so hoch ausfallen, dass ihre Beschäftigung wirtschaftlich unattraktiv ist, die Orchester „lieber“ Arbeitnehmer beschäftigen, die dann unter den eigentlichen Tarifvertrag fallen und von den Gewerkschaften effektiv organisiert werden können. Ziel ist es also, den Gewerkschaften Vollbeitragszahler zu erhalten oder zuzuführen – und mit dem Unterbietungswettbewerb seine arbeitsmarktlichen Folgen zu unterbinden.

2007 hatte die niederländische Wettbewerbsbehörde (aktiver als das deutsche Kartellamt) jenen Tarifvertrag als Wettbewerbsbeschränkung beanstandet, weswegen er ab 2008 nicht mehr angewandt wurde. Die tarifschließende Gewerkschaft FNV klagte gegen den niederländischen Staat, weil jene Beanstandung sie in ihrer Koalitionsbetätigung verletzt habe. Der Tarifvertrag sei vom Kartellprivileg der Albany-Rechtsprechung des EuGH gedeckt. Daraufhin legte der Gerichtshof von Den Haag als Rechtsmittelgericht dem EuGH die Frage vor: Ob Tarifverträge für Selbständige am Kartellprivileg teilhaben und ob verneinendenfalls der zentrale Zweck solcher Regelungen, die Arbeitnehmer und ihre Tarifverträge vor wirtschaftlichem Unterbietungswettbewerb zu schützen, privilegiert sei.

Generalanwalt *Wahl* hat in seinem Schlussantrag eben eine solche Ausweitung des Kartellprivilegs für Tarifverträge gefordert: Zwar könnten „Tarifverträge für Selbständige“ nicht allein wegen ihrer Form der Kartellkontrolle entgehen. Zwar sei am Unmittelbarkeitskriterium festzuhalten: Privilegiert können nur jene Tarifverträge sein, die unmittelbar zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen beitragen. Doch wollte er jene Unmittelbarkeit lockern und den tariflichen Schutz vor Sozialdumping durch Selbständige zum kartellprivilegierten Tarifinhalt rechnen – auch mit Blick auf den Equal-pay-Gedanken der Leiharbeitsrichtlinie.<sup>1)</sup> Augenscheinlich wird das in Rz. 91 des Schlussantrags: „Die zentrale Frage im Ausgangsverfahren scheint in diesem Zusammenhang diejenige zu sein, ob die Orchester, die Mitglieder des VSR sind, allgemein geneigt wären, unverzüglich oder allmählich eine nicht unerhebliche Zahl von ‚Arbeitnehmer‘-Musikern durch selbständige Musiker zu ersetzen, wenn in den streitigen Tarifvertrag kein Mindesttarif für die Vergütung der Letzteren aufgenommen würde.“ Der Tarifvertrag soll also die Preise für Soloselbständige regulieren können, um den Substitutionswettbewerb zu deren Lasten zu gestalten, ihnen den Unterbietungs-Kosten-Vorteil zu nehmen.

Der EuGH hat sich auf die Sozialdumping-Argumentation nicht eingelassen, sondern sehr formal darauf abgehoben, dass das Kartellprivileg nur für Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer (im europarechtlichen Sinne) gilt, weswegen es allein darauf ankomme, ob die Aushilfsmusiker also Arbeitnehmer oder Selbständige sind. Die Einordnung nach nationalem Recht sei irrelevant. Sind niederländische Selbständige aus europarechtlicher Sicht Arbeitnehmer und insoweit „schein-selbständig“, so greife das Kartellprivileg für ihre Tarifverträge.

In der Folge hat der Haager Gerichtshof der Klage der Gewerkschaft FNV stattgegeben, die Aushilfsmusiker als Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinn gesehen, für die Tarifverträge innerhalb des Kartellprivilegs abgeschlossen werden können. Dafür gab den Ausschlag, dass diese (ausgenommen Solisten) im Orchester zu bestimmten Zeiten anwesend sein müssen, ihre musizierende Tätigkeit nach den Anweisungen des Dirigenten ausführen und ihre Tätigkeit höchstpersönlich ist, sie also keinen Subunternehmer zum Musizieren schicken können. Damit seien sie aus europarechtlicher Sicht abhängig beschäftigt.<sup>2)</sup>

1) GA *Wahl*, Schlussantrag v. 11. 9. 2014 – Rs C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2215, Rz. 24 ff. und 67 ff.

2) Rechtbank's-Gravenhage v. 1. 9. 2015 – 343076/HA ZA 09-2395, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:2305> (niederländisch), englische nichtamtliche Übersetzung auf <http://www.fim-musicians.org/wp-content/uploads/AF0905-1509-court-of-appeal-2015-09-01.pdf> (31. 3. 2016), jew. unter 2.5 der Gründe.

## 2. Präzisierung der Albany-Rechtsprechung

Über das Verhältnis von Kartell- zu Tarifvertragsrecht sind Bibliotheken gefüllt.<sup>3)</sup> Gleichwohl kommen aktuelle Untersuchungen über tariflich gesteuertes Unternehmerverhalten ohne eine kartellrechtliche Zeile aus.<sup>4)</sup> Während früher das Arbeitsrecht deutschrechtlich als „kartellrechtliche Bereichsausnahme“ gehandelt worden ist, formuliert das Europäische Kartellrecht in Art. 101 Abs. 1 AEUV ein umfassendes Kartellverbot, das den Arbeitsmarkt umfasst. Dem folgt seit 1999 § 1 GWB. Damit Tarifverträge als Verträge von Arbeitsmarktkartellen möglich bleiben, ihre menschenrechtlich garantierte Schutzwirkung entfalten können, ist der „Tarifvertrag“ von der Kartellkontrolle freigestellt. Leitentscheidung des EuGH ist Albany.<sup>5)</sup>

Dogmatisch ist ein genauer Blick erforderlich: Wiewohl der „Tarifvertrag“ im Dienst der sozialpolitischen Ziele der Union (Art. 151 ff. AEUV) und unter dem Schutz der europäisch garantierten Tarifautonomie (Art. 28 GRCh und Art. 11 EMRK) steht und mit ihm „zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden“ sind, hat die Union keine Kompetenz für ein europäisches Tarifvertragsrecht. Das folgt aus Art. 153 Abs. 5 AEUV: Dort ist der Union die Kompetenz für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht abgesprochen. Tarifrecht ohne Kampfrecht wäre auch auf Unionsebene nur „kollektives Betteln“. Das aber heißt: Mit der Reichweite des Kartellprivilegs für „Tarifverträge“ definiert der EuGH ganz bewusst keine Anforderungen an (europäische oder nationale) Tarifverträge, sondern allein die Reichweite seines Kartellrechts. Die „Bereichsausnahme Tarifvertrag“ ist Geltungsschranke für das europäische Kartellrecht – und nichts weiter.<sup>7)</sup> Diese Bereichsausnahme gilt nicht vorbehaltlos. Nationale Tarifvertragssysteme dürfen das europäische Kartellrecht nicht dadurch aushebeln, dass sie einen Kollektivvertrag als „Tarifvertrag“ definieren und selbst die Reichweite der Kartellkontrollimmunität definieren. Deshalb hat der EuGH in „AG2R Prévoyance“ das Kartellkontrollprivileg auf „im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossenen Verträge“ beschränkt.<sup>8)</sup> Der EuGH meidet den Begriff „Tarifvertrag“ – weil der Union die Kompetenz für das Tarifrecht fehlt und weil die unterschiedlichen Tarifsysteme der Mitgliedstaaten unterschiedlichste Kollektivverträge mit normativer, schuldrechtlicher oder ohne rechtliche Verbindlichkeit kennen. Insofern geht es um eine genuin europarechtliche, unionsweit einheitlich geltende Grenze des Kartellkontrollprivilegs.

