Neue Zeitschrift für
Arbeitsrecht
Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: *Prof. Dr. Klaus Schmidt* und *Hans Joachim Spiegelhalter,*
Palmengartenstr. 14, 60325 Frankfurt a. M.

NZA 5/2000

10. März · 17. Jahrgang 2000 · Seite 225–280

Urheberrechte achten!

Aufsätze und Berichte

Der Fall Holzmann und seine Lehren*

Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim

Der Fall Holzmann stellt gleichsam ein Lehrstück des Gesellschafts-, Arbeits- und Wettbewerbsrechts dar. Im nachstehenden Beitrag geht der Verfasser vor allem den tarifvertraglichen und wettbewerbsrechtlichen Aspekten dieses Falles nach.

I. Einleitung

Peter Hanau hat vor kurzem gefragt: Was kann das Arbeitsrecht leisten für den Erhalt und die Schaffung von Arbeitsplätzen?[1] Die Frage muss sich dem ökonomischen Gesetz beugen: Maßgeblich für die Arbeitsnachfrage sind die Kosten der Arbeit im (internationalen oder nationalen) Standortwettbewerb, aber auch, wie jetzt eindrücklich der Fall Holzmann zeigt, in der Unternehmenskrise. Deshalb soll an diesem Fall gezeigt werden, wie das Arbeitsrecht auf die Unternehmenskrise reagiert – insbesondere, welchen Sanierungsbeitrag es leisten kann. Wie schon zuvor die Fälle Viessmann und Burda wirft auch Holzmann Grundfragen des Tarifrechts auf, aber auch die nach der Wettbewerbsgleichheit unter den Arbeitgebern. Es geht um eine Grundfrage unserer Wirtschaftsordnung: Muss der Tarifvertrag mit *Löwisch* auf die Ertragskraft des Unternehmens Rücksicht nehmen[2]? Darf er die Kuh nicht schlachten, die es zu melken gilt? Die Gegenposition von *Lieb* lautet: Es sei Aufgabe des Tarifvertrags, Unternehmen, die seine Kosten nicht erwirtschaften können, aus dem Markt zu drängen[3]. Das Arbeitsrecht tritt so in eine Wechselwirkung zum Wirtschaftsrecht – wie insbesondere die Entscheidung des *BGH* zur Tariftreueerklärung vom 18. 1. 2000[4] zeigt.

II. Der Fall Holzmann

Die Umstände sind weithin bekannt: Die vormalige Geschäftsführung des Holzmann-Konzerns hat Verluste von rund 6 Milliarden DM verursacht[5]. Das Unternehmen war insolvent. Zur Abwendung des Insolvenzverfahrens haben sich die Gläubigerbanken mit dem Konzern auf ein Sanierungskonzept verständigt, das – neben einem als Beihilfe i. S. von Art. 87 III i. V. mit 88 II EGV genehmigungsbedürftigen Beitrag der öffentlichen Hand (250 Millionen DM) – einen Sanierungsbeitrag der Belegschaft verlangte – von 245 Millionen DM. Dass die Arbeitnehmer von Holzmann bereit sind, zur Rettung von (derzeit) ca. 13 500 bis 14 000 von 17 000 Arbeitsplätzen im Konzern ihren Beitrag zu leisten, stand weithin außer Frage. Immerhin bedeutet das eine „Rettungsprämie" DM 17 500 je verbleibendem Arbeitnehmer.

Befremdlich mutet es insofern an, dass die Holzmann-Unternehmen inzwischen mit den jeweiligen Betriebsräten Sozialpläne für die zu entlassenden Mitarbeiter vereinbart haben, die die Überleitung in eine Beschäftigungsgesellschaft mit einem Aufstockungsbetrag zum Kurzarbeitergeld und Abfindungen von drei Monatsentgelten für die betroffenen Arbeitnehmer vorsehen. Praktisch heißt das, dass die verbleibenden Arbeitnehmer über ihren Sanierungsbeitrag das Sozialplanvolumen von rund 100 Millionen DM mitfinanzieren – und das obschon § 112 V 2 Nr. 3 BetrVG ausdrücklich sagt, das Sozialplanvolumen solle weder den Fortbestand des Unternehmens noch der verbleibenden Arbeitsplätze gefährden. Insofern hätte ein Sozialplan Null, also der Verzicht auf Abfindungen nahegelegen; damit hätte man aber auch Kündigungsschutzklagen provoziert, die ihrerseits die Sanierung gefährden. Immerhin sieht § 123

* Der Text beruht auf einem Vortrag vor der Jurisitschen Fakultät der Universität zu Köln.

1) AuA 1998, 2

2) *Löwisch* NJW 1997, 905.

3) *Lieb*, NZA 1994, 289 ff., 337 ff., 342; ähnlich *Wank*, in: Festschr. f. Schaub (1998) S. 761, 771

4) *BGH*, NJW-Informationen H. 4/2000, S. XIV C

5) Einzelheiten der Holzmann-Sanierung finden sich auf der Internet-Sonderseite Sanierung unter http://www.philipp-holzmann.de

InsO selbst in der Insolvenz einen Sozialplan vor, allerdings mit einer absoluten Volumenbegrenzung auf 2 1/2 Monatsverdienste je entlassenem Arbeitnehmer (Abs. 1)[6].

Es gibt schließlich weder rechtliche noch wirtschaftliche Handhabe der Belegschaft oder der Gewerkschaft gegen die Gläubigermehrheit, im Arbeitnehmerinteresse das Unternehmen fortzuführen. Die Insolvenzordnung will zwar die Unternehmenssanierung erleichtern – das letzte Wort bei der Abstimmung über den Insolvenzplan haben aber die Gläubiger, zu denen auch die Arbeitnehmer in Ansehung ihrer Lohnrückstände gehören. Das zukunftsgerichtete Interesse am Fortbestand des Unternehmens zum Erhalt auch der Arbeitsplätze genießt kein Stimmrecht. Und selbst die Gläubigermehrheit kann mit Hilfe des Gerichts von der Minderheit nur den Verzicht auf bestehende Forderungen, nie aber künftiges Kapitalengagement fordern (§§ 217 ff. InsO).

So unstreitig das *Ob* eines Beitrags der Beschäftigten war, so streitig war das *Wie*: Der erste vom Betriebsrat geborene Gedanke lautete: Verzicht auf einen Teil des Tariflohnes durch Betriebsvereinbarung oder auf einer informellen Betriebsabsprache (Regelungsabrede) fußenden parallelen Arbeitsverträgen, anfangs war die Rede von 6%[7]. Die zweite – aus den arbeitsrechtlichen Schwierigkeiten geborene – Idee sah Kapitalbeiträge der Arbeitnehmer vor: Ein unverzinsliches längerfristiges Darlehen.

Zum Zuge kam als letztes Instrument der Lohnverzicht durch Haustarifvertrag – mit dem etwas irreführenden Etikett „Sanierungstarifvertrag". Der paraphierte Vertrag, den die Gewerkschaft erst unterschreiben will, wenn die beiden tarifschließenden Arbeitgeberverbände zugestimmt und auf die „Meistbegünstigungsklausel" aus dem Verbandstarifwerk verzichtet haben, sieht vor: Die Arbeitnehmer leisten 18 Monate lang fünf unbezahlte Überstunden pro Woche (rechnerisch eine pro Tag), also statt der tariflichen Regelarbeitszeit von 39 Wochenstunden dann 44. Diese Mehrarbeit wird auf einem „Sanierungsarbeitszeitkonto" gutgeschrieben und – unverzinst – in den Jahren 2002 bis 2007 durch Freizeit abgegolten, wenn bestimmte wirtschaftliche Voraussetzungen bei Holzmann vorliegen.

Dabei müssen die Kautelen die Freizeitabgeltung hinreichend unwahrscheinlich machen, weil die Holzmann-Unternehmen andernfalls Rückstellungen bilden müssen, die einen echten Sanierungsbeitrag der Belegschaft vereiteln.

Eine Insolvenzsicherung entsprechend der Soll-Vorschriften des § 7 a SGB IV ist nicht vorgesehen – das entspricht der tariflichen Konstruktionslogik, weil bei künftiger Insolvenz ein Abgeltungsanspruch gerade nicht besteht. Tarifpolitisch lässt sich fragen, weshalb entweder Unternehmen mit der Gewerkschaft stets zuletzt reden, obschon die Gewerkschaft in Tariffragen doch der kompetente erste Ansprechpartner sind oder warum sich angesprochene Gewerkschaften dem ersten Gespräch verweigern. Aus der übrigen Bauwirtschaft ertönt Kritik: Können die anderen Bauunternehmen doch befürchten, dass Holzmann den Vorteil des Lohnverzichts dazu nutzt, mit niedrigeren Lohnkosten günstigere und damit wettbewerbsfähigere Baupreise anzubieten. Selbst wenn das nicht der Fall sein wird, hat Holzmann durch geringere Kosten auch bei gleichen Preisen einen Wettbewerbsvorteil: den des Überlebens. Die Bestimmung der tariflichen Arbeitskosten hat so stets eine wettbewerbliche Seite. Gerade das Baugewerbe genießt eine rechtliche Sonderstellung: Hier soll der Arbeitskostenwettbewerb – insbesondere durch ausländische Anbieter – weithin unterbunden werden: Durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in seiner seit 1. 1. 1999 verschärften Fassung ebenso wie durch eine öffentliche Auftragsvergabe nur an tariftreue Unternehmen.

III. Die tarifrechtliche Seite

1. *Tarifbindung der Holzmann-Unternehmen*

Das rechtliche Problem resultiert aus der Tarifbindung der Holzmann-Unternehmen, die interessanterweise auf drei verschiedenen Säulen steht. Die Unternehmen sind über den Bauindustrieverband Hessen-Thüringen e. V. (mittelbares) Mitglied im tarifschließenden (Spitzen-)Arbeitgeberverband – dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. – und damit an das Tarifwerk der Bauindustrie, insbesondere an die nicht für allgemeinverbindlich erklärten Entgelttarife gebunden (§§ 4 I, 3 I, 2 III TVG). Zudem ist die Regelarbeitszeit von 39 Wochenstunden, die durch den Sanierungstarif auf bis zu 44 Wochenstunden angehoben wird, mit dem Manteltarif nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt. Schließlich sind durch die neue Rechtsverordnung nach § 1 III a AEntG – dessen Vereinbarkeit mit Grundgesetz und dem EG-Vertrag hier nicht problematisiert werden soll[8] – die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags Mindestlohn rechtsverbindlich gemacht[9]. Sie schreibt im Westen 18,50 DM Mindestlohn je Stunde vor.

