



D. Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarif- politischen Lenkung von Kunden/Lieferanten

Referat Volker Rieble*

Rn.

I. Befund.....	1
1. Von der Anbieter-Arbeitsmarktmacht zum Marktmacht- zugriff auf die Gütermarktnachfrage	1
2. Subunternehmerauswahl: „Sauber waschen mit Tarif“	9
3. Auswahl der Arbeitszeitunternehmen.....	13
4. Fremdvergabeverbote	25
5. „Privative“ Tariftreue als Modell?.....	27
II. Arbeitsrechtliche Sicht.....	33
1. Versagung arbeitsrechtsspezifischer Kollektivregelungs- befugnis	33
2. Differenzierung nach Verbandszugehörigkeit im Konflikt mit der Koalitionsfreiheit	36
III. Kartellrechtliche Grenzen	40
1. Boykott als unzulässiges Instrument?.....	40
2. Wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung durch marktmächtige Nachfrager	45
3. Kollektive Wettbewerbsbeschränkung durch informelle Stern-„Verträge“	51
IV. Fazit	63
Diskussion der Referate Ronellenfitsch und Rieble.....	64

* Professor Dr. *Volker Rieble*, Geschäftsführender Direktor des Zentrums für
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München.

I. Befund

1. Von der Anbieter-Arbeitsmarktmacht zum Marktmacht-zugriff auf die Gütermarktnachfrage

- 1 Tarifverträge werden bislang mit dem Instrument des Arbeitskampfs erzwungen – genauer: der Arbeitsniederlegung unter Führung der den Tariffordernden Gewerkschaft. Das funktioniert nicht immer. Die Streikbereitschaft sinkt, internationale Konkurrenz wirkt sowohl auf der Tarifebene forderungsdämpfend als auch auf der Kampfebene, weil langwierige Arbeitskämpfe die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen. Hinzu kommt, daß Leiharbeiter in manchen Branchen als „Streikbrecher“ eingesetzt werden können.
- 2 Der klassische Tariferzwingungsstreik ist nicht etwa Krieg oder Gewalt, wie manche meinen, sondern systemkonforme Ausübung kollektiver Marktmacht: Die kollektive Angebotsverknappung durch die Gewerkschaft als Kartell überwindet die Marktschwäche des einzelnen Arbeitnehmers und konstituiert den Arbeitsmarkt mit dem Gegenmachtprinzip – im Gegensatz zum entmachtenden Wettbewerbsprinzip.
- 3 Alternative Szenarien setzen ebenfalls auf Marktmacht, allerdings auf die Nachfragemacht des Marktes für Güter und Dienstleistungen. Zuerst bietet es sich an, auf die *Nachfragemacht der Konsumenten* zu setzen: Sie sind in aller Regel auch Arbeitnehmer und könnten ihr Kaufverhalten sozialpolitisch einsetzen, indem sie jene Unternehmen mit Kaufverweigerung abstrafen, die sich unsozial verhalten. Dieser Gedanke der „sozialen Kundenmacht“, der faire Produkte und soziales Verhalten belohnt, gesellschaftliche Unternehmensverantwortung (CSR) attraktiv macht (oder erzwingt), ist zwar derzeit in Mode, indes ein alter Hut. So hatte die seinerzeitige IG Medien im Zuge eines Südafrikaboykotts ihre Mitglieder auf ihrem Gewerkschaftstag 1989 dazu aufgefordert, Konten bei der Dresdner Bank, der Deutschen Bank, der Commerzbank und der Bayerischen Vereinsbank zu kündigen¹. In einem klassischen Reichsgerichtsfall² war es dem Pächter einer Gaststätte von der verpachtenden Gemeinde untersagt, den Saal zu sozialdemokratischen Versammlungen herzugeben. Dagegen wehrten sich Sozialdemokratie und Gewerkschaften mit einem *Boykottaufruf*. Das RG hat diese Sperre gebilligt.
- 4 Als Arbeitskampfinstrument kommt dementsprechend insbesondere der Boykottaufruf zu Lasten produzierender Unternehmen aber auch des Einzelhandels in Betracht. So wurde der Streik gegen eine Bremer Kaffee-

1 Gärtner/Klemm, Der Griff nach der Öffentlichkeit, 1989, S. 81.

2 RG 13.2. 1911 – VI 652/09, RGZ 76, 35.

rösterei dadurch verstärkt, daß Boykottposten vor den Filialgeschäften aufzogen und potentielle Kunden aufforderten, den Kaffee dieses Unternehmens nicht zu trinken³. Ob der Boykottaufruf an Konsumenten ein zulässiges Arbeitskampfmittel ist, ist umstritten. Das BAG mit seinem neuen Konzept der Kampfmittelfreiheit würde das vermutlich bejahen. Indes bleibt die entscheidende Frage, ob diese Gütermarktmaßnahme nicht vom ebenso zuständigen BGH und dem Kartellamt als rechtswidrig qualifiziert wird. Denn es geht gerade nicht um den Boykottaufruf als Instrument freier Meinungsauseinandersetzungen, sondern um einen wirtschaftlichen Machtkampf. Eben diese Grenze hat das Lüth-Urteil gezogen – freilich ohne den gewerkschaftlichen Streik einzuordnen⁴.

Gewerkschaften wollen mit Hilfe des Kundenboykotts keine „Meinung“⁵ vertreten und durchsetzen, sondern ihre Tarifforderung. Gewerkschaften äußern nicht nur die Meinung, daß Löhne zu niedrig und Arbeitsbedingungen zu schlecht sind. Sie wollen das ändern – als Vertragshelfer ihrer Mitglieder in einem durchaus vernünftigen gruppenegoistischen Sinn.