Diese Grenze ist prinzipiell anerkannt, doch sind wesentliche Fragen offen: Zentral geht es um zwei Fragen: Wer darf „als Sozialpartner“ „im Rahmen von Tarifverhandlungen“ kartellrechtsimmun agieren? Und welche Tarifinhalte („Verbesserung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“) sind von der Kartellkontrolle befreit?

Mit FNV Kunsten geht der EuGH der ersten Frage näher nach: In der Entscheidung Pavlov hatte er einem Berufsverband von selbständigen Fachärzten die Sozialpartnereigenschaft abgesprochen.<sup>9)</sup>

3) Nachweise und luzide Durchdringung bei Höpfer, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 522 ff.

4) So Däubler, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik?, 2016, der S. 82 ff. nur die Grundfreiheiten in den Blick nimmt.

5) EuGH v. 21. 9. 1999 – Rs C-67/96, ZIP 2000, 34 = AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag – Albany; EuGH v. 21. 9. 1999 – Rs C-115/97, NZA 2000, 201 – Brentjens; EuGH v. 21. 9. 1999 – Rs C-219/97, EuR 2000, 403 – Drijvende Bokken; Folgeentscheidungen EuGH v. 21. 9. 2000 – Rs C-222/98, Slg. 2000, I-7111 – van der Woude; EuGH v. 3. 3. 2011 – Rs C-437/09, Slg. 2011, I-973 – AG2R Prévoyance, dazu Fleischer, DB 2000, 821.

6) So die deutlich überwiegende Meinung: statt vieler Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 153 AEUV Rz. 12; Oetker, in: MünchArbR, 3. Aufl., 2009, § 10 Rz. 12, 45; Rieble/Kolbe, EuZA 2008, 464; a. A. etwa Deinert, Der europäische Kollektivvertrag, 1999, S. 454 ff.

7) Instrukтив Latzel/Serr, EuZW 2014, 410.

8) EuGH Slg. 2011, I-973, Rz. 23 – AG2R Prévoyance.

9) EuGH v. 12. 9. 2000 – Rs C-180/98, Slg. 2000, I-6451.

Deswegen war ihr kollektivvertraglich vereinbarter Rentenfonds einer Kartellkontrolle zu unterziehen – die negativ ausging, weil die Wettbewerbsbeschränkung nicht hinreichend spürbar war. FNV Kunsten präzisiert das: Das Kartellkontrollprivileg setzt voraus, dass die Aushilfsmusiker Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinne sind. Fehlt ihnen diese Eigenschaft, dann organisiert die Gewerkschaft mit ihnen Soloselbständige, also Unternehmen und agiert als Unternehmervereinigung. Ihr Kollektivvertrag mit der Orchestervereinigung wäre dann Vertrag zweier Unternehmerverbände – ohne Kartellprivileg. Für Selbständige sieht Art. 173 AEUV keine Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Kollektivvertrag vor. Immerhin bleiben andere Kartellrechtfertigungsmöglichkeiten, etwa aus Art. 352 AEUV für den Arbeitsschutz Selbständiger. Nach der abschließenden Entscheidung des niederländischen Gerichts (oben Fußn. 2) sind nur Solisten selbständig und deshalb nicht kartellkontrollfrei tarifierbar. Die Aushilfs-Orchestermusiker wertet das nationale Gericht als Arbeitnehmer, so dass das Kartellkontrollprivileg greifen kann.

Welche weiteren Anforderungen sind an die tariffunktionale Kartellrechtfertigung zu stellen? Gegenständlich muss ein solcher privilegierter Kollektivvertrag „Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ regeln, wie der EuGH in „AG2R Prévoyance“ sagt.<sup>10</sup> Das ist von Bedeutung für die vielfach anzutreffenden Regeln der Auftragsvergabe, mit denen Gewerkschaften erreichen wollen, dass nur solche Fremdunternehmen mit industrienahen Dienstleistungen beauftragt werden, die ihrerseits tarifgebunden sind (dazu unten II 2). Insoweit handelte auch ein Arbeitgeberverband nicht mehr zur Regelung von Arbeitsbedingungen – sondern als Unternehmervereinigung zur Wettbewerbsbeschränkung. Für das Kartellkontrollprivileg müssen die Vertragsparteien als Sozialpartner qualifiziert werden können und funktional in dieser Rolle handeln, also die gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern auf dem Arbeitsmarkt ausgleichen.

Derzeit ist offen, ob der EuGH – nur für das Kartell- nie aber für das Tarifvertragsrecht – *Mindestanforderungen an Gegnerfreiheit, Mächtigkeit und Freiheit von staatlichem Einfluss* entwickeln wird, damit nicht Tarifverträge, deren Parteien für das aus EU-Sicht kartelllegitimierende sozialpolitische Ziel schlechterdings ungeeignet sind, sich nicht unter formalem Deckmantel eine Kartellfreiheit verschaffen.<sup>11</sup> Daneben ist die Frage aufgeworfen, ob Haustarifverträge von Gewerkschaften mit einzelnen Unternehmen privilegiert sein können, die zwar für sich genommen den Wettbewerb zwischen Unternehmen nicht beschränken, wohl aber als von der Gewerkschaft koordinierte Sternverträge. Schließlich bleibt die bislang unbehandelte Frage, ob bloß einseitig koordiniertes Arbeitgeberverhalten, insbesondere in Tarifauseinandersetzungen kartellrechtlich kontrolliert werden kann. Dabei ist weniger an eigentliche Kampfmaßnahmen zu denken, sondern vor allem an die gebräuchliche Praxis, dass Arbeitgeberverbände in längeren Tarifauseinandersetzungen den Mitgliedsunternehmen eine freiwillige Lohnerhöhung empfehlen.

Das Klärungsbedürfnis programmiert weitere Vorlagen an den EuGH. Bis die Reichweite des tariflichen Kartellkontrollprivilegs zur „*acte clair*“ geronnen ist, dauert es. Bezeichnenderweise gibt es bislang keine Vorlagen aus Deutschland – weil hierzulande das Kartellrecht als Tarifgrenze von den Kartellbehörden nicht problematisiert, von den Betroffenen nicht vor die Kartellgerichte gebracht und von den in Tarifsachen angerufenen Arbeitsgerichten als unerwünschtes sozialpolitisches Hindernis ignoriert wird.

Mit Blick auf die in der Union sehr unterschiedlichen Tarifvertragssysteme könnten das allerdings nur sehr enge Kriterien sein, die wenig praktische Relevanz hätten. Immerhin ließen sich

10) Dazu treffend *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 413 ff. m. w. N.