2. *Untertarifliche Vereinbarungen*

a) *Unwirksamkeit entsprechender Regelungen.* Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass jede nicht-tariflich vereinbarte Form des Lohnverzichts mit der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags nach § 4 I TVG nicht vereinbar ist. Insofern spielt es zunächst weder eine Rolle, ob als Regelungsinstrument der Arbeitsvertrag – gegebenenfalls „inspiriert" von einer Regelungsabrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat – oder die ihrerseits nach § 77 IV 1 BetrVG normativ wirkende Betriebsvereinbarung gewählt wird, noch kommt es darauf an, ob der Lohnverzicht unmittelbar durch Absenkung des Tariflohnes, mittelbar durch unbezahlte Mehrarbeit oder im Wege der Stundung vereinbart wird. Dass eine unmittelbare Lohnsenkung gegen den tariflichen Mindestlohn verstößt, leuchtet ein. Aber auch der Gedanke, durch unbezahlte Mehrarbeit die Lohnkosten zu senken, greift in den tariflichen Lohnsatz, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein[10]. Nichts anderes gilt für die Stundung: Tariflöhne sind nach dessen Maßgabe fällig. Jede Abrede, die diese Fälligkeit hinausschiebt, verletzt den zwingenden Tarifvertrag.

Damit solche Eingriffe in das tarifliche Lohngefüge ihrerseits rechtlich wirksam sind, müssen sie von einer Öffnungsklausel gedeckt sein. Zuerst zu denken ist an eine freiwillige tarifliche Öffnungsklausel (i. S. von § 4 III Var. 1 TVG und gegebenenfalls § 77 III 2 BetrVG), die sogar rückwirkend einen Verstoß gegen den Tarifvertrag ausräumen kann, wie das *BAG* zutreffend parallel zum Burda-Fall entschieden hat[11]. Insofern hängen Unternehmen und Arbeitnehmer

6) Dazu und zur weiteren relativen Begrenzung nach Abs. 2 auf 1/3 des Massevolumens: *Caspers*, Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren, 1997 Rdnrn. 434 ff.; zur Arbeitsplatzsicherung in der Insolvenz *Smid*, NZA 2000, 113.

7) Eine solche Vereinbarung haben Vorstand der Philipp Holzmann AG und Gesamtbetriebsrat am 10. 12. 1999 auf Grundlage der Rahmenvereinbarung vom 2. 12. 1999 getroffen. Danach sollten – vorgeblich „tarifkonform" – die Zahlung eine Anteils am Bruttojahreseinkommen ausgesetzt und Mehrarbeit geleistet werden.

8) Aus der umfangreichen Literatur zuletzt *Strohmaier*, RdA 1998, 339; *v. Danwitz*, RdA 1999, 322; *Krebber*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997, S. 129 ff. jew. m. zahlr. Nachw.

9) Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe v. 25. 8. 1999, BGBl I, 1894

10) Richtig die Burda-Entscheidung *BAG*, NZA 1999, 887 = EzA Art. 9 GG Nr. 65 = DB 1999, 1555 = BB 1999, 1657 (unter III 1 a).

11) *BAG*, NZA 1999, 1059 = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 64 = DB 1999, 1660 = BB 1999, 1976; eingehend zu freiwilligen Öffnungsklauseln: *Wiedemann*, in: 1. Festschr. f. Hanau, 1999, S. 607 ff.; aus ökonomischer Sicht aufschlussreich *Seitel*, Öffnungsklauseln in Tarifverträgen 1995.

aber vom Tarifverhalten der Gewerkschaften ab – nicht anders als beim lohnverzichtenden Haustarifvertrag.

Die Rechtswissenschaft fordert deshalb – konkretisiert durch einen Beschluss des 61. DJT 1996 – eine gesetzliche Öffnungsklausel, mit der Tariflöhne in der Unternehmenskrise abgesenkt werden können[12]. Freilich braucht es hierzu den Gesetzgeber, von dem man sich derzeit schwerlich vorstellen kann, dass er in das Tarifrecht eingreift. Selbst die Insolvenzordnung sieht ein Sonderkündigungsrecht nur für Betriebsvereinbarungen, nicht aber für Tarifverträge vor (§ 120). Und wenn es – wie das in der Literatur vertreten wird – ein Sonderkündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) in der Insolvenz gäbe[13], käme dieses doch erstens nur der Tarifvertragspartei zu, also beim Verbandstarif nicht dem einzelnen Arbeitgeber und beseitigte zweitens nur die zwingende Wirkung des Tarifvertrages. Der Tarifvertrag wirkte gem. § 4 V TVG nach, bis er durch eine andere Abmachung abgelöst würde. So würde zwar der Weg zum – gegebenenfalls durch eine Regelungsabrede der Betriebsparteien stimulierten – Individualvertrag frei, nicht aber der zu einer von § 77 III BetrVG auch im Nachwirkungszeitraum gesperrten Betriebsvereinbarung[14].

Das finde ich – entgegen den die Öffnungsklausel fordernden Stimmen – auch nicht weiter schlimm: Denn die Öffnung des Tarifvertrags für betriebliche Bündnisse für Arbeit soll verhindern, dass der Tarifschutz der Gewerkschaft in eine kollektive Vormundschaft umschlägt, die die Arbeitnehmer über die Klinge springen lässt, um die Tarifdisziplin zu wahren. Die Öffnung für die Betriebsvereinbarung soll aber nur eine kollektive Herrschaft durch eine andere ersetzen. Wer schützt eigentlich die Arbeitnehmer davor, dass der Betriebsrat falsch entscheidet? Richtig erscheint es mir, die Arbeitnehmer selbst entscheiden zu lassen, also den im Nachwirkungszeitraum ohnehin möglichen Arbeitsvertrag zu nutzen[15].

Überdies kann eine gesetzliche Öffnungsklausel – jedenfalls solange man die zwingende Wirkung des Tarifvertrags nach hM als von der Tarifautonomie des Art. 9 III GG mitgeschützt ansieht[16] – die Tarifgeltung nicht in das Belieben von Betriebsrat oder Belegschaft stellen[17]. Stets müsste eine solche gesetzliche Öffnungsklausel einen justitiablen Tatbestand der Unternehmenskrise enthalten und den Tarifvertragsparteien eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnen[18] – so wie die Tarifparteien sich auch gegen eine außerordentliche Kündigung zur Wehr setzen können müssen. Damit aber der Rechtsschutz nicht solange währt, bis das Unternehmen an der Unsicherheit über den Sanierungsbeitrag der Arbeitnehmer zugrundegegangen ist, müsste ein schneller Sonderrechtsschutz – greifen, so wie § 122 InsO das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen und § 126 InsO den Individualkündigungsschutz verkürzt, indem dem Verwalter die Möglichkeit eingeräumt wird, im Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht die Zustimmung zur Betriebsänderung und eine präventive summarische Kündbarkeitsfeststellung zu erlangen. So wie im Insolvenzverfahren müsste das Gericht in der Unternehmenskrise entscheiden, ob die Maßnahme durch „die wirtschaftliche Lage des Unternehmens auch unter Berücksichtigung der sozialen Belange der Arbeitnehmer" erforderlich ist (§§ 122 II 1, 126 II 2 InsO)[19]. Das würde jedenfalls ein Teil der Literatur als ungerechtfertigten Eingriff in die Tarifautonomie ansehen, weil der Richter sich anmaßte, anstelle der Tarifparteien Tarifverträge zu „erlassen", obschon eben aus diesem Grunde die Tarifanpassung an eine veränderte Geschäftsgrundlage vom Richter anders als bei Schuldverträgen nicht vorgenommen werden darf[20] Letztlich nichts anderes bedeutet es, den Betriebsparteien in der Krise des Unternehmens das Recht zur Notbetriebsvereinbarung zuzugestehen.

Weil es an einer gesetzlichen Öffnungsklausel für Unternehmen in Not fehlt, will ein Teil der Literatur das Günstigkeitsprinzip des § 4 III TVG so verstehen, dass es betriebliche Bündnisse für Arbeit deckt: Ein Arbeitsplatz zu untertariflichen Bedingungen sei immer noch besser als keiner[21]. Das hat das *BAG* in der Burda-Entscheidung im Ergebnis richtig zurückgewiesen[22]. Seine Begründung, Äpfel und Birnen seien nicht vergleichbar, ist freilich kryptisch. Entscheidend gegen diesen Günstigkeitsvergleich sprechen zwei Gesichtspunkte: Aus tarifrechtlicher Sicht wäre es um die zwingende Wirkung des Tarifvertrags weithin geschehen. Denn jeder Arbeitgeber kann kraft seiner Unternehmerfreiheit die Arbeitsplätze in seinem Unternehmen bedrohen und damit den Weg zu untertariflichen Arbeitsbedingungen außerhalb einer Notlage „unkonditioniert" eröffnen – etwa durch Inaussichtstellen der Verlagerung auch einer rentablen Produktion ins Ausland. Vor allem aber kann die Individualabrede die vermeintlich günstigere Arbeitsplatzsicherheit gar nicht gewährleisten. Weder ist es mit dem kündigungsschutzrechtlichen Gebot der Sozialauswahl vereinbar, nur diejenigen Arbeitnehmer zu kündigen, die sich dem Tarifverzicht verweigern, noch kann ein Arbeitgeber überhaupt Arbeitsplätze garantieren. Was soll mit einem Bündnis für Arbeit geschehen, wenn der Arbeitgeber nach einem Jahr außerstande ist, seine Zusage einzuhalten?

b) *Durchsetzung der Tarifgeltung*

aa) Gewerkschaftlicher quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch. Während die tarifschließende Gewerkschaft beim Haustarifvertrag vom tarifgebundenen Arbeitgeber als ihrem Vertragspartner unmittelbar schuldrechtlich die Einhaltung des Tarifvertrags fordern kann, sieht das Tarifrecht keinen direkten Zugriff auf den Arbeitgeber zur Durchsetzung des Verbandstarifvertrags vor. Die Gewerkschaft kann nur entweder den Arbeitgeberverband schuldrechtlich zwingen, sein Mitglied mit den Mitteln der Verbandsgewalt auf den Tarifweg zurückzubringen (sog. Einwirkungsdurchführungsklage[23]) oder aber eines ihrer Mitglieder dazu zu bewegen suchen, seine tariflich normierten Individualansprüche gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen. So bleibt nach dem Tarifvertragsgesetz zunächst der Tarifbruch als Ausweg aus der Unternehmenskrise: Arbeitnehmer können zwar weder auf den Schutz des Tarifvertrags noch auf entstandene tarifliche Ansprüche verzichten, sie können aber die Geltendmachung dieser Rechte bleiben lassen.