Die Überlegung, daß Arbeitnehmer immer auch Verbraucher sind, weswegen Konsumententscheidungen auch im arbeitnehmernützigen Sinne erfolgen könnten, stößt schnell auf eine spezifische Schizophrenie: Als Verbraucher wollen Arbeitnehmer keineswegs jene Preise bezahlen, die der Standort Deutschland fordert. Textilien, Unterhaltungselektronik und Haushaltsgeräte sind preissensible Ware. „Geiz ist geil“ aber auch standortschädlich. Kurz: Boykottaufrufe von Gewerkschaften zur Steuerung des Käuferverhaltens funktionieren nicht effektiv. Das hat insbesondere die Gewerkschaft HBV und heute ver.di lernen müssen: Der Einzelhandel ist mit Boykottaufrufen nicht zu disziplinieren.⁶

Wenn die Arbeitnehmer aber nicht streiken und die Käufer nicht sperren,⁷ dann bleibt nur „Gewalt“ im untechnischen Sinn. Eben so läßt sich die Flash-Mob-Entscheidung des BAG vom 22.9. 2009⁵ begreifen: Als Recht jener „Aktivisten“, den Einzelhandelsbetrieb durch gezielte Betriebsstörung lahmzulegen und dadurch letztlich die Freiheit der Arbeitnehmer, nicht zu streiken, sondern weiterzuarbeiten und die Freiheit der Kunden, einzukaufen statt zu boykottieren, durch eine kollektive Vormundschaft abzulösen.

Verhältnismäßig neu und intelligent ist der Arbeitnehmer-Zugriff auf die Nachfrage-Marktmacht von Unternehmen – dabei liegt er doch nahe. Hauptabnehmer der „prekären“ Dienstleistungsbranche sind Industrie-⁸

3 Konzen, Streikrecht und Boykott, Festschrift Molitor, 1988, S. 183 f.

4 BVerfG 15.1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257 (Lüth).

5 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, BB 2010, 379.

unternehmen. Wenn diese wiederum intensiv mit Gewerkschaften und Betriebsräten „kooperieren“, wenn dort über die Unternehmensmitbestimmung institutioneller Einfluß auf den Vorstand besteht, dann kann es einer Gewerkschaft gelingen, jenes Unternehmen bei seinen Auftragsvergabeentscheidungen auf Gewerkschaftsziele „einzuschwören“. Ich will das an zwei praktisch wichtigen Beispielen zeigen – bezeichnenderweise sind beide der IG Metall eingefallen, die sehr innovativ vorgeht.

2. Subunternehmerauswahl: „Sauber waschen mit Tarif“

- 9 Die Arbeitsbedingungen für Industrewäschereien (sogenannte Objektgeschäft), die insbesondere Arbeitskleidung oder Betriebswäsche (etwa Handtücher, Bettzeug, nicht nur aus Hotels) waschen, waren jahrelang umstritten. Das lag auch daran, daß es auf Arbeitgeberseite Streit zwischen einem tariffreundlichen Arbeitgeberverband – Industrieverband Textil Service (intex) – und einem weniger tarifgeneigten Verband, der Tarifpolitischen Arbeitsgemeinschaft Textilreinigung (TATEX) im Deutschen Textilreinigungsverband (DTV) gegeben hat.

10



11

Die IG Metall hat zur Behebung dieses Dilemma die Aktion „Sauber waschen mit Tarif“ begründet. Ihr Interesse ist dabei augenscheinlich: Die IG Metall organisiert seit der Fusion mit der Gewerkschaft Textil und Bekleidung im Jahr 1998 eben auch Arbeitnehmer in solchen Wäschereien. Was also liegt näher, als Metall-Industriebetriebe davon zu überzeugen, nur noch solche Wäschereien zu beauftragen, die ihrerseits dem Wäschereitarif unterfallen oder doch wenigstens dessen Bedingungen anwenden.

Neben konkreter Einflußnahme auf die Auftragsvergabe im jeweiligen Unternehmen, die vor allem über Betriebsräte und gewerkschaftliche Vertrauensleute

betrieben wird, macht die IG Metall gezielte *Werbung für tarifgebundene Wäschereien*: mit einem „Sozial-Testat“, das der Wäscherei als Gütesiegel bescheinigt, ihre Betriebe sozialverträglich zu führen. Ausgestellt wird das Testat von der IG Metall und dem Arbeitgeberverband intex, also den

Tarifparteien jenes Wäschereitarifvertrags, die zugleich diese „Vergabebedingungen“ entwickelt haben⁶.

Inzwischen hat sich diese Aktion der Tariftreue durch private Auftragsvergabe erübrigt: weil der Staat nunmehr umfassenden Tarifzwang ausübt: Die „Wäschereidienstleistungen im Objektgeschäft“ wurden 2009 in das AEntG (§§ 4 Nr. 6, 6 Abs. 7) aufgenommen. Die Tarifparteien haben sich zusammengerauft und einen Mindestlohntarifvertrag vereinbart, der sodann vom Bundesarbeitsminister als *Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen* für Wäschereidienstleistungen im Objektkunden-geschäft vom 21.10. 2009 erlassen worden ist. Das Mindestentgelt ist mit € 7,51 (Westen)/€ 6,36 (Osten) eher bescheiden. Das wiederum liegt daran, daß die Wäscherei (anders als etwa die Gebäudereinigung mit € 8,55/€ 7 ab 2010) keine ortsgebundene Dienstleistung ist: Wäsche kann reisen – wie schon Hotelwäsche kann auch Arbeitskleidung in Tschechien oder Polen gewaschen, gebügelt und instandgesetzt werden. 12

Inwieweit in deutschen Unternehmen solche Auftragsvergabe ins Ausland unterbunden wird, ist mir nicht bekannt.