11) Luzide *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 412 f. *Goldmann*, EuZA 2015, 509, 516 f. meint dagegen, die Sozialpartnerqualität richte sich notwendig nach nationalem Recht.

so „gelbe“ Gewerkschaften, die von der Arbeitgeberseite abhängig sind, und ihre Kollektivvereinbarungen aus dem Kartellprivileg herausnehmen. Insoweit könnte sich der EuGH auf Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 98 stützen, der sowohl die Gründung von Arbeitnehmerorganisationen durch die Arbeitgeberseite wie ihre Finanzierung als unzulässige Einmischung wertet. In Frankreich ist es zu solcher Gegnerfinanzierung gekommen: Der (damalige) Präsident des Metallarbeitgeberverbandes UIMM (L'Union des Industries et Métiers de la Métallurgie) *Gautier-Sauvagnac* hat aus einer unkontrollierten „Kriegs- und Streikkasse“ einen Betrag von etwa 16,5 Mio. € an Gewerkschaften gezahlt hat, um die sozialen Beziehungen flüssiger zu machen („fluidifier le dialogue social“).<sup>12)</sup> *Gautier-Sauvagnac* wurde zu einer dreijährigen Haftstrafe verurteilt.<sup>13)</sup> Eine Untersuchung von *Nicolas Perruchot* kommt zu der Schlussfolgerung, dass die französischen Gewerkschaften mit ihrem geringen Organisationsgrad mit 4,5 Mrd. € zu 90 % fremdfinanziert sind.<sup>14)</sup> In Deutschland sind die Finanzflüsse der Arbeitgeber an tariffähige Gewerkschaften eine Blackbox;<sup>15)</sup> aufgedeckt und strafrechtlich abgeurteilt wurde nur die Finanzierung der nicht-tariffähigen AUB durch die Siemens AG – mit stolzen 30 Mio. € für eine recht kleine Organisation.<sup>16)</sup>

### 3. Arbeitnehmerbegriff und europarechtliche „Scheinselbständigkeit“

#### 3.1 Mehrebenensystem und Begriffsbildung

Dass der EuGH von „Scheinselbständigen“ spricht (schijnzelfstandigen, false self-employed) und im Leitsatz darauf abstellt, dass sich diese „in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden“, lässt in Deutschland Diskutanten glauben, damit habe der EuGH auch Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen (§ 12a TVG) kartellrechtlich legalisiert<sup>17)</sup> – also den tariflichen Zugriff auf solche Personen, die wegen fehlender persönlicher Abhängigkeit deutschrechtlich keine Arbeitnehmer sind, aber doch wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit Tarifschutz genießen können. „Scheinselbständigkeit“ ist in Deutschland ein Rechts- aber auch ein Kampfbegriff. Rechtlich ist der Fall gemeint, dass eine Person als Soloselbständiger (Freelancer) geführt wird, wiewohl er wegen seiner persönlichen Abhängigkeit als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, weswegen das zwingende Arbeitsrecht (und womöglich die an „abhängige Beschäftigung“ anknüpfende Beitragspflicht in der Sozialversicherung) greift. Als Kampfbegriff dient die Scheinselbständigkeit, um eine Ausweitung der Arbeitnehmereigenschaft zu fordern, weil selbständige Solodienstleister sozialpolitisch als Missbrauch qualifiziert werden.<sup>18)</sup> Das mündet in die aktuelle Diskussion um einen neuen § 611a BGB.<sup>19)</sup>

Mit dem EuGH hat dies nichts zu tun. Ihm geht es um die „Scheinselbständigen“ im europäischen Mehrebenensystem, also um das *Auseinanderfallen von nationalem und europäischem Arbeitnehmer-*

12) <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/frankreich-streiks-randale-und-gekaufte-kompromisse-1485701.html> (31. 3. 2016).

13) [www.lemonde.fr/societe/article/2014/02/10/proces-de-l-uimm-denis-gautier-sauvagnac-condamne-a-un-an-an-ferme\\_4363379\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2014/02/10/proces-de-l-uimm-denis-gautier-sauvagnac-condamne-a-un-an-an-ferme_4363379_3224.html) (31. 3. 2016).

14) Rapport Perruchot, nicht amtlich veröffentlicht, im Netz <http://ddata.over-blog.com/3/83/18/00/rapport-perruchot.pdf> (31. 3. 2016).

15) Zur „Gewerkschaftsbestechung“ *Rieble*, CCZ 2008, 121.

16) LG Nürnberg-Fürth v. 24. 11. 2008 – 3 KLS 501 Js 1777/2008 (mit ergiebigerem Sachverhalt) und nachfolgend BGH v. 13. 9. 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288 = ZIP 2010, 2239 = NJW 2011, 88, dazu *Brand/Lotz*, RdA 2012, 73.

17) So ernstlich *Heuschmid/Hlava*, ArbuR 2015, 194. Streng dagegen *Goldmann*, EuZA 2015, 509, 517 f.

18) Zum Rechtsmissbrauch als Rechtsbegriff luzide *Dommermuth-Alhäuser*, Arbeitsrechtsmissbrauch, 2015.

19) Dazu etwa *Baack/Winzer/Kramer*, NZG 2016, 20.

*begriff*.<sup>20)</sup> Das geht über die normalen Mehrebenenregelungskonflikte hinaus: Das europäische Arbeitsrecht ist seinerseits gespalten: Teilweise verwendet es einen eigenen gemeinschaftsautonomen Arbeitnehmerbegriff (wie für die Freizügigkeit in Art. 45 AEUV, die Antidiskriminierungsrichtlinien und die nicht-vertragsbezogenen Arbeitsschutzrichtlinien) – dagegen verweisen die vertragsbezogenen Richtlinien (Betriebsübergang, Massenentlassung) und die Richtlinien zur Arbeitnehmerbeteiligung (Europäischer Betriebsrat, Beteiligung in der SE) auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff.<sup>21)</sup> Für das Kartellrecht ist notwendig der gemeinschaftsautonome Arbeitnehmerbegriff einschlägig, weil die immanente Kartellrechtfertigung gegenüber Art. 101 AEUV europaweit einheitlich verstanden werden muss. Sonst gälte in jedem Mitgliedstaat ein anderes Unionskartellrecht und nurmehr die nationalen Gerichte entschieden, wie weit die Bereichsausnahme geht.<sup>22)</sup> Das ist hier so notwendig, wie bei der Freizügigkeitsbereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV für „die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“, die der EuGH ebenfalls notwendig gemeinschaftsautonom versteht.<sup>23)</sup>

So ist die gesplante Arbeitnehmereinstufung programmiert – wie im Ausgangsfall: Das niederländische Recht qualifizierte die Aushilfsmusiker als Selbständige, europarechtlich sind sie dagegen, wie der Haager Gerichtshof in der abschließenden Entscheidung festhält, dann Arbeitnehmer, wenn sie im Orchester spielen und dann Selbständige, wenn sie Solisten sind (oben Fußn. 2). Deutlich wird diese Haltung in Rz. 36 der EuGH-Entscheidung: „Daraus folgt, dass die Eigenschaft als ‚Arbeitnehmer‘ im Sinne des Unionsrechts nicht dadurch berührt wird, dass eine Person aus steuerlichen, administrativen oder verwaltungstechnischen Gründen nach innerstaatlichem Recht als selbständiger Dienstleistungserbringer beschäftigt wird [...]“