---

12) Beschluss 3 der Arbeitsrechtlichen Abteilung, Bd. II, K 69 = NJW 1996, 2994 = RdA 1996, 378; *Hromadka*, NZA 1996, 1235 (1239); *Löwisch*, NJW 1997, 905 (906, These 2); vgl. auch *Wiedemann* (o. Fußn. 11), S. 621.

13) Etwa *Löwisch*, NJW 1997, 905 (906); *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 57 ff. wollen gar den Tarifvertrag automatisch enden lassen. Hiergegen *Rieble*, Anm. zu *BAG*, EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 (unter III 1 b) = NZA 1997, 830.

14) Weshalb *Buchner*, NZA 1993, 289 (299) nur die Lockerung des Tarifvorbehalts, nicht aber des Tarifvorrangs forderte, um im Nachwirkungszeitraum nach Kündigung mit der Betriebsvereinbarung operieren zu können.

15) Dazu näher *Rieble*, Flucht aus dem Tarifvertrag und ihre Behinderung durch die gesetzliche Weitergeltung, 34. Bitburger Gespräche – Jahrbuch 1998, S. 109 (130 ff).

16) Statt vieler: *Löwisch/Rieble* in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, 2. Aufl. (2000) III, § 246 Rdnrn. 81, 212, 214.

17) Statt vieler: *Henssler*, ZfA 1994, 487 (511); *Wiedemann* (o. Fußn. 11), S. 620 f; *Konzen*, Die Tarifautonomie zwischen Akzeptanz und Kritik, NZA 1995, 913 (919). S. auch *Zöllner*, ZfA 1988, 265 (275).

18) *Löwisch*, NJW 1997, 905 (910).

19) Dazu mit Nachw. *Caspers* (o. Fußn. 6), Rdnrn. 400 ff.

20) H. M., statt aller *Wank* (o. Fußn. 3), in: Festschr. Schaub, S. 787 f.

21) *Adomeit*, NJW 1984, 26; *Buchner*, DB 1996 Beil. 12, S. 1 (12 ff.).

22) NZA 1999, 887 (unter III 1 b).

23) Eingehend *Wallisch*, Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten, 1998.

Eine Prozessstandschaft der Gewerkschaft für die Arbeitnehmer sieht das Gesetz nicht vor – anders als sie dem Staat bei der Durchsetzung staatlicher Mindestarbeitsbedingungen insbesondere nach dem Heimarbeitsgesetz zukommt[24].

Dieser Durchsetzungsschwäche des Tarifvertrags hat das *BAG* in seiner Burda-Entscheidung – wo es ebenfalls um ein „betriebliches Bündnis für Arbeit" zur Standortsicherung und durch unbezahlte Mehrarbeit ging – abgeholfen: Die Tariftreue wird in den Stand eines absoluten Rechtes erhoben und der Gewerkschaft so ein quasinegatorischer deliktischer Durchgriffsanspruch gegen den tarifbrüchigen Arbeitgeber verschafft. Dass dieser Weg zivilrechtlich gangbar ist – mit Blick vor allem auf die Vertragsbruch-Unterlassungsansprüche in (lückenlosen) Vertriebs- und Preisbindungssystemen, habe ich an anderer Stelle ausgeführt[25]. Die entscheidende Schwäche des Tarifbruch-Unterlassungsanspruchs liegt freilich darin, dass die Gewerkschaft nicht nur die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers belegen, sondern vor allem die Namen ihrer tarifgebundenen Mitglieder nennen muss – denn nur für ihre Mitglieder kann sie sich auf die Tarifautonomie berufen und für diese muss sie die Störung des § 1004 BGB vortragen.

Abwegig ist die Idee, die Gewerkschaft könnte allgemeinverbindliche Tarifverträge, insbesondere die nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz über die Unterlassungsklage durchsetzen[26]. Denn die staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen ist gerade kein Ausdruck von Tarifautonomie, also mitgliedschaftlicher Legitimation des Verbandes[27]. Für die Durchsetzung staatlich verantworteter Mindestlöhne ist der Staat zuständig; er kann hierfür besondere Prozessstandschaften[28] oder wie im Arbeitnehmerentsendegesetz (§ 5) eine Bußgeldbewehrung anordnen. Selbst wenn man die Allgemeinverbindlicherklärung fälschlich als Schutz der Tarifparteien vor Außenseiterkonkurrenz verstünde[29], begründete dies doch keinen Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft (aus §§ 1004, 823 II BGB), weil die Entscheidung über die Durchsetzung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages dem Staat zukommt. Das heißt: Ein Außenseiter unter den Bau-Arbeitgebern kann von der IG BAU nicht auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er mit (unbezahlter) Mehrarbeit die allgemeinverbindliche Arbeitszeitvorgabe verletzt.

Nur dort, wo ein Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen für allgemeinverbindlich erklärt ist, kann die Gemeinsame Einrichtung (insbesondere der Bautarife) selbst und unmittelbar die Beiträge auch von den Außenseiter-Arbeitgebern einfordern (§ 4 II TVG). Das aber ist kein Unterlassungs- sondern ein Erfüllungsanspruch.

bb) *Ansprüche des Arbeitgeberverbandes.* Auf den ersten Blick mutet es merkwürdig an, dass der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie erwogen hat, Holzmann auf Tariftreue in Anspruch zu nehmen. Auf den zweiten leuchtet es ein, dass es für die tariftreuen Mitglieder des Verbandes insbesondere wettbewerblich belastend ist, wenn in ihren Reihen die Tarifdisziplin nicht beachtet wird.

(1) *Vereinsrechtliche Folgepflicht.* Während die Gewerkschaft einen deliktischen Durchgriffsanspruch braucht, um den tarifbrüchigen Arbeitgeber anzugehen, kann der Arbeitgeberverband die vereinsrechtliche Folgepflicht geltend machen: Als Mitglied muss der Arbeitgeber nicht nur Beitragspflichten erfüllen, sondern auch den Vereinszweck fördern. Hierzu rechnet die Pflicht zur Einhaltung der im Mitgliederinteresse vereinbarten Tarifverträge. Manche Arbeitgeberverbandssatzungen enthalten ausdrückliche Klauseln über die Pflicht zur Tariftreue – wie auch § 7 Nr. 6 der Satzung des Bauindustrieverbands Hessen-Thüringen eV[30]. Aber auch ohne eine solche Klausel ist das Mitglied vereinsrechtlich verpflichtet: Die Einhaltung der Tarifdisziplin ist zentrales Anliegen der Arbeitgeberseite: Könnten einzelne Arbeitgeber aus der tarifvertraglichen „Solidarität" ausbrechen, wäre der Tariftreue der übrigen die wettbewerbliche Geschäftsgrundlage entzogen. Insofern liegt es wie bei jedem Kartell: Es funktioniert nur solange, als die Kartelldisziplin gewahrt ist[31]. Die Tariftreue darf nicht mit Wettbewerbsnachteilen bezahlt werden müssen. Allerdings wird diese Pflicht zur Verbandstariftreue durch die Möglichkeit, sich durch Haustarif dispensieren zu lassen, relativiert.

Den vereinsrechtlichen Ansprüchen steht in der Regel das Hindernis im Wege, dass sich das Mitglied durch Austritt der Verbandsgewalt entziehen kann. Das wird in aller Regel als Grenze der Einwirkungsfähigkeit des Arbeitgeberverbandes gesehen[32] – meines Erachtens zu Unrecht. So wie der Austritt bereits entstandene Beitragspflichten nicht erlöschen lässt, so lässt sich – in Parallele zu § 3 III TVG, der die Tarifbindung auch nach Austritt bis zum Ende des Tarifvertrags andauern lässt – dem Mitglied eine schuldrechtliche Pflicht auferlegen, einmal abgeschlossene Tarifverträge bis zum Ende ihrer Laufzeit einzuhalten. Ist dieser Anspruch während der Mitgliedschaft einmal entstanden, übersteht er auch das Ende derselben. Freilich bedarf es für diese Pflicht einer entsprechenden Satzungsbestimmung. Sie fehlt.

Ist der Tarifvertrag wie hier vom Spitzenverband vereinbart, ist der vereinsrechtliche Folgeanspruch gleichwohl auf den Verband beschränkt, dessen unmittelbares Mitglied der tarifbrüchige Arbeitgeber ist. Der Spitzenverband kann nur seinen Mitgliedsverband dazu anhalten, gegen den tarifbrüchigen Arbeitgeber vorzugehen. Man mag sich zwar darüber streiten, ob die Vereinssatzung Folgeansprüche Dritter und damit auch eines Spitzenverbandes begründen kann – als Satzung zugunsten Dritter[33] –, jedenfalls ist dafür eine besondere Satzungsgestaltung erforderlich. Auch diese fehlt.

(2) *Deliktischer Unterlassungsanspruch.* Da Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie den Arbeitgeberverbänden „ebenso" zukommen wie den Gewerkschaften[34] müssen auch sie im Ausgangspunkt den deliktischen Tarifbruch-Unterlassungsanspruch geltend machen können. Auf den ersten Blick hat das den Vorteil, dass nicht nur der Arbeitgeberverband, dem das Mitglied angehört, die Tariftreue geltend machen kann, sondern gerade auch der tarifschließende Spitzenverband, der selbst Tarifautonomie genießt. Dass die Arbeitgeber

24) § 25 HAG; ebenso § 11 des Gesetzes über Mindestarbeitsbedingungen.