3. Auswahl der Arbeitszeitunternehmen

Arbeitnehmerüberlassung ist für Stammebelegschaften durchaus bedrohlich. Werden die Leiharbeiter schlechter entlohnt, als die Stammebelegschaft, macht das den Zeitarbeitseinsatz noch attraktiver, als er wegen der Flexibilität (kein Kündigungsschutz, freies Belieben im Abruf und der Rückgabe von Arbeitnehmern) ohnehin schon ist. Dementsprechend fordern die Gewerkschaften der Stammarbeiter mit der Parole „Gleiches Geld für gleiche Arbeit“ in erster Linie keine besseren Arbeitsbedingungen im Interesse der Leiharbeiter, sondern Mindestpreise für Arbeitsmarktkonkurrenten ihrer Stammebelegschaften⁷. 13

Dabei ist zuerst eine gewisse Widersprüchlichkeit zu verzeichnen: Eben jene DGB-Gewerkschaften, die solche Lohngleichheit fordern, haben doch selbst durch Tarifvertrag die (zweifelhafte, aber vom BVerfG gebilligte) Entgeltgleichstellung für Leiharbeiter nach § 9 Nr. 2 AÜG abbedungen. Freilich standen sie dabei unter dem Konkurrenzdruck des billigeren Christentarifs – außerdem können nicht alle Entleiher sich die Lohngleichheit leisten. Die Aktion zielt denn auch auf die Großindustrie, auf Unternehmen wie Siemens oder Daimler. 14

6 metallzeitung 4/2008, S. 14, abzurufen unter: www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/SID-0A456501-EEAAB776/internet/metall_2008_04_0032073.pdf. (abgerufen am 30.3. 2010).

7 Vgl. *Wetzels*, editorial, metallzeitung 4/2008, S. 3 nebst Kampagneaufruf S. 11, abzurufen unter: www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/SID-0A456501-EEAAB776/internet/metall_2008_04_0032073.pdf. (abgerufen am 30.3. 2010)

- 15 Nur wenn die Arbeitnehmerüberlassung in einen Betrieb erfolgt, für den ein Mindestlohn nach dem AEntG greift, erstreckt § 8 Abs. 3 AEntG die Geltung eben dieses Mindestlohns zwingend auch auf die Zeitarbeit.
- 16 Die „Modelle“ zur Durchsetzung solcher Lohngleichheit sind unterschiedlich:
- In den Anfängen tat sich die IG Metall mit einer *Anbieterselektion* hervor: Mir liegt ein Schreiben des damaligen Bezirksleiters Berlin-Brandenburg Sachsen vom 26.2. 2003 in Kopie vor. Dort fordert jener *Hasso Düvel* von den Mitgliedern der Arbeitgeberverbände, sie möchten den DGB-Zeitarbeitstarifabschluß unterstützen: „Bitte schließen Sie zu diesem Zweck nur noch mit Mitgliedsfirmen des Bundesverbandes Zeitarbeit neue Arbeitnehmerüberlassungsverträge ab“. Flankiert wird dies mit dem Hinweis, daß der Betriebsrat des Adressaten ebenfalls gebeten werde, sich für eine Einsatzbeschränkung auf Leiharbeiter der BZA-Mitglieder zu beschränken. Zuvor hatte der damalige stellvertretende IG Metall-Vorsitzende *Peters* die Tarifverhandlungen der Zeitarbeit mit einer Pressemeldung 4/2003 vom 22.1. 2003 dadurch motiviert, daß er den Zeitarbeitsunternehmen bedeutete, sie müßten mit der DGB-Tarifgemeinschaft tarifieren, weil die IG Metall ansonsten mit Hilfe der Betriebsräte dafür sorgen werde, daß diese Unternehmen keine Aufträge mehr erhielten. Und eben so bestimmt eine Gesamtbetriebsvereinbarung bei Ford vom 17.7. 2003:

„Die Ford-Werke AG verpflichtet sich, nur mit Verleihunternehmen zusammenzuarbeiten, die den zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) und den Mitgliedsgewerkschaften des DGB (unter Beteiligung der IG Metall) abgeschlossenen Tarifverträgen kraft Verbandszugehörigkeit unterliegen.“
- 17 Ein anderes, vielfach praktiziertes Modell besteht darin, daß Arbeitgeber und Betriebsrat sich auf eine „*Liste zuverlässiger Verleih-Unternehmen*“ einigen – auf der dann aber nur solche stehen, die an den richtigen Tarifvertrag gebunden sind. Solche Betriebsratsaktivitäten werden von den Gewerkschaften, allen voran der IG Metall, befürwortet.
- 18 • Daneben fordert die IG Metall Verleiher zu *schuldrechtlichen „Fairneß-Abkommen Leiharbeit“* auf. Darin sollen die Verleiher sich zu dreierlei verpflichten: erstens schuldrechtlich auf die Einhaltung der DGB-Tarife – gerade weil diese für sie tarifrechtlich gar nicht gelten; damit soll zielgerichtet die Geltung des Christentarifvertrags in der Zeitarbeit verhindert werden. Zweitens zum Abschluß dreiseitiger Gleichstellungsvereinbarungen zwischen Verleiher, Entleiher und IG Metall/Betriebsrat, die Zeitarbeiter der Stamm-

belegschaft in der Vergütung gleichzustellen. Drittens die Wahl von Betriebsräten beim Verleiher „ungehindert“ zu ermöglichen.