### 3.2 Europäischer marktstatusbezogener Begriff

Dieser europäische Arbeitnehmerbegriff ist im AEUV nicht definiert, aber vorausgesetzt, vor allem für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 45 AEUV<sup>24)</sup> und für die Arbeitsentgeltgleichheit von Mann und Frau nach Art. 157 AEUV. Im Begriffskern läuft er parallel zum deutschen: Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinne ist, wer eine Tätigkeit gegen Entgelt ausübt, dabei den Weisungen seines Vertragspartners folgen muss und dadurch in einer nicht näher spezifizierten Weise „abhängig“ ist. Das deutsche Recht begreift diese Anhängigkeit „persönlich“: Es kommt darauf an, ob der Leistungserbringer in seiner Tätigkeit durch Arbeitsweisungen über Zeit, Ort und Art der Tätigkeit als Person fremdbestimmt ist (Direktionsrecht des § 106 GewO).<sup>25)</sup> Die „Eingliederung in die Arbeitsorganisation“ ist nur Hilfskriterium. Die im deutschen Recht einst geführte Diskussion, ob der Arbeitnehmer negativ als Nichtunternehmer zu begreifen sei,<sup>26)</sup> weswegen fehlende Betriebsmittel und fehlendes Unternehmerrisiko Indizien für den Arbeitnehmerstatus seien, ist im Kern abgeschlossen. Der Arbeitnehmerbegriff ist nach deutschem Recht vertragsrechtlich und nicht nach dem Marktstatus zu verstehen – weil der Geschäftsinhalt für die schuldrechtliche Vertragseinstufung maßgeblich sein muss. Das BAG hat zuletzt entschieden, dass Artisten

20) Dazu auch *Junker*, Europäische Grund- und Menschenrechte und das deutsche Arbeitsrecht, ZfA 2013, 91, 108 f.

21) Dazu näher *Sagan*, in: Preis, Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 1 Rz. 107 ff.

22) Zu dieser Frage *Höpfner* (Fußn. 3). S. 582 f

23) EuGH v. 2. 7. 1996 – Rs C-473/93, NJW 1996, 3199 – Kommission/Luxemburg.

24) Dazu *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3 Rz. 9 ff.; instruktiv *Junker*, EuZA 2016, 184.

25) BAG v. 13. 1. 1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984, 1985; BAG v. 30. 11. 1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622.

26) Zentral *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.



im „Todesrad“ keine Arbeitnehmer, sondern freie Mitarbeiter sind, insbesondere weil der Vertrag mit der Artistengruppe keine höchstpersönliche Leistungserbringung voraussetzt.<sup>27)</sup> Nach deutschem Arbeitsrecht können Aushilfs-Orchestermusiker sowohl freie Mitarbeiter wie Arbeitnehmer sein. Es kommt dabei weniger auf die Unterwerfung unter eine musikalische Leitung an, sondern vielmehr darauf, ob sich der Musiker für Orchestereinsätze zur Verfügung halten muss und ob er einzelne Einsatzaufträge ablehnen kann.<sup>28)</sup> Schauspieler, die sich in ihrem Auftritt Regieanweisungen fügen müssen, sind nicht schon deshalb Arbeitnehmer.<sup>29)</sup> Auch das deutsche Recht könnte also Aushilfsmusiker als Selbständige einordnen, wohingegen das europäische Recht zum Arbeitnehmerstatus käme: „scheinselbständig“!

Woran das liegt: Der EuGH hat in seinem Normprogramm kein „Gesamtarbeitsrecht“, das einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff erzwänge. Der EuGH argumentiert funktional – aus Sicht der jeweiligen Norm. Das heißt: Der gemeinschaftsautonome Arbeitnehmer der Freizügigkeit wird anders gesehen als derjenige der Entgeltgleichheit von Mann und Frau und wiederum anders als der des europäischen Arbeitsschutzrechts.<sup>30)</sup> Dass der EuGH in Sachen Danosa einer GmbH-Fremdgeschäftsführerin europäischen Mutterschutz angedeihen ließ (und dabei auf deren Weisungsunterworfenheit abstellte),<sup>31)</sup> lässt sich nur aus funktionaler Schutzperspektive begreifen – und keineswegs auf die Kartellrechtsschranke übertragen. Und so ist es auch hier: Wiewohl das Europarecht eigentlich nach einem einheitlichen Arbeitnehmerbegriff drängt, findet der EuGH zu der kartellrechtsfunktionalen Betonung, dass „ein Dienstleistungserbringer seine Eigenschaft als unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer und damit als Unternehmen verliert, wenn er sein Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmt, sondern vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber ist, weil er keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt und als Hilfsorgan in sein Unternehmen eingegliedert ist“ (Rz. 33). Der europäische Arbeitnehmerbegriff ist eben nicht vertragsrechtlich zu verstehen – weil die punktuellen europäischen Arbeitsrechtsvorgaben zum Vertragsrecht auf nationale Arbeitnehmerbegriffe ausgerichtet sind.

### 3.3 Arbeitnehmerähnliche Personen?

Für die Reichweite des europäischen Kartellrechts kommt es allein auf den europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff an, so wie Adressaten des Art. 101 AEUV allein Unternehmen im europarechtlichen Sinne sind. Für die arbeitnehmerähnlichen Personen des § 12a TVG heißt das: Europarechtlich gibt es keine „dritte Kategorie“ zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem. Der arbeitnehmerähnliche ist eine deutsche Spezialität, europarechtlich ist er entweder Arbeitnehmer oder Unternehmer.<sup>32)</sup> Im ersten Fall sind Tarifverträge ihm gegenüber kartellrechtsimmun – im zweiten Fall ist das Kartellrecht strikt anwendbar.<sup>33)</sup>

27) BAG v. 11. 8. 2015 – 9 AZR 98/14, juris.

28) BAG v. 14. 2. 1974 – 5 AZR 298/73, BAGE 25, 505; BAG v. 7. 5. 1980 – 5 AZR 593/78, AP Nr. 36 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

29) LAG Bremen v. 25. 10. 1989 – 2 Sa 32/89, ZTR 1990, 163.

30) Sehr klar: *Junker*, EuZA 2016, 184, 190 ff.

31) EuGH v. 11. 11. 2010 – Rs C-232/09, ZIP 2010, 2414 = NZA 2011, 143; *Preis/Sagan*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26, 33 ff.

32) „Einen eigenen Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person kennt das Europarecht bisher nicht“, *Krebber* (Fußn. 6), Art. 157 AEUV Rz. 14.

33) *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410, 412 f.; *Höpfner* (Fußn. 3), S. 573.

Das heißt: Die deutschrechtlich arbeitnehmerähnlichen Personen sind mit Blick auf das Kartellverbot europarechtlich in Arbeitnehmer und Selbständige aufzuteilen. Ersteres kommt für die „freien Mitarbeiter“ von Rundfunkanstalten in Betracht. Sie werden deutschrechtlich zum Teil aus dem Arbeitnehmerbegriff ausgenommen (aber tarifrechtlich mit § 12a TVG gerade wieder eingefangen). Sie dürften aus europäischer Sicht vielfach Arbeitnehmer sein, weswegen Tarifverträge der Rundfunkanstalten insoweit der Kartellkontrolle entzogen sind. Soloselbständige (Freelancer), die im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind, können kraft wirtschaftlicher Abhängigkeit deutschrechtlich arbeitnehmerähnliche Person sein. Europarechtlich ist deren Status nicht geklärt: Solange der Soloselbständige eine effektive Möglichkeit hat, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein, ist er nicht „vollkommen abhängig von seinem Auftraggeber“. Dass ein Dienstleister „keines der finanziellen und wirtschaftlichen Risiken aus dessen Geschäftstätigkeit trägt“ kennzeichnet jede Dienstleistung. Auch der Anwalt, der überwiegend für einen Großmandanten arbeitet, trägt nicht dessen Geschäftsrisiko, sondern das eigene – nämlich den Großmandanten zu verlieren. Hier besteht erheblicher europarechtlicher Klärungs- und also Vorlagebedarf.