25) *Rieble*, ZTR 1999, 483; krit. dagegen *Löwisch*, BB 1999, 2080 (2082).

26) So begründungslos: *Berg/Platow*, DB 1999, 2362 (2366).

27) S. *BVerfGE* 44, 322 (345 ff.) NJW 1977, 2255 = EzA § 5 TVG Nr. 5 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG und *BVerfGE* 55, 7 = NJW 1981, 215 = EzA § 5 TVG Nr. 7 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG.

28) S. Fußn. 24.

29) So *BVerwGE* 80, 335 = NVwZ 1989, 870 = EzA § 5 TVG Nr. 9 = AP Nr. 23 zu § 5 TVG; hiergegen *Rieble* Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rdnrn. 299 ff., 1742 ff; s. auch *BGHZ* 120, 320 = NJW 1993, 1010 = AP Nr. 10 zu § 1 UnlWG.

30) „Jedes Mitglied des Verbandes ist verpflichtet . . . 6. die von dem Verband oder dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. mit den Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten".

31) Vgl. § 13 GWB a. F. und schon § 8 KartellVO; dazu *Callmann*, Das deutsche KartellR, 1934, § 8 KVO Rdnrn. 71 ff, 105 f, S. 548 f, 565 f.

32) S. *Wallisch* (o. Fußn. 23), S. 132 ff m. Nachw.

33) S. *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 280 Rdnrn. 18 ff. und den Durchgriff nach § 2 IV TVG.

34) *BVerfG*, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 (unter C I 1 a) Stellung; *BAG (GS)* EzA Art. 9 GG Nr. 6 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = SAE 1972, 1 m. Anm. *Richardi* (unter Teil III B 1).

„Grundrechtsträger 2. Klasse" wären, lässt sich zunächst nicht sagen. Die vereinsrechtliche Folgepflicht schließt Deliktsansprüche nicht aus[35]. Auch dass der einzelne Arbeitgeber das Recht hat, durch einen Haustarif mit der tarifschließenden Gewerkschaft den Verbandstarif beiseitezuschieben, heißt nicht, dass dem Arbeitgeberverband das Recht zu nehmen wäre, gegen den rechtswidrigen Tarifbruch vorzugehen. Auch wenn die Pflicht des verbandsangehörigen Arbeitgebers zur Kartelldisziplin gelockert ist, verträgt es kein Arbeitgeberverband, dass die tariflich ausgehandelten Arbeitsbedingungen rechtswidrig dort beiseitegeschoben werden, wo die Gewerkschaft die Zustimmung zum Haustarif nie geben würde.

Jedenfalls erweist sich der Tarifbruch-Unterlassungsanspruch hier als noch schwächeres Instrument: Für die Arbeitgeberseite ist es ungleich schwerer, die für die Geltung des vermeintlich gebrochenen Tarifvertrags erforderliche beiderseitige Tarifbindung nachzuweisen: Woher soll der Arbeitgeberverband wissen, welche Arbeitnehmer des betroffenen Arbeitgebers Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft sind? Auch diese Schwierigkeiten mögen den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie bewogen haben, „grundsätzlich auf eine Verbandsklage" gegen die Holzmann AG zu verzichten.

3. *„Umgehung" durch Darlehen oder Eigenkapitalbeteiligung?*

Weil eine notbedingte Absenkung der Tarifentgelte nur mit der Gewerkschaft zu bewerkstelligen ist, lag eine „Umgehung" nahe: Wenn der tarifliche Entgeltanspruch dem Zugriff der Arbeitsvertrags- wie der Betriebsparteien entzogen ist, so lässt sich doch eine Kapitalbeteiligung der Arbeitnehmer vorsehen: So wie andere Gläubiger, die am Fortbestand des Unternehmens interessiert sind, könnten die Arbeitnehmer entweder Eigenkapital zuschießen oder ein längerfristiges Darlehen geben. Nun könnte man solche Ideen mit dem platten Satz „Wer ein Gesetz umgeht, umgeht es nicht" vorschnell verwerfen; Tarifverträge enthalten schließlich Rechtsnormen[36]. Doch ist die Umgehung der Sache nach eine erweiternde Auslegung und Analogie der zugrundeliegenden Norm auf verwandte Fälle[37]. Jeder Tarif-Umgehungstatbestand endet dort, wo die Tarifmacht notwendig endet. Insofern stößt jede erweiterte Tarifauslegung schnell an eine zentrale Grenze des Tarifvertrags: Er kann die Lohnverwendung durch den Arbeitnehmer nicht regeln[38] – weil der Arbeitnehmer insofern nicht in seiner Rolle als abhängig Beschäftigter, sondern als Verbraucher und Investor angesprochen ist. Weder kann der Tarifvertrag dem Arbeitnehmer verbieten, Aktien oder Geschäftsanteile seines Arbeitgebers zu erwerben, noch kann er ihm untersagen, dem Arbeitgeber ein Darlehen zu gewähren – sowenig er ihn umgekehrt hierzu verpflichten kann.

Wo aber ist nun die Grenze zu ziehen zwischen der Umgehung des tariflichen Mindestlohns und der Verfügungsfreiheit des Arbeitnehmers über sein Einkommen? Zuerst muss die rechtsgeschäftliche Freiwilligkeit gewahrt bleiben, wie die §§ 115 ff. GewO, aber auch das Prinzip der freien Anlagenwahl nach dem 5. VermögensbildungsG zeigen[39]. Eine Kapitalzufuhr kann der Arbeitnehmer nur individuell zusagen. Sowenig wie der Tarifvertrag kann die Betriebsvereinbarung den Arbeitnehmer hierzu verpflichten. Frei muss der Arbeitnehmer spätestens dann sein, wenn das Tarifentgelt bei ihm angekommen ist, der Arbeitgeber also bezahlt hat. Dass der Arbeitnehmer einen Teil des erhaltenen Tarifentgelts dem Arbeitgeber als Eigen- oder Fremdkapital zurückgibt, ist keine Umgehung des Tarifvertrags. Meines Erachtens kann man schon eine Stufe zuvor ansetzen: Das Tarifvertragsgesetz sieht keinen Zwang zur Real- oder Effektiverfüllung vor. Seine zwingende Wirkung wird zwar verstärkt durch das Erlassverbot des § 4 III TVG; das verbietet aber nur die verzichtende Verfügung über den Anspruch, gebietet aber nicht die Effektiverfüllung. Das müsste – wie bei der Einlageschuld im Gesellschaftsrecht[40] – besonders vorgeschrieben sein. Für Arbeitseinkommen ist solche Effektiverfüllung nur durch den Pfändungsschutz der ZPO vorgeschrieben[41]. Mithin halte ich es für zulässig, dass der Arbeitnehmer eine Verpflichtung zur Kapitalzufuhr gegenüber seinem Arbeitgeber eingeht und diese – bis zu den Pfändungsgrenzen – durch Verrechnung oder Aufrechnung mit seinem Tarifentgeltanspruch tilgt.

4. *„Sanierungs"-Haustarifvertrag*

Der richtige Weg zum Sanierungsbeitrag durch Lohnverzicht führt zum Tarifvertrag. Das kann grundsätzlich ein Haustarif oder ein firmenbezogener Verbandstarif sein. Da letzterer unmittelbar Gleichbehandlungsprobleme zu anderen tarifgebundenen Arbeitgebern in wirtschaftlichen Schwierigkeiten aufwirft, bietet sich der Haustarif zwischen der Holzmann AG und der IG BAU geradezu an. Allerdings ist auch der Haustarifvertrag nicht frei von rechtlichen Problemen; er löst nur eines. Mit der Zustimmung der Gewerkschaft ist der Eingriff in den Arbeitnehmer-Verbandstarifschutz gerechtfertigt.

a) *Abstrakte Haustariffähigkeit des verbandstarifgebundenen Arbeitgebers.* § 2 I TVG nennt den einzelnen Arbeitgeber ohne Einschränkung als Tarifvertragspartei. Daraus schließt die h. M. nahezu ohne Widerspruch, dass auch der verbandsangehörige Arbeitgeber Haustarifverträge abschließen könne. *Matthes*[42] hat eine Gegenposition formuliert: § 2 I TVG verfolge nur den Zweck, der Gewerkschaft, die den Arbeitgeber-Außenseiter wegen der negativen Koalitionsfreiheit nicht in den Arbeitgeberverband streiken darf, in jedem Falle eine Tarifvertragspartei zu sichern, um die Arbeitsverträge ihrer Mitglieder zu regeln. Nur verbandsfreie Arbeitgeber könnten also Tarifverträge schließen. Doch der Wortlaut ist eindeutig angesichts des Umstandes, dass eine solche subsidiäre Tariffähigkeit vom Gesetzgeber an anderer Stelle ausdrücklich angeordnet ist: Den Handwerksinnungen kommt nach § 54 III Nr. 1 HandwO Tariffähigkeit nur zu, „soweit und solange" der Innungsverband nach § 82 S. 2 Nr. 3 HandwO keine Tarifverträge abgeschlossen hat[43].

Lieb weist zu recht darauf hin, dass *Matthes* selbst freiwillige Haustarifverträge vor dem Hintergrund des Verbandstarifvertrags hindern würde[44]. Das belegt der Holzmann-Fall eindrücklich. *Lieb* will die Arbeitgeber nur davor schützen, trotz Verbandszugehörigkeit mit einem Arbeitskampf um einen Haustarif überzogen zu werden. Das Argument, mit der Verbandsmitgliedschaft erlangten die Arbeitgeber Anspruch darauf, Tarifverträge nur noch über ihren Verband ertragen zu müssen, lenkt den Blick darauf, dass die Haustariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers noch eine an-

35) Vgl. *OLG Zweibrücken*, GRUR 1997, 77 = BB 1997, 115: UWG-Unterlassungsanspruch auch gegen den Händler, der vertraglich vertriebsgebunden ist.

36) Allgemein zur Tarifumgehung *Wank*, in: *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl., (1999), § 4 Rdnr. 374

37) *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962, insb. S. 67 ff., 78 ff.; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 350 f.

38) H. M., siehe nur *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (o. Fußn. 36) Einl. Rdnr. 468.