Unternehmen, die sich weigern, wird von der IG Metall recht unbestimmt angedroht, daß sie künftig als „unfares“ Leiharbeitsunternehmen eingeordnet und behandelt würden. Das ist vor dem Hintergrund zu sehen, daß die folgamen und fairen Zeitarbeitsunternehmen für sich damit werben dürften – umgekehrt sollen unfaire Unternehmen „als schwarze Schafe sichtbar gemacht und aus von der IG Metall betreuten Unternehmen herausgedrängt oder herausgehalten werden“⁸, also, daß es nach Angaben des Bezirksleiters *Schild* „dünn wird mit Aufträgen“⁹.

Das LG Frankfurt hat dies zunächst durch einstweilige Verfügung eines kleinen Zeitarbeit-Arbeitgeberverbands (AMP) als wettbewerbswidrig verboten¹⁰, später jedoch auf Widerspruch der IG Metall den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Frankfurt verwiesen¹¹, welches die Verfügung nach Angaben der IG Metall sodann am 27.8. 2008 aufgehoben hat¹² – mit der insoweit zunächst richtigen Begründung, daß das UWG auf den Wettbewerb zwischen Verbänden nicht anwendbar ist. Freilich hätte das Gericht einmal prüfen dürfen, ob die IG Metall auf solch schuldrechtlichem Weg überhaupt fremde Tarifverträge verdrängen darf, oder ob das nach den Maßstäben der Burda-Entscheidung womöglich ein Eingriff in fremde Tarifautonomie ist¹³. Das GWB jedenfalls wurde nicht problematisiert.

Das Modell ist nicht sonderlich erfolgreich, wohl auch deswegen, weil die Wirtschaftskrise zwischenzeitlich die Leiharbeit zurückgedrängt hat. Auch bedeutet die freiwillige Besserstellung für diese kleineren Zeitarbeitsunternehmen mit dem umstrittenen Christentarif, daß sie ihren zentralen Wettbewerbsvorteil gegenüber den größeren Konkurrenten vergeben.

- Inzwischen setzt sich, auch aus rechtlichen Gründen, eine andere Variante durch. An die Stelle der Verleiherauswahl nach Tarif-

8 Mitteilung der IG Metall Mittelhessen vom 2.4. 2008, abzurufen unter: www.igm-mittelhessen.de/cms/website.php?id=/index/themen/Leiharbeit.htm&sid=1e8b1cbc5c0549de56113f6c1230ea7f (abgerufen am 30.3. 2010).

9 www.moz.de/index.php/Moz/Article/category/Wirtschaft/id/218284 (abgerufen am 30.3. 2010).

10 LG Frankfurt am Main 21.5. 2008 – 2-06 O 253/08, juris.

11 ArbG Frankfurt am Main 25.6. 2008, juris.

12 ArbG Frankfurt am Main 27.8 2008 – 2 Ga 115/08, AuR 2009, 51.

13 Dazu näher *Rieble/Wiebauer*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit*, 2009, S. 80.

gebundenheit tritt eine Sonderform der Einflußnahme auf die Arbeitsbedingungen des Verleihers. Dieser soll vom Entleiher dazu „angehalten“ werden, seinen Arbeitnehmern die beim Entleiher maßgebenden Arbeitsbedingungen zu gewähren, was vom Verleiher ohne nennenswerten Widerstand hingenommen wird. Denn der Verleiher erhält die dadurch bewirkte Lohnkostensteigerung vom Entleiher über eine Anhebung des Überlassungsentgelts ersetzt. Mittelbar bezahlt also der Entleiher für die von ihm „angeregte“ Entgeltgleichheit selbst. Dazu wird insbesondere eine fiktive tarifliche Eingruppierung der Leiharbeitnehmer beim Entleiher durchgeführt (obschon die dortigen Tarifverträge für ihn nicht gelten), die dann einerseits vom Entleiher dem Verleiher zur Entgeltberechnung mitgeteilt werden und andererseits Berechnungsgrundlage für das Überlassungsentgelt sind. Zugleich hat der Entleiher (und sein Betriebsrat) ein massives Interesse an der Vollzugskontrolle – sonst könnte der Verleiher die Aufzahlung in die eigene Tasche stecken, anstatt sie an den betroffenen Leiharbeitnehmer weiterzureichen.

23 Wie nun erreichen die Gewerkschaften und Betriebsräte eine solche freigebige Haltung des Entleihers? Weder sind die Entgelte der Leiharbeitnehmer tariflich beim Entleiher regelbar (sondern nur beim Verleiher, von dessen Tarif gerade abgewichen werden soll), noch hat der Betriebsrat des Entleihers hier Mitbestimmungsrechte. Insbesondere darf er seine Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers nach § 99 BetrVG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 AÜG nicht davon abhängig machen, daß für den Leiharbeitnehmer bestimmte Arbeitsbedingungen greifen. Das gilt schon für normale Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung; es gilt erst recht für Leiharbeitnehmer, da deren Arbeitsbedingungen vom Verleiher gegebenenfalls mit dem Betriebsrat des Verleihers abgestimmt werden. Dementsprechend werden solche Abreden vor allem im Zuge faktischer Machtausübung und insbesondere im Rahmen von Koppelungsgeschäften „herbeigeführt“.