### 3.4 Scheinarbeitnehmer

So wie es im Mehrebenensystem den „Scheinselbständigen“ oder „Scheinunternehmer“ gibt, so ist umgekehrt an den „*Scheinarbeitnehmer*“ zu denken, der nach nationalem Recht Arbeitnehmer ist, unionsrechtlich aber als selbständig qualifiziert wird – weswegen ihn regulierende Tarifverträge kartellrechtlich zu kontrollieren sind. Zwar fällt die Vorstellung schwer, dass ein Dienstleister persönlich weisungsgebunden, indes wirtschaftlich unabhängig ist. Immerhin stoßen hier die Typisierungen des deutschen Arbeitsrechts an ihre Grenzen, die vielfach Weisungsgebundenheit und damit Arbeitnehmerstatus nach Verkehrsanschauung unterstellen. Auch die typischen Grenzfälle (etwa die Rot-Kreuz-Schwester) bergen kartellrechtliche Risiken. Schließlich kann eine Vielzahl von kurzen Aushilfsarbeitsverhältnissen für eine wirtschaftlich eigenständige Tätigkeit sprechen, ebenso der Umstand, dass die betreffende Person dieselbe Tätigkeit auch als Unternehmer anbietet.

## II. Keine Tarif-Kartellierung von Unternehmen zur Abwehr von Sozialdumping

### 1. Abfuhr für den Generalanwalt

Weitaus wichtiger als die feinsinnige Überlegung, wer nun Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinne ist, ist die wortlose Abfuhr des Generalanwalts. Sie kann nur begreifen, wer dessen Schlussantrag gelesen hat. Die EuGH-Entscheidung selbst schweigt sich über die vorgeschlagene Kartell-erlaubnis zur Abwehr von Sozialdumping aus. Das ist zumindest schlechter Stil, weil die Rechtsprechung so intransparent gerät und die Normadressaten dem Urteil als maßgeblichem norm-konkretisierenden Rechtsakt nicht entnehmen können, wie weit die Kartellimmunität reicht.

Worum also geht es? Das Kartellrechtsprivileg für den Tarifvertrag ist bislang (und auch künftig) daran geknüpft, dass der „Tarifvertrag“ die Verbesserung der Arbeitsbedingungen „unmittelbar“ bewirkt, also Arbeitsbedingungen regelt – für die von der Gewerkschaft repräsentierten Arbeitnehmer und gegenüber der vertragsschließenden Arbeitgeberseite. Dagegen versagt das Kartellrechtsprivileg, wenn der Tarifvertrag darauf zielt, mit Lastwirkung für Dritte Mindestpreise oder Mindestlöhne vorzugeben, deren Zweck die Marktabschottung ist. Solche Abwehr von Lohn- oder Sozialdumping (das ist ein Kampfbegriff, weil es nie um den anstößigen Preiswettbewerb unter Gestehungskosten geht), darf allein der Staat vorgeben – mit Mindestlöhnen, mit der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen insbesondere nach dem AEntG, das mit der Entsende-



Richtlinie weniger auf den Schutz entsandter Arbeitnehmer, als vielmehr auf den Schutz der Tarifparteien vor Wettbewerb zielt.<sup>34)</sup> Die zentrale Frage war für den Generalanwalt, ob nicht die Mindestlöhne für Aushilfsmusiker, die zentral auf den Wettbewerbsschutz der Stammmusiker vor Lohnunterbietung ausgerichtet waren, durch solch „scheinautonome“ Unterbietungsabwehr gerechtfertigt und also vor der Kartellkontrolle zu bewahren seien. Das hat der Schlussantrag<sup>35)</sup> in eine merkwürdige Dialektik gefasst: Einerseits will er am Unmittelbarkeitskriterium (formal) festhalten (Rz. 70) – andererseits aber Sozialdumping-Verhinderungs-Tarifverträge, die doch auf eine Lastwirkung für Dritte zielen, auch als „unmittelbare“ Verbesserung der Arbeitsbedingungen der nur mittelbar vor Wettbewerb geschützten Arbeitnehmer begreifen – und beruft sich hierbei auch noch auf die Entsenderrichtlinie, wiewohl diese allein den staatlich verantworteten Schutz vor Unterbietungswettbewerb deckt (Rz. 79 ff). Das anfragende niederländische Gericht hatte seine zweite Vorlagefrage sehr klar auf den nur mittelbaren Schutz vor Lohnunterbietung gerichtet.

Der EuGH geht auf diesen Sprachspielertrick mit keinem Wort ein. Das wäre hinzunehmen nur, wenn die Frage nicht entscheidungserheblich ist. Das wiederum ist nur vordergründig der Fall: Indem der EuGH die erste Vorlagefrage dahin beantwortet, dass nationale Tarifverträge für Selbstständige im europarechtlichen Sinne nicht kartellprivilegiert sind – war die hilfsweise gestellte zweite Frage zu beantworten – eben für die europarechtlich Selbständigen, also die Solomusiker. Der EuGH hat diese Frage auch beantwortet – nur eben ohne Gründe: Tarifverträge sind „nur dann vom Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen“, wenn sie Arbeitnehmer im europarechtlichen Sinne erfassen. Mit dem „nur dann“ ist der Vorstellung des Generalanwalts eine Absage erteilt. In den Gründen findet sich keinerlei Auseinandersetzung mit dem Argument, Tarifparteien müssten ihren Tarifvertrag vor Unterbietungskonkurrenz schützen können, indem sie die Wettbewerber regulieren. Der EuGH rekurriert Rz. 29 f. auf seine bisherige und eindeutige Rechtsprechung, die eine formale Grenzziehung zwischen dem kartellrechtsprivilegierten Tarifvertrag und dem der Kartellkontrolle unterfallenden sonstigen Kollektivvertrag allein danach vornimmt, ob Arbeitnehmer oder Selbständige betroffen sind. Jede Kartellprivilegierung nach dem Zweck der Regelung und mit irgendeinem materialen Abwägungsvorbehalt<sup>36)</sup> läuft in die Inkommensurabilitätsfälle. Das Kartellrecht müsste weithin weichen, weil sich irgendein sozialpolitischer Grund für die Wettbewerbsbeschränkung finden lässt. So gesehen hat der EuGH die zweite Vorlagefrage beantwortet, allerdings auf recht grobe und unhöfliche Weise.