39) Vgl. *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (o. Fußn. 36), § 1 Rdnr. 418; *Löwisch*, in. Festschr. f. Däubler, 1999, S. 470 ff.

40) Etwa § 19 II 1 GmbHG, § 66 I AktG

41) *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, § 16 I 8 c (S. 378).

42) *Matthes*, in: Festschr. f. Schaub, 1998, S. 477.

43) *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 255 Rdnrn. 35 f.

44) *Lieb*, DB 1999, 2058.

dere Funktion haben muss, als den Arbeitgeber gewerkschaftsnützig als Verhandlungsgegner bereitzustellen. Es liegt vielmehr nahe, nach § 2 I TVG auch den einzelnen Arbeitgeber mit Tarifautonomie zu versehen – als Ausdruck seiner individuellen Privatautonomie, die ihn vom Arbeitgeberverband unabhängig macht. Nichts anderes meint das *BAG*, wenn es „die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers . . . zum Kernbereich seiner Betätigungsfreiheit aus Art. 9 III GG" rechnet[45] – auch wenn der einzelne Arbeitgeber keine Koalition ist und deshalb nicht unter den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit fällt.

Der Verbandstarif hat nur die Funktion, Mindestbedingungen zum Schutz der Arbeitnehmer zu schaffen. Über diesen Schutz kann die tarifschließende Gewerkschaft disponieren – durch Haustarif. Funktion der Arbeitgeberverbände ist es nur, durch Zusammenschluss ein Gegengewicht zu den Gewerkschaften zu bilden, damit die tariflichen Mindestbedingungen für die Arbeitgeber nicht zu teuer werden. Keineswegs soll der Arbeitgeberverband sein Mitglied auf die Mindestbedingungen, die aus Arbeitgebersicht Höchstbedingungen sind, dergestalt „festnageln" können, dass sie den „günstigeren" Haustarif vereiteln und den Arbeitgeber seiner individuellen Vertragskompetenz berauben. Konkret gesagt: Der Bauindustrieverband Hessen-Thüringen hat kein Recht darauf, dass sein Mitglied Holzmann AG durch die Tarifbindung unausweichlich insolvent wird.

Die umfassende Haustariffähigkeit erweist sich dann – in Parallele zum Günstigkeitsprinzip des § 4 III TVG – als der gegenüber dem Arbeitgeberverband kollektivfreie Verhandlungsspielraum, der dem Arbeitgeber individuell garantiert ist. Sowenig die Gewerkschaften das Recht haben, zu Lasten ihrer Mitglieder Höchstarbeitsbedingungen festzusetzen, die die individuelle Vertragsfreiheit vollständig beseitigten, sowenig hat der Arbeitgeberverband das spiegelbildliche Recht[46]. Die Gewerkschaft kann ihr Mitglied zu dessen Schutz auf Mindestarbeitsbedingungen verpflichten; der Arbeitgeberverband kann seinem Mitglied nur dispositive Tarifbedingungen vorgeben, weil der Arbeitgeber vor sich selbst nicht geschützt werden muss[47].

b) *Verpflichtung keine Haustarifverträge abzuschließen.* In den Tarifverträgen des Baugewerbes ist eine Verpflichtung zur Unterlassung anderweitiger Tarifabschlüsse enthalten[48]. Sie lautet:

„Die Tarifvertragsparteien verpflichten sich, mit anderen Organisationen und einzelnen Arbeitgebern keine Tarifverträge zu vereinbaren, die von diesem Tarifvertrag inhaltlich abweichen. Schließt eine Tarifvertragspartei gleichwohl einen Satz 1 widersprechenden Tarifvertrag ab, so kann die andere Tarifvertragspartei verlangen, dass die abweichenden Bestimmungen ganz oder teilweise Inhalt dieses Tarifvertrages werden".

Damit zielt die Klausel auf abweichende Tarifabschlüsse durch beide Seiten: Die Arbeitgeberseite soll nicht mit etwa konkurrierenden Gewerkschaften – etwa einer christlichen Gewerkschaft, man denke an den Phönix-Tarifvertrag der Christlichen Gewerkschaft Metall – für sie bessere Tarifverträge abschließen und so den Tarifkompromiss unterlaufen. Aber auch die Gewerkschaft soll nicht einzelnen Bauarbeitgebern Rabatt geben dürfen[49]. Ich halte diese Klausel für unwirksam: Für die Arbeitnehmerseite ist man sich weithin einig darüber, dass im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags vereinbarte Höchstarbeitsbedingungen unwirksam sind. Sie hintertreiben das Günstigkeitsprinzip, indem sie die Arbeitgeberseite verpflichten, keine günstigeren Arbeitsverträge abzuschließen.[50] Begreift man die Haustariffähigkeit als Sicherung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber seinem Verband, dann sind auch schuldrechtliche Vereinbarungen zu seinen Lasten ausgeschlossen: Der schuldrechtliche Tarifvertrag darf weder dem Arbeitnehmer seinen Vertragspartner für den günstigeren Individualvertrag nehmen, noch dem Arbeitgeber denjenigen für den ihn günstigeren Haustarif.

Überdies verfügte die Gewerkschaft auf diese Weise über ihre Tarifautonomie: Sie begäbe sich ihrer Freiheit, mit verbandsangehörigen Arbeitgebern Haustarifverträge abzuschließen – insbesondere um wie im Fall Holzmann die Arbeitsplätze ihrer Mitglieder durch einen Sanierungs-Tarifvertrag zu retten. Auf ihre Tarifautonomie und die damit korrespondierende Tarifverantwortung kann eine Gewerkschaft aber nicht verzichten, weil sie damit das ihr von den Mitgliedern aufgegebene Mandat ignoriert. Wenn eine Gewerkschaft schon in ihrer Satzung keine Beschränkung auf bestimmte Vertragspartner oder auf bestimmte Arbeitsbedingungen (Ausschluss von „Tabuzonen") vorsehen kann[51], dann ist es ihr auch nicht möglich, solche Bindungen durch Vertrag einzugehen. Der Satz von *Gamillscheg* – „was man tun darf, darf man auch versprechen"[52] – ist grundfalsch. Mit ihm ließe sich auch der yellwo-dog-contract rechtfertigen: Wenn der Arbeitnehmer der Gewerkschaft fernbleiben darf, darf er das dem Arbeitgeber auch versprechen[53]. Selbst wenn man diese Pflicht, abweichende Haustarife nicht abzuschließen, für wirksam hielte, könnte sie den abweichenden Haustarifabschluss nicht hindern: Denn für den schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags gilt das Prinzip der Relativität von Schuldverhältnissen. Auch wenn sich die IG BAU durch einen Holzmann-Sanierungstarif pflichtwidrig verhielte, bliebe dieser wirksam.

Anders verhielte es sich nur dann, wenn man dieser schuldrechtlichen Vereinbarung über § 138 BGB[54] eine quasi-normative Wirkung auch gegenüber dem abweichenden Haustarif verschaffte: Wirken doch Gewerkschaft und einzelner Arbeitgeber kollusiv zu Lasten des Verbandstarifes zusammen. Indes verkehrte dies das Verhältnis von schuldrechtlichem und normativem Vertrag. Das Tarifvertragsgesetz ordnet überdies – weithin übersehen – in § 2 IV selbst einen Vertragsdurchgriff für den schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags an, beschränkt ihn aber auf das Verhältnis von Spitzenverband und Mitgliedsverband.

Die im schuldrechtlichen Teil des Verbandstarifs vorgesehene Sanktion – dass nämlich der tarifschließende Arbeitgeberverband die Übernahme des pflichtwidrig vereinbarten Haustarifinhaltes in den Verbandstarif verlangen können soll („Meistbegünstigungsklausel") – ist gleichfalls unwirksam. Sie scheitert nicht nur daran, dass die zugrundeliegende Nichtabschlusspflicht unwirksam ist. Sie scheitert vor

45) *BAG*, NZA 1991, 428 = EzA § 2 TVG Nr. 20 m. zust. Anm. *Hergenröder* = SAE 1991, 314 m. krit. Anm. *Rieble*.

46) S. schon *Rieble* (o. Fußn. 29), Rdnrn. 1617 ff.

47) S. *Löwisch*, ZfA 1996, 293.

48) § 19 des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (v. 30. 11. 1995, in Kraft seit dem 1. 1. 1996).

49) Dass nicht jeder andere, auch inhaltsgleiche Tarifabschluss untersagt ist, hat einen einfachen Grund: Nur mit Anschlusstarifverträgen können die Gewerkschaften nichttarifgebundene Bauarbeitgeber auf die Tarifbedingungen verpflichten.

50) *Rieble* (o. Fußn. 29), Rdnrn. 1695 ff.; *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85 jew. m. Nachw.; einschränkend *Wank*, in: *Wiedemann* (o. Fußn. 36), § 4 Rdnrn. 396 ff., der zwar Höchstarbeitsbedingungen im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages für unzulässig hält, einseitige Höchstnormenbeschlüsse des Verbandes dagegen billigt; s. weiter *Oetker*, in: Wiedemann (o. Fußn. 36), § 2 TVG Rdnr. 114 ff. f. einseitige Verbote des Arbeitgeberverbandes.

51) *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 255 Rdnr. 20; *Oetker*, in: *Wiedemann* (o. Fußn. 36) § 2 Rdnrn. 66 f jew. m. Nachw.

52) *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 48.

53) *Rieble* (o. Fußn. 29), Rdnrn. 1689 ff.