24 So sieht eine „Rahmenregelung zum Einsatz von Zeitarbeitnehmerinnen und Zeitarbeitnehmern“ in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung aus dem Juli 2009 eines großen deutschen Unternehmens, das in diesem Zusammenhang nicht genannt sein will, folgendes vor:

„Ihrer sozialen Verantwortung gegenüber Zeitarbeitnehmern wird die [Arbeitgeberin] dadurch gerecht, dass im Rahmen einer Vorzugslieferanten-Regelung grundsätzlich nur mit Zeitarbeitsunternehmen zusammengearbeitet wird, die während des Einsatzes ihrer Zeitarbeitnehmer bei [...] für diese einen gültigen Tarifvertrag anwenden und die sich nachweislich an den jeweiligen tariflichen Grundentgelten von in vergleichbarer Position eingesetzten [...] -Mitarbeitern orientieren, soweit nicht rechtlich zwingende Gründe entgegenstehen.

Obgleich die Parteien sich der Tatsache bewusst sind, dass die Betriebsparteien [...] nur allgemeine Empfehlungen und Hinweise zu den Vergütungsregelungen des Arbeitsverhältnisses zwischen Zeitarbeitnehmer und Verleiher geben können, wird zusätzlich folgendes angestrebt:

Die [...] wird im Rahmen des rechtlich Möglichen darauf hinwirken, dass Zeitarbeitsunternehmen die Vergütung ihrer Zeitarbeitnehmer an den jeweiligen Regelungen des Grundentgelts eines in einer vergleichbaren Position eingesetzten [...] Mitarbeiters orientieren.“

4. Fremdvergabeverbote

Ein probates Mittel, den eigenen gewerkschaftlich-tariflichen Einfluß auf die Arbeitsbedingungen zu stabilisieren, sind Fremdvergabeverbote. So hat sich die Deutsche Bundespost im Zuge der laufenden Tarifaus-einandersetzung einen ihr günstigen Tarifabschluß dadurch erkaufte, daß sie schuldrechtlich auf die Fremdvergabe von Postzustelldiensten verzichtet. Auch die Pilotengewerkschaft Cockpit verlangt von den Fluggesellschaften, daß sie Strecken nicht „fremdfliegen“ läßt. Die Fluggesellschaften lassen sich hierauf nur begrenzt ein, etwa im Sinne einer Kontingentbegrenzung. 25

Das sei hier zur Abrundung vorgetragen. Insoweit geht es nicht um den Marktmachteinsatz zur Tarifsteuerung fremder Unternehmen; die Beschränkung potentiellen Wettbewerbs liegt vielmehr darin, daß die Fremdvergabebeschränkung die autonome Entscheidung des Unternehmens begrenzt, Teilaspekte seiner betrieblichen Tätigkeit fremdzuvergeben, damit die „Fertigungstiefe“ zu reduzieren und fremden Unternehmen Marktchancen zu eröffnen. 26

5. „Privative“ Tariftreue als Modell?

Die Beispiele aus Wäschereidienstleistungen und Arbeitnehmerüberlassung belegen eine neue Taktik, die sich am *Tariftreue-Verlangen des nachfragenden Staates*¹⁴ orientiert. Daß der Staat seine Nachfragemacht, vor allem im Straßenbau, einsetzen dürfe, um Anbieter dazu zu zwingen, tarifliche Arbeitsbedingungen anzuwenden, die für sie tarifrechtlich gar nicht gelten, hat den Kartellsenat des BGH zu dem bekannten Vorlagebeschluß an das BVerfG bewegt, den dieses freilich recht grob und ohne auf die zentralen Anliegen einzugehen, „abgewatscht“ hatte¹⁵. Gottlob hat der EuGH ein freiheitlicheres Verständnis als das Karlsruher Ge- 27

14 Dazu allgemein *Thüsing*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Anhang 2 zu § 5 TVG; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 5 TVG Rn. 166 ff.

15 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42; dazu kritisch *Rieble*, Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1; Vorlagebeschluß des BGH 18.1. 2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327 (Tariftreueerklärung II).

richt – und in der Ruffert-Entscheidung richtig darauf hingewiesen, daß der Staat nicht legitimiert sei, einem nicht allgemeinverbindlichen Tarifvertrag so zur Durchsetzung zu verhelfen, weil diese Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach der Entsenderichtlinie nicht durch Arbeitnehmerschutzaspekte gedeckt ist. Der Staat verhält sich widersprüchlich, wenn er den betreffenden Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt, aber dennoch als Nachfrager Tariftreue verlange¹⁶.

- 28 Ob solche Modelle ökonomisch mittelfristig funktionieren können, ist fraglich: Denn für das nachfragende Unternehmen ist dies, nicht anders als für den nachfragenden Staat, mit *Mehrkosten* verbunden. Weil die Arbeit beim Fremdunternehmer teurer wird, muß dieser seine Dienstleistung teurer anbieten. Der Wettbewerbsvorteil günstiger Arbeitskosten geht verloren. Dementsprechend wird sich ein Unternehmen auf eine derartige Absprache nur einlassen, wenn im Konflikt mit der von Gewerkschaft/Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmerseite sonst größere Nachteile drohen. Auf der anderen Seite führt die vom Unternehmen mittelbar bezahlte Besserstellung der Fremdkräfte typischerweise dazu, daß im Unternehmen die Verteilungsmasse schrumpft. Die eigene Belegschaft bezahlt also diese Umverteilung mittelbar mit. Besonders deutlich wird das bei der Leiharbeit: Sie wird nämlich von manchen Belegschaften begrüßt, weil die Zweiteilung in eine preisgünstigere Randbelegschaft und eine teurere Kernbelegschaft letztlich die Beschäftigung der Kernbelegschaft stabilisiert¹⁷. So gesehen erfolgt die Lohnspreizung zwischen solchen Teilbelegschaften auch im gruppenegoistischen Interesse mancher Arbeitnehmer. Umgekehrt überwindet die Solidarisierung der Kernbelegschaft mit den Arbeitnehmern von Fremdfirmen die Belegschaftsspaltung.
- 29 Ein „*return on investment*“ kann für die Unternehmen nur daraus folgen, daß ihr Handeln als „sozial verantwortlich“ wahrgenommen wird – und dies für das Unternehmen von Vorteil ist. Insofern stehen solche Tariftreuevereinbarungen den Selbstbindungen der Unternehmen auf weltweite Sozialstandards regelungstechnisch nahe. Hier ist zu nennen einmal das Projekt „*Global Compact*“ der Vereinten Nationen, innerhalb dessen sich Unternehmen auf einen internationalen Verhaltensstandard gegenüber der UN „verpflichten“ – darunter auch elementare Arbeitnormen wie