## 2. Kartellrechtskontrolle von Tarifverträgen in Deutschland

### 2.1 Kartellrechtliche Ignoranz

Das wiederum heißt: Auch in Deutschland müssen oder vielmehr müssten Tarifverträge daraufhin kontrolliert werden, ob sie „unmittelbar“ Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern regeln oder den Wettbewerb von Unternehmen regulieren. Das Kartellamt schaut traditionell nicht hin – obwohl Tarifklauseln, die gezielt die Auftragsvergabe von Unternehmen an Unternehmen regeln, um Tarifverträge vor Unterbietungswettbewerb zu schützen und damit ersichtlich der Kartellkontrolle unterfallen gar nicht so selten sind. Eher historisch abzuarbeiten ist die Aktion „Sauber waschen mit Tarif“ – mit der die IG Metall große Metallunternehmen dahin beeinflusste,

34) Dazu schon *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370.

35) Oben Fußn. 1; luzide in der Kritik des Schlussantrags noch vor der EuGH-Entscheidung *Latzel/Serr*, EuZW 2014, 410 ff.

36) Wie sie aus deutscher Sicht etwa von *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091 gefordert wird.

nur solche Wäschereien mit der Pflege von Arbeitskleidung zu beauftragen, die ihrerseits dem Wäschereitarif (der IG Metall) unterfallen oder doch wenigstens dessen Bedingungen anwenden.<sup>37)</sup> 2009 hat die Einführung des Mindestlohnes für Wäschereien im Objektkundengeschäft den Unterbietungswettbewerb deutlich eingehegt. Der Stahltarifabschluss 2010 enthält einen eigenen „Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern“. Dessen „§ 2 Vergleichsentgelt“ lautet: „Die Mitgliedsunternehmen sind verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG während ihres Einsatzes im Betrieb des Mitgliedsunternehmens Anspruch auf Entgelt gegen ihren Vertragsarbeitgeber (Verleiher) mindestens in der Höhe haben, die sich bei Anwendung der für die Stahlindustrie jeweils gültigen Lohn- und Gehaltstabellen im Sinne des Vergleichsentgelts errechnen würde. Ein Entgeltanspruch des Leiharbeitnehmers gegen das Mitgliedsunternehmen wird nicht begründet. ...“ Das heißt: Stahlunternehmen sollen nur solche Verleiher beauftragen, die sich zur Anwendung der Tariflohnsätze verpflichten (obwohl sie selbst gar keine Stahlunternehmen sind, auf die der Tarifvertrag Anwendung finden könnte). Der Tarifvertrag konditioniert die Auftragsvergabe zwischen Unternehmen durch „privative Tariftreue“.<sup>38)</sup> Neuerdings wird die Auftragsvergabe über den Machteinfluss von Arbeitnehmervertretern gesteuert: So hat der Gesamtbetriebsratsvorsitzende und stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende von BMW dem Vorstand ein Memorandum of understanding abgerungen, wonach Kontraktlogistikdienstleister auf dem Werksgelände einen Tarifvertrag mit der IG Metall vorweisen müssen<sup>39)</sup> – so dass der Logistiker Schnellecke auf Zuruf einen Haustarif mit der IG Metall abgeschlossen hat. Die BMW-Marktmacht schob die Logistik-Tarifbindung gegenüber ver.di beiseite. Spätestens wenn das bei einem weiteren Unternehmen Schule macht, wird man nach einer Wettbewerbsbeschränkung durch Sternvertrag sprechen müssen. Auch so schon hätte das Kartellamt Anlass zu fragen, ob hier nicht eine Boykottandrohung als Kampfmittel eingesetzt worden ist (Verstoß gegen § 21 Abs. 2 und 3 GWB) und ob die Nachfragemacht für Industriedienstleistungen missbraucht worden ist (§ 19 Abs. 1 GWB). In die Verhaltensbewertung hat einzufließen, dass solches Verhalten auch gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verstößt: Solche Tarifbindung darf nur arbeitsmarktkonform mit Streik gegenüber dem Dienstleister erzwungen werden – aber nicht durch gewerkschaftliche Indienstnahme der Marktmacht des Nachfragers.<sup>40)</sup> Indes: Soweit ersichtlich, hat das Kartellamt nicht einmal geprüft, ob es „Anlass zum Tätigwerden“ hat, § 32c GWB.

## 2.2 Zwei aktuelle harte Fälle

Wie weit die Kartellierungsbereitschaft durch Tarifvertrag geht, zeigen zwei aktuelle Fälle: In der Luftfahrt hat die Vereinigung Cockpit (VC) als Pilotengewerkschaft gegenüber mehreren im Wettbewerb stehenden Luftfahrtunternehmen in Tarifverträgen sogenannte „Wet-Lease“-Klauseln durchgesetzt. Worum geht es dabei: Wet-Lease ist ein „Leasing“, bei dem der Vermieter Flugzeug, Mannschaft, Versicherung und Treibstoff (deshalb: „Wet“) stellt,<sup>41)</sup> im Gegensatz zum Dry-Lease, bei dem das Flugzeug und sonst nichts überlassen wird. Im Kern ist das ein Bereederungsvertrag. Würde nun ein Luftfahrtunternehmen eine Fremdmaschine mit Personal mieten, so könnten die

37) Dazu Rieble, Unternehmerischer Marktachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: ZAAR Schriftenreihe Band 16, 2010, S. 103, 106.

38) Eingehend untersucht von Serr, Privative Tariftreue, 2013.

39) <https://www.igmetall.de/werkvertraege-16738.htm> (31. 3. 2016); dazu Namuth, Unterwegs zum Metalltarif, Mitbestimmung 2016, 34.

40) Dazu Serr (Fußn. 38), S. 69 f.

41) Alternativbezeichnung Aircraft, Crew, Maintenance and Insurance (ACMI).