54) Allgemein *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1991, § 3 II 9 (S. 41 ff.).

allem daran, dass die Sanktion als solche auf eine unzulässige dynamische Verweisung eines Tarifvertrages auf einen anderen hinausläuft[55]: Die strikte Tarifübernahmepflicht setzt nämlich den Aushandelnsmechanismus des Tarifvertrags – also die „gegenseitige Einwirkung zum Richtigen hin" – außer Kraft und beseitigte so das Richtigkeitsvertrauen in den Tarifvertrag, das überhaupt erst seine Geltung rechtfertigt[56]. Die Gewerkschaft wäre gezwungen, eine Tarifregelung, die auf ein bestimmtes Unternehmen zugeschnitten ist, ohne Verhandelnsmöglichkeit auf alle Mitglieder des Arbeitgeberverbandes zu übertragen, auch wenn das schlechthin sachwidrig ist. Die Gewerkschaft begäbe sich ihrer Tarifverantwortung. Gerade weil den Arbeitsgerichten jede Sachgerechtigkeitskontrolle des Tarifvertrages als „Tarifzensur" untersagt ist, muss die Wahrnehmung der Tarifverantwortung zum Abschlusszeitpunkt rechtlich gesichert werden. Sowenig ein Verbandstarifvertrag dynamisch auf einen Haustarif verweisen kann, sowenig kann ein Tarifvorvertrag eine Tarifpartei auf einen Tarifinhalt verpflichten, der zum Zeitpunkt des Vorvertragsabschlusses inhaltlich weder bestimmt noch bestimmbar ist. Und exakt hierauf ist die Meistbegünstigungsklausel gerichtet. Selbst wenn man die Nichtabschlusspflicht für wirksam hielte, bliebe als Sanktion allenfalls die Kündigung des Verbandstarifvertrags aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)[57] – wenn der dann pflichtwidrige Haustarif die Tarifdisziplin in unzumutbarer Weise untergrübe. Für eine – hier fehlende, aber bei manchen Verbänden anzutreffende – satzungsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers, keine abweichenden Haustarife abzuschließen, kann nichts anderes gelten.

c) *Allgemeinverbindlicherklärung und Arbeitnehmerentsendegesetz.* Die nach § 5 TVG allgemeinverbindlichen Arbeitszeiten des Bundesrahmentarifvertrags können den Sanierungstarifvertrag nicht hindern. Denn nach allen Meinungen geht der Haustarifvertrag einem Verbandstarifvertrag in der Tarifkonkurrenz vor, gleichgültig ob dieser kraft Mitgliedschaft oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung gilt.[58] Spannender dagegen ist das Verhältnis zur neuen Rechtsverordnung nach § 1 III a AEntG. Unbezahlte Mehrarbeit von 5 Wochenstunden bedeutet bei einer Grundarbeitszeit von 39 Wochenstunden einen Lohnverzicht um 11,36%. Das könnte in den unteren Lohngruppen des Bautarifs – insbesondere der Berufsgruppen VII und VIII mit Stundenlöhnen von 19,66 DM oder 19,84 DM – unter Umständen zur Unterschreitung des verordneten Mindestlohns führen. Der Sanierungstarif verhindert das, indem er die Auszahlung zumindest der Mindestlöhne für die 44 Stunden anordnet.

Gleichwohl muss die Frage nach dem Verhältnis von Tarifvertrag und Rechtsverordnung geklärt werden: Die Rechtsverordnung nach dem AEntG ist kein Instrument zur Einschränkung der Tarifautonomie, sie will und kann insbesondere keine Lohnunterbietung durch Tarifvertrag hindern. Sie ist eine Allgemeinverbindlicherklärung in besonderer Form – von den Voraussetzungen des § 5 I TVG entbunden[59] – und wird deshalb vom Haustarifvertrag verdrängt. § 1 III a AEntG verweist hinsichtlich der Voraussetzungen auf die besondere Allgemeinverbindlicherklärung (mit IPR-Wirkung) des Absatzes 1 Satz 1 und setzt damit tatbestandlich voraus, dass der Tarifvertrag aus sich heraus die innerdeutsche Lohnunterbietung hindert. Das heißt aber auch, dass der Haustarifvertrag Dispens von den Mindestlöhnen des Arbeitnehmerentsendegesetzes geben kann[60]. Die Alternative, mit Mindestlöhnen auch die Tarifautonomie jedenfalls für Haustarife zu beschränken, steht nicht zur Verfügung. Denn damit griffe das Arbeitnehmerentsendegesetz unverhältnismäßig in die zentrale Entgeltregelungsbefugnis der Tarifparteien ein[61].

Wenn aber ein Haustarifvertrag von den Mindestlöhnen des Arbeitnehmerentsendegesetzes befreien kann, dann ist das Arbeitnehmerentsendegesetz entweder insgesamt wegen fehlender Geeignetheit verfassungswidrig: Es kann die Lohnunterbietung durch Haustarif nie verhindern. Zumindest aber muss jede Rechtsverordnung nach § 1 III a AEntG in der Sekunde außer Kraft treten, in der auch nur ein deutscher Arbeitgeber nicht mehr an die Mindestlöhne gebunden und deshalb zur Lohnunterbietung imstande ist. Andernfalls würden jene Arbeitgeber ohne gewerkschaftlichen Dispens als EU-Unternehmen europarechtswidrig, im übrigen verfassungswidrig diskriminiert.

IV. Die wettbewerbs- und vergaberechtlichen Folgen

1. *Wettbewerbliche Bedeutung tariflicher Arbeitsbedingungen*

Tarifverträge beschränken den Wettbewerb zwischen den tarifgebundenen Arbeitgebern um günstigere Arbeitsbedingungen. Dieser Wettbewerb wird – von denen, die ihn ideologisch ablehnen – gern als Lohn- oder Sozialdumping bezeichnet. Das ist normativ zweifach falsch: Der normale Tarifvertrag gilt nicht für alle Arbeitgeber sondern nur für die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes und auch nur im Verhältnis zu den Gewerkschaftsmitgliedern. Insbesondere ist der nicht-tarifgebundene Arbeitgeber befugt, untertarifliche Löhne bis zur Grenze des Lohnwuchers zu vereinbaren. Von einer allgemeinen wettbewerbsbeschränkenden Funktion des Tarifvertrags kann also keine Rede sein. Allenfalls schaltet der Tarifvertrag den Arbeitskostenwettbewerb unter den tarifgebundenen Arbeitgebern aus und hätte insofern eine Art Kartellfunktion.

Dumping ist als Rechtsbegriff anderweit besetzt: Als Verkauf unter Einstandspreis, um die Konkurrenten aus dem Feld zu schieben. Für Arbeitgeber ist der untertarifliche Lohn aber eine Gestaltung der Einkaufsbedingungen; für den anbietenden Arbeitnehmer gibt es keinen Einstandspreis[62].

Anders gewendet: Soweit das Tarifrecht es insbesondere nicht-tarifgebundenen Arbeitgebern erlaubt, untertariflich zu zahlen – bis zur Grenze des Lohnwuchers oder der Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz – soweit liegt kein missbilligenswertes, unanständiges Wettbewerbsverhalten vor. Die Bezeichnung Lohn- oder Sozialdumping suggeriert eine umfassende Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen, die es tarifrechtlich nur nach staatlicher Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG oder § 1 AEntG gibt. Die Tarifparteien sind aus eigenem Recht gerade nicht befugt, einen allgemein geltenden Min-

55) S. *BAG*, AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form = EzA § 1 TVG Nr. 16; *BAG*, NZA 1997, 1234 = EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 3 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Kündigung; *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 258 Rdnr. 15 ff; *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (o. Fußn. 36) § 1 Rdnr. 202 ff.

56) Dazu *Rieble*, Anm. zu *BAG*, EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 (unter II 1 m. Nachw.) = NZA 1997, 830.

57) Zur grundsätzlichen Kündbarkeit des Tarifvertrages aus wichtigem Grund *BAG*, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Kündigung = NZA 1997, 830.

58) Das folgt entweder aus dem allgemeinen Vorrang des spezielleren Haustarifvertrages vor dem Verbandstarif – *BAG*, NZA 1991, 736 = EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 7 = AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, zum Arbeitskampf in diesem Fall *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 268 Rdnr. 17 – oder daraus, dass der autonome Tarifvertrag dem staatlich verordneten vorgeht, *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 276 Rdnrn. 24 ff.

59) Die RVO braucht weder das Einvernehmen des Tarifausschusses, noch muss das 50%-Quorum des § 5 I 1 Nr. 1 TVG erfüllt sein.

60) S. schon *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505.

61) S. *Henssler*, ZfA 1998, 1 (33); *BVerfGE* 94, 268 (285) = NZA 1996, 1157 = EzA Art. 9 GG Nr. 61 = AP Nr. 2 zu § 57 a HRG.

62) Allenfalls könnte man als Lohndumping durch Arbeitnehmer jenes Angebotsverhalten charakterisieren, bei dem der Lohn nicht einmal die rudimentären Lebenshaltungskosten deckt; dazu *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370.

destlohn für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Mitgliedschaft in Gewerkschaft oder Arbeitgeberverband vorzugeben[63].

2. Wettbewerbsrechtlicher Konkurrentenschutz nach dem UWG

Die Frage nach der wettbewerbsbeschränkenden Funktion des Tarifvertrags hat zunächst keine Bedeutung, weil hieran keine tariflichen Rechtsfolgen geknüpft sind. Nur: Wenn der Tarifvertrag die Funktion hat, den Wettbewerb auf der Arbeitskostenseite zu unterbinden, dann kann das Wettbewerbsrecht den Tarifbruch als unlauteren Wettbewerb mit Unterlassungsansprüchen nach § 1 UWG sanktionieren. Der *BGH* hat für den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag richtig entschieden, dass der Verstoß gegen dessen Arbeitsbedingungen keinen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG auslöst[64]: Nicht jeder Rechtsbruch begründet für sich genommen einen wettbewerblichen Unterlassungsanspruch, weil das Wettbewerbsrecht kein Instrument zu allgemeiner Rechtsaufsicht ist. Erforderlich ist vielmehr, dass die verletzte Norm eine Wertung über die guten Sitten des Wettbewerbs enthält, also nicht „wettbewerbsneutral" ist. Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG hat aber keinen den Wettbewerb des UWG ordnende Funktion. Für das Arbeitnehmerentsendegesetz verhält es sich scheinbar anders. Es soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine gewisse Wettbewerbsgleichheit auf der Arbeitskostenseite wenigstens durch Mindestlöhne schaffen[65]. Diese Wettbewerbsbezogenheit ist aber nicht Ausdruck einer sittlich-rechtlichen Wertung, wie sie der *BGH* verlangt: Solange eine Gewerkschaft durch vorrangigen Haustarif von den Mindestentgelten befreien kann, fehlt diesen die *Allgemeingeltung*, die für eine Wettbewerbsordnung erforderlich ist. Eine Gewerkschaft kann nicht entscheiden, was wettbewerbswidrig ist. Das heißt: Auch der Verstoß gegen Mindestentgelte des Arbeitnehmerentsendegesetzes wird nicht mit einem wettbewerblichen Unterlassungsanspruch sanktioniert.