16 EuGH 3.4. 2008 – Rs. C-346/06, NZA 2008, 537 (Ruffert); dazu Klumpp, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, 3473; Seifert, Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 1 (2008), 526.

17 Allgemein zur Abspaltung von segmentierten Randbelegschaften Sattelberger, Qualifizierungspolitik als Beitrag zum Schutz des Wissenskapitals: für Unternehmen und „Neue Unternehmer“, in: Sattelberger/Weiß (Hrsg.), Humankapital schafft Shareholder Value, 1999, S. 125, 132.; Ulber, AÜG, 3. Aufl. 2006, Einleitung C Rn. 6.

die Beseitigung von Zwangs- und Kinderarbeit¹⁸, in Übereinstimmung mit der ILO-Grundsatzklärung über Multinationale Unternehmen und Sozialpolitik, die einen Mindeststandard an „Kernarbeitsnormen“ postuliert¹⁹. Weiter noch gehen die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen im Abschnitt „Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern“²⁰.

Daß es auch hier um ethische Fragen²¹ geht, eben diesen Eindruck versucht die IG Metall mit dem „Sozial-Testat“ oder dem „Fairneß-Abkommen“ zu erwecken: Nur die angemessenen Arbeitsbedingungen seien sozial oder fair; von der Arbeitsrechtsordnung erlaubte „schlechtere“ Arbeitsbedingungen hingegen seien als unethisch zu disqualifizieren. Eben deswegen sollen Unternehmen bei ihrer Nachfrage solche ethische Standards berücksichtigen und der „guten“ oder „richtigen“ Arbeitsbedingung zur Durchsetzung verhelfen. Diese ethische Abqualifizierung der aus Gewerkschaftssicht unerwünschten Arbeitsbedingungen und in der Konsequenz auch das Unwerturteil gegenüber den solche Bedingungen praktizierenden Arbeitgebern findet sich auch im DGB-Projekt „Gute Arbeit“, das leider Gewerkschaftsbeschäftigte ausspart²². 30

Allerdings gibt es doch einen erheblichen und wie ich meine entscheidenden Unterschied: Kernarbeitsnormen setzen auf einen allgemeinen Verhaltensstandard, der für jeden gleich sein soll – und aus seinem Regelungskonzept auch gleich sein muß. Kinder- und Zwangsarbeit sollen überhaupt nicht sein. Eben deswegen wird es allgemein hingenommen, daß der durchaus protektionistische Wunsch geringqualifizierter Industriearbeiter, vor besonders billiger Kinderkonkurrenz aus der Dritten Welt verschont zu werden, jenen Drittstaaten einen der ganz wenigen Wettbewerbsvorteile nimmt²³. 31

Tarifliche Arbeitsbedingungen indes sind gerade kein allgemeiner Standard – sondern nur dann, wenn sie allgemeinverbindlich erklärt sind. Ein Tarifvertrag, der tarifrechtlich nur für die tarifgebundenen Arbeitnehmer der tarifgebundenen Arbeitgeber gilt, konstituiert keinen „ethischen“ Verhaltensstandard für diejenigen, die nicht an den Tarifver- 32

18 www.unglobalcompact.org/Languages/german/index.html. (abgerufen am 30.3. 2010).

19 www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm. (abgerufen am 30.3. 2010).

20 www.oecd.org/dataoecd/56/40/1922480.pdf.

21 Zum Sonderproblem der (gemeinsamen) Ethikrichtlinien von Tarifparteien: Rieble, Ethikrichtlinien der Tarifparteien, Festschrift Goos, 2009, S. 39 ff.

22 www.dgb-index-gute-arbeit.de (abgerufen am 30.3. 2010).

23 Zu den durchaus problematischen Folgefragen Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 279 ff, 297.

trag gebunden sind. Auch wenn § 1 AEntG in der neuesten Fassung von einer „Ordnungsfunktion“ des Tarifvertrags spricht und damit einen alten Gedanken von *Nipperdey* aufgreift, den dieser 1937 zum AOG entwickelt hat²⁴, kann der Tarifvertrag mit seinen Arbeitsbedingungen zum allgemeinen Verhaltensstandard nur werden, wenn der Staat ihm diese Verbindlichkeit zuweist. Gewerkschaften sind Mitgliederverband und kein Berufsorgan. Eben an diesem partiellen Geltungsanspruch hat sich der EuGH in der Ruffert-Entscheidung gestört und daraus abgeleitet, daß die tariflichen Vorgaben gerade keinen allgemeinen Arbeitnehmerschutz bezwecken.