teuren Pilotentarife unterlaufen werden. Dem beugen die tariflichen Wet-Lease-Klauseln vor: In einem ersten Schritt verbietet der Tarifvertrag den Einsatz von Cockpit-Mitarbeitern, die nicht der Tarifbindung zum VC unterfallen. In einem zweiten Schritt wird der Einsatz von Fremdflugzeugen unter eigenem Logo beschränkt, seien es Flugzeuge von Verbundairlines (der Lufthansa) oder auch nur angemietete Flugzeuge. In bezeichnender Kartellrechtsignoranz reguliert der sogenannte „Konzerntarifvertrag“ 2010 (KTV) der LH-Gruppe (Deutsche Lufthansa AG [DLH], Lufthansa Cargo AG [LCAG], Germanwings GmbH [GWI]) in seiner gesonderten „Geschäftsgrundlage (1992/1994/1995/2004) zum KTV“ unter I Nr. 6 die „Fremdproduktion“: „Das Volumen von Wet-Leases für DLH oberhalb der Sitzplatzgrenze (Ziff. 1.3) bzw. außerhalb des dynamischen Regionalbereichs (Ziff. 1.4) darf bis zum Erreichen der Auslösegrenze gemäß Ziff. 1.4 maximal 6,5 % der Blockstunden der gemäß Ziff. 1.2 bereederten Lufthansa-Passagierflugzeuge betragen.“ Damit wird nicht bloß der gruppeninterne Wettbewerb in der Nachfrage von Fremdflugzeugen mit Personal beschränkt. Vergleichbar regelt der „Tarifvertrag“ zwischen VC und der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (Air Berlin) vom 5. 7. 2013 die „Geschäftsfeldabgrenzung und Beschäftigungssicherung“. Dessen Präambel spricht aus, worum es geht: „Mit diesem Tarifvertrag wollen Air Berlin und die Vereinigung Cockpit den von Air Berlin und ihrem Cockpitpersonal darzustellenden Produktionsanteil in der Zusammenarbeit mit anderen Airlines verbindlich definieren und regeln. Gemeinsames Ziel ist der Erhalt der bestehenden Cockpit Arbeitsplätze und durch Wachstum die Generierung neuer Arbeitsplätze und Entwicklungsmöglichkeiten für Cockpitmitarbeiter der Air Berlin.“ Und auch dort ist unter Nr. 5 und Nr. 6 das Recht von Air Berlin zur Fremdvergabe von Flügen an Dritte beschränkt. Nr. 5 verbietet das Wet-Lease, also die „Anmietung von Luftfahrzeugen, unter anderem inklusive Cockpitbesetzungen, zur Erbringung von Flugdienstleistungen auf Strecken der airberlin“. Nr. 6 schränkt den Einsatz von „Verbundairlines“ ein. Das ist ein Musterbeispiel einer Wettbewerbsbeschränkung durch Sternvertrag, dessen Mitte die VC als Gewerkschaft bildet. Sie dient der Verhinderung von Tarifunterbietung, regelt unmittelbar keine Arbeitsbedingungen, sondern die Auftragsvergabe zwischen Unternehmen und ist mithin keinesfalls vom Kartellprivileg für Tarifverträge gedeckt. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung mag man daran ersehen, dass diese Vorgaben die Preise so teuer machen, dass sich die Lufthansa inzwischen zum Kartellausbruch durch Eurowings veranlasst gesehen hat. Die Flugpreisunterschiede zwischen LH- und Eurowingtickets für vergleichbar lange Strecken sind gerade durch das Tariflohngefälle zu erklären. Kleinere autarke Luftfahrtgesellschaften werden vom Markt für Flugdienstleistungen ausgeschlossen – weil die VC das so will, um den eigenen Piloten ein tarifgesichertes Geschäftsfeld zu reservieren.

Noch dreister ist das jüngste Beispiel einer tariflichen Ausbildungsplatzabgabe für Soloselbständige in der Bauwirtschaft. Soloselbständige Bauunternehmer sind tarifflüchtig: Sie können oder wollen die hohen Tariflöhne nebst Zusatzabgaben an die SoKa Bau nicht entrichten und bieten Bauleistungen an, die sie selbst erbringen – ohne Arbeitnehmer und damit ohne die allgemeinverbindliche Tarifvorgabe. Mithin können sie ihre Preise freier kalkulieren, weil ihr Unternehmerstundensatz, den sie ihrer Preiskalkulation gegenüber dem Endkunden zugrundelegen, nicht tarifiert werden kann. Diese Flucht aus dem Arbeitsrecht entmachtet und bedroht die Tarifparteien der Bauwirtschaft. Das Nachfrageverhalten der Endkunden lässt sich hier nicht beeinflussen. Deshalb greifen die Tarifparteien zu einem Trick: § 17 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) regelt in seiner Fassung 2013 einen „Mindestbeitrag für die Berufsbildung“ und räumt der SoKa Bau, einer gemeinsamen Einrichtung nach § 4 Abs. 2 TVG das Recht ein, von „Betriebe[n], auch wenn sie keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigen [...] einen jährlichen Betrag [...] in Höhe von mindestens 900 €“ zu fordern. Das ist rabulistisch formuliert: Mit „keine gewerblichen Arbeitnehmer“ ist gezielt der erfasst, der gar keine Arbeitneh-

mer beschäftigt und keinen Berufsbildungsbedarf für die Ergänzung seiner Belegschaft hat. Das ist schon tarifrechtlich abseitig: Kleinselbständige unterfallen der Tarifmacht nur, wenn sie arbeitnehmerähnliche Personen i. S. v. § 12a TVG, also im Wesentlichen für nur einen Auftraggeber tätig sind. Echte Kleinselbständige agieren nicht in einem festen Rechtsverhältnis, sondern mit einer Mehrzahl von Auftraggebern am Markt für selbständige Dienstleistungen. Für solche Unternehmer ohne Arbeitnehmer sind weder die Arbeitgeberverbände tarifzuständig noch die Gewerkschaften. Dementsprechend ist der Tarifvertrag insoweit unwirksam und wird auch durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht geheilt. Kartellrechtlich ist das nicht bloß ein Machtmissbrauch durch die insoweit als Unternehmen zu qualifizierende SoKa Bau, sondern zugleich explizite Wettbewerbsbeschränkung. Die Abgabe von 900 € mag bescheiden erscheinen, hat aber doch das Ziel, jene Soloselbständigen durch Verteuerung ihres Geschäfts vom Markt für Bauleistungen zu vertreiben. Zur Rechtfertigung wurde gar ein Gutachten zweier Arbeitsrechtsprofessoren eingeholt, das nicht nur auf die elementaren Tarifrechtsfragen nicht eingeht, sondern zum Kartellrecht lapidar meint: „Insoweit selbständige Unternehmen in den Tarifvertrag einbezogen werden, schafft der Tarifvertrag ein Kartell auch auf Arbeitgeberseite. [...] Tarifverträge sind immun gegen das Kartellrecht. [...] An diesem Befund ändert auch die jüngste Entscheidung des EuGH in Sachen FNV Kunsten nichts. [...] Im Fall des EuGH ging es nämlich um die Regulierung der Bedingungen selbständiger Unternehmer auf Anbieterseite, hier indes um solche der (potenziellen) Nachfrageseite. Die Kartellwirkung auf der Nachfrageseite ist durch die Albany-Rechtsprechung aber eindeutig geklärt: Der Tarifvertrag ist auf Nachfrager- also Arbeitgeber-/Unternehmerseite gegen das Kartellrecht immun.“<sup>42)</sup>

Oh Wunder. Als ob die Beschränkung des Nachfragewettbewerbes ein anderes Kartellprivileg kenne als die des Anbieterwettbewerbes.<sup>43)</sup> Im Übrigen zielt die Abgabe auf eine Anbieterpreisverteuerung und wirkt wie eine Preisabsprache der soloselbständigen Bauunternehmer. Der EuGH hat im Gegenteil klar gesagt, dass ein Tarifprivileg nicht in Betracht kommt, wenn der „Tarifvertrag“ europarechtlich Selbständige reguliert. Und anders als im Fall Pavlov,<sup>44)</sup> bei dem es um einen vergleichbaren Rentenfonds eines Berufsverbands selbständiger Fachärzte ging, lässt sich hier die Spürbarkeit nicht ohne weiteres verneinen: Die Ausbildungsplatzabgabe zielt auf eine Erhöhung der Preise solcher Soloselbständiger und auf die Marktverdrängung. Preiskartellierungen werden mit Blick auf die Spürbarkeit als „Kernbeschränkung“ weitaus kritischer gesehen als andere Wettbewerbsbeschränkungen. Darauf, ob der innergemeinschaftliche Dienstleistungsverkehr eingeschränkt ist, kommt es mit Blick auf § 1 GWB nicht an. Sichtbar wird hier die typische arbeitsrechtliche Chuzpe, mit der Rechtsfragen weggebügelt werden, wenn sie den sozialpolitischen Fortschritt (also die Macht der Kollektivakteure) hindern.