3. Vergaberecht

a) *Tariftreueverlangen.* Seit einiger Zeit versucht die öffentliche Hand, die Einhaltung der Tarifbedingungen im Wege öffentlicher Auftragsvergabe zu sichern. Das Recht der Auftragsvergabe folgt zwar in erster Linie dem Gebot der Wirtschaftlichkeit: Öffentliche Aufträge und damit auch Bauaufträge sind demjenigen Bieter zu erteilen, der das günstigste Angebot macht. Doch nutzte der Fiskus schon bislang sein Zuschlagsverhalten als politisches Instrumentarium – sei es die bevorzugte Auftragsvergabe an geringfügig teurere Behindertenwerkstätten gem. § 56 I SchwbG, sei es die nach diesem Vorbild gestaltete Bevorzugung von Betrieben mit Frauenförderplänen nach § 13 des Berliner LandesgleichstellungsG[66]. Seit einiger Zeit versucht der öffentliche Auftraggeber so auch Tariftreue derjenigen Bauunternehmen zu erzwingen, die öffentliche Bauaufträge erhalten wollen – in zwei Varianten: Der Bund verlangt vom Auftragnehmer, dass er sich – vertragsstrafebewehrt – dazu verpflichtet, die Tarifverträge einzuhalten, die bei ihm tarifrechtlich gelten[67]. Verpflichtet ist also nur der tarifgebundene Arbeitgeber und nur gegenüber seinen tarifgebundenen Arbeitnehmern. Im übrigen greift die Tariftreuepflicht nur, soweit der Tarifvertrag nach § 5 TVG oder dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärt ist. Dieses Vergabekriterium verstärkt also nur eine bestehende Verpflichtung – durch zusätzliche Sanktion. Sie lässt sich als sanktionierende Tariftreueerklärung bezeichnen.

Manche Bundesländer – allen voran Berlin mit seinem neuen Vergabegesetz[68] (aber auch Hessen und Bayern) verlangen schon länger Tariftreueerklärungen auch von Arbeitgeber-Außenseitern. Er muss sich zur Anwendung der Entgelt-Tarifverträge verpflichten, obschon sie für ihn gar nicht gelten – weil er selbst Außenseiter und damit nur auf die Mindestlöhne der Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz verpflichtet ist. Im Unterschied zum ersten Fall wird dem Bieter also eine „konstitutive Tariftreueerklärung" abverlangt. Das neue Vergaberecht des GWB setzt für solche Kriterien schon formal ein Bundes- oder Landesgesetz voraus (§ 97 IV), das bislang erst von Berlin erlassen worden ist[69].

b) *Reaktion auf den Tarifbruch tarifgebundener Arbeitgeber.* Bereits das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz reagiert mit dem Ausschluss von öffentlichen Aufträgen auf die Verletzung arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Pflichten. Ähnlich sanktioniert das Arbeitnehmerentsendegesetz den Verstoß gegen die nach diesem Gesetz für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge mit einem Ausschluss von öffentlichen Aufträgen (§ 6). Die sanktionierende Tariftreueerklärung insbesondere des Bundes reagiert gleichfalls nur auf den Treuebruch. Vor diesem Vorwurf ist Holzmann sicher, weil der Haustarif von der Bindung an den Verbandstarif befreit. Das ist im Prinzip nicht zu beanstanden: Jedenfalls bei vorsätzlicher Missachtung einer bestehenden Tarifbindung sind Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bieters angebracht. Die Ausschlusstatbestände ergänzen insofern nur das gewerbe- wie vergaberechtliche Zuverlässigkeitskriterium (§ 97 IV GWB).

Mehr als bedenklich ist es freilich, wenn jeder auch nur fahrlässige Verstoß sanktioniert würde, von der falschen rechtsirrtümlichen Tarifauslegung über die falsche Eingruppierung bis hin zum Entgeltberechnungsfehler. Hierauf mit einem Ausschluss von öffentlichen Aufträgen oder mit erheblichen Vertragsstrafen zu reagieren, ist unverhältnismäßig. § 6 AEntG verlangt als Mindestschwelle für den Ausschluss, dass für einen auch nur fahrlässigen Verstoß ein Bußgeld von mindestens 5 000 DM verhängt worden ist. Angesichts des Bußgeldrahmens von bis zu 1 Million DM (§ 5 III AEntG) ist so keineswegs sichergestellt, dass fahrlässige einfache Tarifverstöße nicht unangemessen hart bestraft werden[70]. Nichts anderes gilt für die Vertragsstrafe, die sich der Bund ausbedingt[71].

---

63) Näher *Rieble* ZfA 2000, Heft 1.

64) *BGH*, NJW 1993, 1010.

65) S. die Gesetzesbegründung BT-Dr 13/2414, S. 6 ff.; *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), § 268 Rdnr. 112 f.

66) Vom 31. 12. 1990, GVBl 1991, 8. Dazu näher *Rieble* (o. Fußn. 29), Rdnrn. 399 ff.

67) S. die Vergaberichtlinie des Bundes (Erlaß des BMBau v. 7. 7. 1997, abgedr., in: VergabeR, 1997, S. 47 f.

68) V. 9. 7. 1999 GVBl, 369. Sein (einziger) § 1 lautet: „(1) Aufträge von Berliner Vergabestellen im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 8. 1998 (BGBl I, 2546) über Bauleistungen sowie über Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Die Vergabe von Bauleistungen sowie von Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien soll mit der Auflage erfolgen, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweiligs in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen. (2) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag im Sinne des Absatzes 1 sollen Bewerber bis zu einer Dauer von zwei Jahren ausgeschlossen werden, die ihre Arbeitnehmer entgegen einer Auflage nach Absatz 1 Satz 2 nicht nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen."

69) Die Übergangsvorschrift des Art. 3 Nr. 5 VergaberechtsänderungsG erlaubt die Vergabe nach untergesetzlichen Vorschriften bis zum 30. 6. 2000, dazu *BGH*, NJW-RR 1999, 342 = ZIP 1999, 82 (keine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbeschwerde gegen die KG-Entscheidung (Fußn. 75).

70) Vgl. jetzt *BayObLG*, DB 2000, 231: Kein Bußgeld bei unvermeidbarem Verbotsirrtum.

71) 1% der Auftragssumme, maximal 50 000 DM für jeden nachgewiesenen schuldhaften Verstoß. Unverhältnismäßig ist das deshalb, weil der kaufmännische Unternehmer (§ 1 HGB n. F.) sich wegen § 348 HGB nicht auf die Strafherabsetzung des § 343 BGB berufen kann.

c) *Tariftreueverlangen gegenüber Arbeitgeber-Außenseitern.* Der *BGH* hat gerade erst befunden, dass die Vergabepraxis eines konstitutiven Tariftreueverlangens rechtswidrig sei – und die Entscheidung über das im Rechtsbeschwerdeverfahren in Kraft getretene Berliner Vergabegesetz dem *BVerfG* nach Art. 100 I GG vorgelegt[72].

Der *BGH* folgt im wesentlichen den Argumenten des *KG* und der Literatur. Dass die Auftragsvergabe nach Tariftreue schon formal eine Regelung des vom Bund mit Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmerentsendegesetz abschließend geregelten Tarifrechts sei, weshalb es den Ländern an einer Gesetzgebungskompetenz fehle, ist aber zweifelhaft: Der Bund hat mit § 97 IV GWB eine Öffnungsklausel geschaffen, der nicht anzumerken ist, dass sie Vergabekriterien, die anderweit bundesrechtlich geregelt sind, ausschlösse. Überdies trägt dieses formale Argument nicht weit, weil der Bund selbst ein entsprechendes Vergabegesetz erwägt. Entscheidend sind deshalb materielle Erwägungen: Der *BGH* sieht in dem Zwang für Außenseiter, sich dem Tarifvertrag zu unterwerfen, der für sie tarifrechtlich nicht gilt, einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit. Das ist sicher falsch: Der Außenseiter wird nicht gezwungen, dem Arbeitgeberverband beizutreten; er soll nur „freiwillig" dessen Entgelt-Tarife anwenden. Auch eine vom *BVerfG* gebilligte[73] Allgemeinverbindlicherklärung bindet die Außenseiter an den Tarifvertrag, ohne sie in die Koalition zu zwingen. Kein Außenseiter hat das Recht, seine Arbeitsmarktbetätigung frei von staatlichen Vorgaben zu vollziehen, sowenig er ein Recht darauf hat, von der Gewerkschaft nicht mit dem Ziel eines Haustarifabschlusses bestreikt zu werden.

Aber: Wenn der Staat die Arbeitgeber-Außenseiter auf den Tarifvertrag verpflichten will, dann muss er zu den förmlichen Verfahren nach § 5 TVG oder dem Arbeitnehmerentsendegesetz greifen, die insbesondere eine Prüfung des Tarifvertrags auf seine Angemessenheit und einen rechtsförmigen Entscheidungsakt verlangen. Das verletzt entgegen dem *BGH* (unter B II 3) nicht die negative Koalitionsfreiheit, sondern das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip. Das Berliner Vergabegesetz erklärt hingegen die jeweils geltenden Tarifverträge ohne Einzelprüfung zum Soll-Vergabekriterium – es handelt sich um eine „kalte dynamische Allgemeinverbindlicherklärung". Darin liegt eine unzulässige dynamische Verweisung eines Gesetzes auf den Tarifvertrag; die Tarifvertragsparteien entscheiden darüber, wer öffentliche Aufträge erhalten darf – ohne dass die öffentliche Hand prüft, ob die Tarifbedingungen überhaupt noch angemessen sind.