II. Arbeitsrechtliche Sicht

1. Versagung arbeitsrechtsspezifischer Kollektivregelungsbefugnis

- 33 Die Frage, mit welchen Vertragspartnern der Arbeitgeber zu welchen Bedingungen unternehmerisch zusammenarbeitet, ist weder tariflich noch betriebsverfassungsrechtlich regelbar. Es handelt sich nicht um Arbeitsbedingungen der bei dem Verleiher beschäftigten Arbeitnehmer, sondern um ein Marktverhalten auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt. Ganz unabhängig von der konkreten Reichweite des Kartellrechts wird der Wettbewerb außerhalb des Arbeitsmarkts schon dadurch geschützt, daß die arbeitsrechtlichen Kollektivverträge sich auf Arbeitsbedingungen im eigentlichen Sinne beschränken. Deswegen etwa kann ein Tarifvertrag nicht die Ladenöffnungszeiten regeln, denn das ist keine Arbeitsbedingung der Beschäftigten, sondern das an die Kunden adressierte Gütermarktverhalten. Das hat das BAG in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung übersehen, und den Schalterschuß von Banken einer Tarifregelung ausgeliefert²⁵, die ihrerseits einer kartellrechtlichen Kontrolle zugänglich ist²⁶.

24 *Nipperdey*, Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz (Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip), Festschrift Lehmann, 1937, S. 257.

25 BAG 7.11. 1995 – 3 AZR 676/94, NZA 1996, 1214.

26 Vgl. Entscheidung der Kommission vom 30.9. 1986 betreffend ein Verfahren nach Art. 85 EWG-Vertrag (IV/31.362 – Irish Banks Standing Committee), Amtsblatt EG 1986 L 295/28 = WuW/E EV 1182; dazu *Rieble* (Fn. 23), Rn. 471; *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, 2007, S. 153 ff.; *von Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, 1997, S. 140 ff.; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 191 ff.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 261; auf Ebene des Gemeinschaftsrechts *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, 2004, S. 199 ff.; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, § 1

Tarifparteien immerhin sind umfassend rechtsfähig und können mit *schuldrechtlichen Verträgen* auch außerhalb der vom TVG ausgestalteten Tarifaufonomie agieren. So kann ein Unternehmen „seiner“ Gewerkschaft den Standorterhalt oder den Verzicht auf Fremdvergabe oder eben die Auftragsvergabe nach tarifpolitischen Zwecken versprechen. Aus vertragsrechtlicher Sicht ist das möglich; schuldrechtliche Bindungen zwischen Sozialpartnern kommen immer schon vor. Die entscheidende Frage lautet dann, ob solche Vereinbarungen durch externe Grenzen, auch des Kartellrechts, beschränkt werden. 34

Schuldrechtlich nicht allgemein aktionsfähig ist der Betriebsrat, weil er eine funktionale Teilrechtsfähigkeit nur gegenüber dem Arbeitgeber und nur zu den im BetrVG genannten Aufgaben hat. Weil die Steuerung der Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern fremder Arbeitgeber niemals zu den Aufgaben des Betriebsrats zählen kann, sind entsprechende schuldrechtliche Vereinbarungen vertragsrechtlich von vornherein unwirksam. Das behebt indes nicht die Gefahr, daß sich Arbeitgeber und Betriebsrat hieran als unverbindliche Empfehlung halten. Ihr kann speziell das Kartellrecht begegnen. 35

2. Differenzierung nach Verbandszugehörigkeit im Konflikt mit der Koalitionsfreiheit

Zuerst kann ein Ergebnis aus der Tariftreue-Diskussion aktiviert werden: In keinem Fall ist es zulässig, die Auftragsvergabe an die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder die durch diese Mitgliedschaft legitimierte Tarifgeltung zu knüpfen. Denn damit werden Unternehmen, die sich in Gebrauch ihrer negativen Koalitionsfreiheit entscheiden, keinem Arbeitgeberverband anzugehören, ebenso entgegen Art. 9 Abs. 3 GG diskriminiert wie jene, die einem anderen als dem tarifschließenden Verband beigetreten sind (positive Koalitionsfreiheit). Überdies wird auf diese Weise, je nach Reichweite des Gewerkschaftsaufrufs und seiner Wirkung, ein massiver Druck in Richtung Eintritt oder Übertritt bewirkt. Diskriminierung und Eintrittsdruck knüpfen unmittelbar an den individuellen Koalitionsstatus an und werden deshalb vom Schutz der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG erfaßt. 36

Dementsprechend von vornherein unzulässig ist die ursprüngliche Strategie der IG Metall, überhaupt nur noch Mitglieder des einschlägigen BZA an die Auftragsfleischtöpfe zu lassen und damit andere Zeitarbeitsunternehmen für die fehlende Mitgliedschaft abzustrafen. Auch die früheren Versuche, nur tarifgebundene Wäschereien, also solche des 37

Rn. 87; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 2, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 58.

Arbeitgeberverbands intex, zum Zuge kommen zu lassen, sind bereits koalitionsrechtlich unzulässig.