### III. Rechtswegefragen

Warum also bleiben tarifliche Wettbewerbsbeschränkungen bislang unbeanstandet? Neben der fehlenden Aufmerksamkeit des Kartellamts sind die Anwälte des Arbeitsrechts und die Arbeitsgerichte verantwortlich: Die Anwälte folgen der ausschließlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, sei es für Streitigkeiten aus Tarifverträgen, § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, sei es für arbeitskampfrechtliche Streitigkeiten, § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG. Wer beim Arbeitsgericht landet, braucht nicht auf

42) Bayreuther/Deinert, RdA 2015, 129, 139.

43) Statt vieler: Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2014, § 1 GWB Rz. 120.

44) EuGH Slg. 2000, I-6451.

kartellrechtlichen Rechtsanwendungseifer zu hoffen. Das zeigt der hübsche Streit um die tarifliche Regelung von Geschäftsöffnungszeiten: Insofern geht es um Marktverhalten gegenüber Kunden und nur mittelbar um Arbeitsbedingungen. Das BAG hält das als sogenannte Betriebsnorm für zulässig, im konkreten Fall ging es um den Schalterschluss von Banken.<sup>45)</sup> Dass die Kommission als Kartellbehörde zuvor eine Kartellkontrolle solcher Schalterschlussregelungen vorgenommen (und die Spürbarkeit im konkreten Fall verneint) hat,<sup>46)</sup> will das BAG nicht sehen. 2011 lässt es ein Outsourcing-Verbot tarifrechtlich scheitern, sein obiter dictum zur Zulässigkeit tariflicher Regelung von Marktverhalten nennt die kartellrechtlichen Bedenken nicht.<sup>47)</sup> Mit kartellrechtlichen Erwägungen stellte das BAG die eigene Zuständigkeit infrage.

Indes: Wenn ein solcher Streit eine kartellrechtliche Vorfrage aufwirft, sind die Kartellgerichte ebenso ausschließlich zuständig, § 87 Satz 2 GWB. Die Frage, wie weit das Kartellprivileg von „Tarifverträgen“ gegenüber Art. 101 AEUV oder § 1 GWB reicht und ob der „Tarifvertrag“ wegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nichtig ist, ist eine solche Vorfrage. Auf die Idee, als Drittgeschädigter Kartellschadensersatz nach § 33 GWB zu verlangen (etwa aufgrund der durch eine Wet-Lease-Klausel verteuerten Flüge) ist noch niemand gekommen. Ein solcher Ersatzanspruch richtet sich nicht nur gegen die Luftfahrtgesellschaften, sondern nach § 33 Abs. 3 GWB i. V. m. § 830 Abs. 2 BGB auch gegen die Pilotengewerkschaft als Anstifter (wenn man diese nicht schon als funktionales Unternehmen ansieht). Für diesen genuin kartellrechtlichen Anspruch sind allein die Kartellgerichte zuständig, § 87 Abs. 1 GWB. Wird ein Streik um ein kartellrechtswidriges Tarifziel geführt, so ist aus arbeitskampfrechtlicher Sicht die kartellrechtliche Vorfrage aufgeworfen, ob das Streikziel zulässig ist. Der auf einen kartellwidrigen Tarifvertrag gerichtete Streik kann sich zudem als Zwangsausübung nach § 21 Abs. 3 GWB darstellen – weil er Marktteilnehmer in ein Kartell zwingt.<sup>48)</sup> Außerdem droht er Unternehmen Nachteile an, um sie zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten zu zwingen, § 21 Abs. 2 GWB. Das wiederum ist eine unmittelbare Kartellstreitigkeit. Warum Anwälte von Luftfahrtgesellschaften ihre selten erfolgreichen Streikabwehrverfügungen nicht versuchsshalber einmal bei Kartellgerichten platzieren, verstehe ich nicht.

Soweit Arbeitsgericht und Kartellgericht konkurrierend ausschließlich zuständig sind, muss diese Merkwürdigkeit nach dem Prinzip der Spezialität aufgelöst werden. Die Frage, ob die tarifrechtliche oder die kartellrechtliche Beurteilungskompetenz schwerer wiegt, ist materiellrechtlich kaum zu entscheiden: Das BAG könnte den Verfassungsrang der Tarifautonomie ins Feld führen, der BGH die verbraucher- und wettbewerbsschützende Funktion des Kartellrechts und das besondere Gewicht der Vorfragenkompetenz. Hier fehlt am Ende der Maßstab. Den Ausschlag gibt eine verfahrensrechtliche Sonderheit: die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Kartellverwaltungsverfahren nach § 63 Abs. 4 GWB. Ein und derselbe kartellrechtliche Sachverhalt kann in eine kartellrechtliche Zivilstreitigkeit oder in eine Verfügung der Kartellbehörden münden. Das GWB sorgt für einheitliche Kartellgerichtszuständigkeit – an deren Ende der Kartellsenat des BGH steht. Dem ArbGG fehlt schon jedes Verwaltungskontrollverfahren, mit dem Arbeitsgerichte über eine kartellbehördliche Verfügung entscheiden könnten. Jede arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für kartellzivilrechtliche (Vor-)Fragen müsste die kartellverwaltungsrechtliche Zuständigkeit der ordent-

---

45) BAG v. 7. 11. 1995 – 3 AZR 676/94, NZA 1996, 1214.

46) Kommission v. 30. 9. 1986 – 86/507/EWG, ABl EG 1986 L 295/28 = WuW/E EV 1182 – Irish banks standing committee.

47) Konsequenz ignorant BAG v. 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808, Rz. 25.

48) Dazu *Serr* (Fußn. 38), S. 154.

lichen Gerichte für dieselben Sachfragen hinnehmen. Dann gäbe es zweierlei Kartellrecht und der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes hätte viel zu tun.<sup>49)</sup> Abgesehen davon: Über den Rechtsweg entscheidet die zuerst angerufene Gerichtsbarkeit. Sowenig Arbeitsgerichte einen Vorrang der Kartellgerichte akzeptieren würden, sowenig dürften Kartellgerichte geneigt sein, ihre formale und materielle Kompetenz zu verneinen. Es ist also am Kläger, den Gang zum Kartellgericht als Entdeckungsverfahren zu sehen.

### *Abstract*

#### ***European Court: Antitrust control of collective labour agreements***

*The article discusses the judgment ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media). The court decided that the inherent restrictions of competition by collective labour agreements (Albany case) only apply if the trade union bargains for true employees. Only then those collective labour agreements leave the scope of Article 101 TFEU – and are free of antitrust control. The status as an employee however is ruled by European Law. Those who are classified by national law as self-employed can be seen as employees by European Law. More important is what the EC doesn't address. GA Wahl proposed to allow those collective agreements to prevent social dumping with anticompetitive effects (ECLI:EU:C:2014:2215). The court didn't react to this proposal. Thereby collective agreements which try to stifle competitors are in the scope of Article 101 TFEU. Such agreements against wage dumping are present in Germany – within the steel industry to protect steel workers from temporary work, within aviation to protect the pilots and within building industry against one-man-entrepreneurs. This law is completely ignored for reasons that can be found in the German labour court organisation.*

---

49) Zu diesen Fragen eingehend Rieble, Kampf um die Rechtswegzuständigkeit als Kampf ums Recht, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Jahresband 2014 (2015) S. 109.