Das zeigt gerade der Fall Holzmann: Die IG Bau anerkennt mit dem Sanierungstarifvertrag, dass die Bautarife jedenfalls für dieses Unternehmen sanierungsfeindlich teuer sind. Allein von der Zustimmung der IG Bau hängt es somit ab, ob Holzmann in Berlin noch Bauaufträge erhält – oder von der Auftragsvergabe ausgeschlossen wird. Während man für Holzmann sagen kann, dass die ohnehin kraft Mitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitgeber mit Recht auf den Tarifdispens der Gewerkschaft verwiesen sind, weil sonst ein Tarifbruch vorliegt, wird das ganze Ausmaß des Missbrauches deutlich bei einem Arbeitgeber-Außenseiter in der Unternehmenskrise: Er ist tarifrechtlich nicht auf die Tariflöhne verpflichtet, muss sich aber mit der IG Bau auf einen Sanierungstarif einigen, damit er zu öffentlichen Aufträgen noch zugelassen wird. Verfassungsrechtlich sehe ich das eigentliche Problem darin, dass den Tarifvertragsparteien – wie schon mit dem Arbeitnehmerentsendegesetz – Staatshilfe zur Durchsetzung ihrer Tarifpolitik durch Befreiung von der Außenseiterkonkurrenz mit ihren untertariflichen Löhnen gewährt wird, ohne dass es hierfür einen rechtfertigenden Sachgrund gibt – wie er bei der Allgemeinverbindlicherklärung zum Schutz der Arbeitnehmer besteht. Während man bei der Behinderten- und Frauenförderung durch Auftragsvergabe noch sagen kann, dass der Staat ein eigenes sozialpolitisches Ziel verfolgt, fördert er mit dem konstitutiven Tariftreueverlangen die staatsfreie Tarifpolitik der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes. Koalitionen müssen aber nach Art. 9 III GG vom Staat unabhängig sein; sowenig Subventionen nach Art der Parteienfinanzierung erlaubt sind, sowenig ist Staatshilfe bei der Tarifdurchsetzung und zum Tariferfolg erlaubt.

Man kann in dem Tariftreueverlangen sogar eine verdeckte Subvention sehen. Schon der Zuschlag an teurere Unternehmen mit Behinderten- oder Frauenprivileg ist eine Beihilfe i. S. von Art. 87 EGV: Indem der Staat nämlich einem teureren Anbieter den Zuschlag erteilt, finanziert er dessen kostentreibende soziale Bemühungen – und verfälscht den Wettbewerb. Beim konstitiutiven Tariftreueverlangen ist das nicht anders: Indem untertariflich zahlende Außenseiter ausgeschlossen werden, wird den tariftreuen erlaubt, ihre höheren Arbeitskosten in Form höherer Baupreise auf die öffentliche Hand zu überwälzen.

Aus Sicht des Grundgesetzes ist schließlich die Ungleichbehandlung zu anderen Branchen zu kritisieren (Art. 3 GG): Die Besonderheit der Baubranche liegt lediglich darin, dass diese Dienstleistung immobil ist und deshalb von Schutzmechanismen wie dem Arbeitnehmerentsendegesetz und der Tariftreue erfasst werden kann. Eine gegenüber anderen Branchen besondere Schutzbedürftigkeit ist nicht ersichtlich[74]. Nur würden die Arbeitgeber dort auf ein Tariftreueverlangen mit einer Abwanderung in das EU-Ausland reagieren; wollte der Staat dann aber verlangen, dass die Arbeitgeber im Ausland deutsche Tariflöhne zahlten, wäre das ein diskriminierender Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV.

Das Berliner Vergabegesetz steht schließlich im Widerspruch zu Bundesrecht, Art. 31 GG. Es widerspricht zuerst dem Tarifrecht, das mit dem Mindestlohn des Arbeitnehmerentsendegesetzes und der Entscheidung, die allgemeinen Entgeltsätze nicht für allgemeinverbindlich zu erklären eine untertarifliche Bezahlung durch Arbeitgeber-Außenseiter nachgerade erlaubt. Es verstößt zudem gegen das GWB: Wenn das GWB in § 97 IV Halbs. 2 eine vergaberechtliche Öffnung für zusätzliche, an sich vergabe- und wettbewerbsfremde Gesichtspunkte vorsieht, heißt das nicht, dass diese Kriterien den Wettbewerb vereiteln dürften. Genau das geschieht durch die konstitutive Tariftreueerklärung: Sie zielt auf eine vollständige Marktabschottung zu Lasten derjenigen Unternehmen, die erlaubterweise unter Tarif entlohnen[75] und sich mit dieser Kosteneffizienz als leistungsfähig erweisen. Überdies verstößt die konstitutive Tariftreueerklärung gegen das im kartellrechtlichen Teil des GWB erklärte Verbot des Machtmissbrauchs eines marktbeherrschenden Nachfragers (§ 19)[76] wie gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB[77]. Hiervon aber kann durch Landesgesetz nicht abgewichen werden.

Überdies verstößt das Verlangen nach Tariftreue gegen das Transparenzgebot des § 97 I GWB, der Grundnorm des Vergaberechts: Denn der tarifungebundene Arbeitgeber weiß nicht, worauf er sich bei der Tariftreueerklärung einlässt. Schon die während des Vergabeverfahrens geltenden Tarifverträge müssten im Vergabeverfahren bekannt gemacht werden; Tarifverträge werden bekanntlich nicht veröffentlicht. Erst recht ist es intransparent, dass sich die

72) S. o. Fußn. 4.
73) S. o. Fußn. 27.
74) S. *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370.
75) *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1828 ff.).
76) Ausf. schon *KG*, NJWE-WettbR 1998, 284 = ZIP 1998, 1600 (nachfolgend *BGH*, NJW-Informationen H. 4/2000, S. XIV).
77) *BGH* (o. Fußn. 4), unter B I 3. Mit der Subunternehmerklausel – die den Hauptauftragnehmer verpflichtet, die Tariftreueverpflichtung an Nachunternehmer weiterzugeben – wird weiter eine nach § 15 GWB zu beanstandende vertikale wettbewerbsbeschränkende Bindung ausgelöst.

Tariftreueklausel dynamisch auf künftige Tarifverträge erstreckt – in Berlin „nach den jeweils geltenden Entgelttarifen". Dass das Arbeitsrecht sonst großzügig ist mit dynamischen Verweisungen auf Tarifverträge, sei es in arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln, sei es in Anschluss-Haustarifverträgen, hat hier nichts zu sagen. Denn dort geht es um angemessene Arbeitsbedingungen, hier um Vergabekriterien.

Der *BGH* hat – in Konsequenz der Vorlage an das *BVerfG* – europarechtliche Fragen teils nicht angesprochen, teils offengelassen (unter B I 4): weder die Beihilfefrage des Art. 87 EGV, noch das Verbot des Machtmissbrauchs nach Art. 82 EGV, noch die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV, die verletzt ist, wenn ausländische Unternehmen durch ein Verlangen nach Tariftreue über den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes hinaus auf die bloß faktisch geltenden Tarifverträge verpflichtet werden, noch den Verstoß gegen die Baukoordinierungsrichtlinie, die in ihrer jetzigen Fassung die Auswahlkriterien abschließend benennt und keinen Raum für ergänzende sozialpolitische Kriterien mehr lässt[78]. Diese europarechtlichen Hemmnisse der Tariftreue haben entscheidende Bedeutung: Über sie kann sich der Bundesgesetzgeber nicht hinwegsetzen; über sie entscheidet nicht das *BVerfG*, sondern der *EuGH*, der weniger anfällig für sozialpolitische Verklärung ist, weil der EG-Vertrag anders als das Grundgesetz eine marktwirtschaftlich-wettbewerbliche Ordnung vorgibt.

V. Ergebnis

Der Fall Holzmann lehrt dreierlei:

1. Gibt es auf die eingangs gestellte Frage – muss der Tarifvertrag Rücksicht auf notleidende Unternehmen nehmen oder muss das Unternehmen an ihm scheitern – keine Antwort: Das ist keine Rechtsfrage. Vielmehr entscheidet bei tarifgebundenen Unternehmen grundsätzlich die Gewerkschaft, ob sie kraft des Mandates für ihre Mitglieder die Tariflast senkt, um Arbeitsplätze zu retten, oder ob sie einen Sanierungsbeitrag verweigert und damit das Unternehmen aus dem Markt drängt. Wenn die Tarifautonomie die Funktionsschwäche des Arbeitsvertrages ausgleichen und die Arbeitnehmer über kollektive Gegenmachtbindung in die Lage versetzen soll, gleichberechtigt „wie ein freier Unternehmer" über den Preis der Arbeit zu verhandeln – wie das *Picker* jüngst eindrücklich dargelegt hat[79] – dann haben die Gewerkschaften gleich anderen freien Unternehmern, wie Lieferanten oder Banken, das Recht, frei zu entscheiden, ob sie ihrem ertragsschwachen Vertragspartner Preisnachlässe oder Kredit geben. Dementsprechend ist auch der Wettbewerbsvorteil eines Haustarifes nicht anrüchig, sondern durchaus wettbewerblicher Ausdruck eines Verhandlungserfolgs.

2. Der Staat sollte sich mit Interventionen zurückhalten. Weder das Arbeitnehmerentsendegesetz noch das konstitutive Verlangen nach Tariftreue lösen Probleme. Denn die interventionistische Beliebigkeit tritt klar zu Tage, wenn der Staat sich – wie im Falle Holzmann – an seine eigenen Vorgaben nicht halten mag, weil die Ergebnisse sozialpolitisch nicht gefallen. Mit solcher Beliebigkeit zerstört er das Rechtsbewusstsein.

3. Das Arbeitsrecht kann seine traditionelle Beschränkung auf den sozialen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht aufrechterhalten. Die Ordnung einer modernen Marktwirtschaft muss die Wechselwirkung zwischen Arbeitswelt und dem Wettbewerb auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt aufnehmen. Es muss entscheiden, wieviel Wettbewerbsdruck die Arbeitskosten verursachen dürfen und umgekehrt, wieviel Druck der Wettbewerb auf die Arbeitsbedingungen ausüben darf. Wenn man sich unter Abwägung der Vor- und Nachteile entschieden hat, dann müssen die Nachteile auch ertragen werden – auch wenn das heißt, dass ein Unternehmen wie Holzmann liquidiert werden muss.

---

78) Dazu *Dreher*, VergabeR 1997, 40 (43); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert* BB 1999, 1825 (1830), jew. auch zur bislang für die Zulässigkeit sozialpolitischer Vergabekriterien

79) *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: *Walter-Raymond*-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft, 1997, S. 113 ff.