- 38 Vor dem Hintergrund der Koalitionsfreiheit „unproblematisch“ sind hingegen solche Druckausübungen, die darauf zielen, daß das Unternehmen einen Tarifvertrag anwendet, der für das Unternehmen nicht gilt. Solche freiwillige Tarifierung insbesondere durch schuldrechtliche Bezugnahme Klauseln läßt insbesondere das AÜG gerade zu. Die Koalitionsfreiheit ist sowenig betroffen wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung. Ein Recht auf umfassende vertragliche Selbstbestimmung vermittelt Art. 9 Abs. 3 GG nicht. Insofern kann es lediglich darum gehen, Zwang und Druck kraft Schutzpflicht des Staates zu begrenzen. Solcher vertragsrechtlicher Schutz, den der Kartellsenat bei seiner Vorlage an das Bundesverfassungsgericht im Auge hatte, weil ihn der vergaberechtliche Marktmachteinsatz störte, ist verfassungsrechtlich nur über Art. 12 Abs. 1 GG zu leisten. Ob das Kartellrecht einfachrechtlich entsprechenden Schutz vermittelt, bleibt zu untersuchen.
- 39 Tarifrrechtliche Probleme, die auf die Koalitionsfreiheit zurückschlagen, könnte es allenfalls dann geben, wenn der betroffene Arbeitgeber anderweitig tarifgebunden ist und sich die schuldrechtliche Anwendung des „Tariftreue-Tarifvertrags“ mit dem anderen normativ geltenden nicht über das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG vereinbaren läßt.

III. Kartellrechtliche Grenzen

1. Boykott als unzulässiges Instrument?

- 40 Die Steuerung der Auftragsvergabe zielt auf einen Boykott: Wer sich sozialpolitisch erlaubt indes unerwünscht verhält, soll von Aufträgen ausgeschlossen, also gesperrt werden.
- 41 Der Boykott ist in § 21 Abs. 1 GWB als Mittel wirtschaftlicher Auseinandersetzung ausdrücklich verboten, allerdings nur Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen. Gewerkschaften sind nach allgemeiner Auffassung in ihrer Koalitions-Funktion gerade keine Unternehmen. Sie beeinflussen nur den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt, nicht aber den des Gütermarkts. Schon deswegen fällt der Streik als kollektive Bezugssperre nicht unter die Norm²⁷.
- 42 Das heißt indes nur, daß eine Gewerkschaft, die die nachfragenden Unternehmen, etwa einen Automobilhersteller, zum Boykott tariffreier Wäschereien auffordert, nicht schon nach § 21 Abs. 1 GWB zur Verant-

27 Allgemeine Meinung *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Fn. 26), § 21 GWB Rn. 5; zur Frage, ob es bei Kollektivsperren nicht schon am „Dritten“ fehlt: *Rieble* (Fn. 23), Rn. 601 ff.

wortung gezogen werden kann. Es bleibt die allgemeine Sittenwidrigkeit des Boykotts und seine Sanktionierung nach § 826 BGB, gegebenenfalls auch durch einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB.

Die Berührung mit der Gewerkschaft wirft zwei entscheidende Folgen auf. 43
Erstens geht es, im Vergleich zum Boykottaufruf an Verbraucher, verschärft um die Frage, ob dieser Verruf zu eigenen kollektiven Tarifdurchsetzungszwecken zulässig ist. Das BAG käme womöglich mit Blick auf seine Flash Mob-Entscheidung dazu, daß auch die Indienstnahme unternehmerischer Marktmacht eine zulässige Koalitionsbetätigung sein könnte, so daß die Koalitionsfreiheit das allgemeine Sittenwidrigkeitsurteil gegenüber dem Boykott verschöbe – freilich ohne Reflektion der spezifischen Boykottgefahren und ohne Rücksicht darauf, daß dem Boykott eine spezifische Gefahr der Unbeherrschbarkeit innewohnt.

Das lenkt den zweiten Blick auf die eigentlich entscheidende Frage: Wer 44
entscheidet dies? Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG in der Tat auch für Streitigkeiten zwischen einer Gewerkschaft und Dritten gegeben, soweit es um den Arbeitskampf oder das Koalitionsbetätigungsrecht geht. Formal läßt sich das bejahen, weil alles, was eine Gewerkschaft tut, immer auch Koalitionsbetätigung ist. Freilich wird man wegen der Uferlosigkeit durchaus fragen dürfen, ob nicht ein Unmittelbarkeitszusammenhang erforderlich ist: Der Boykottaufruf einer Gewerkschaft zur Tariftreueerstreckung ist an den Adressaten gerichtet und erreicht den Verrufenen als „Dritten“ und das Opfer als Vierten!

2. Wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung durch marktmächtige Nachfrager

Marktmächtige Nachfrager unterliegen nach § 20 GWB einem weitreichenden Diskriminierungs- und Behinderungsverbot gegenüber den ihnen ausgelieferten schwachen Lieferanten und Dienstleistern. Ist ein solches Machtgefälle zu konstatieren, etwa zwischen einem großen Maschinenbauer und einem kleinen Wäschedienstleister oder einem großen Automobilhersteller und einem im Verhältnis hierzu kleinen Verleiher, so mündet die Diskriminierungskontrolle in die Frage, ob die Ungleichbehandlung von wunschtarifgebundenen Fremdunternehmen gegenüber den „unsozialen“ sachlich zu rechtfertigen ist. Es kommt also entscheidend darauf an, ob es den marktmächtigen Nachfrager etwas angeht, zu welchen Arbeitsbedingungen Mitarbeiter eines Subunternehmers beschäftigt werden – und ob er ein Recht hat, über seine Marktmacht, beim fremden Unternehmer eine bestimmte „sozialpolitische Korrektheit“ zu erzwingen. 45

- 46 Aus Sicht des GWB, das den Wettbewerb und mit ihm die Markt- und damit auch die Marktverhaltens- und mithin Vertragsfreiheit schützt²⁸, muß die Antwort klar „Nein“ lauten. Wie ein Unternehmen seine eigenen Beschäftigten behandelt, entscheidet es nach Maßgabe der eigenen Vertragsfreiheit selbst. Eine derartig intensive Fremdsteuerung mag es im Konzern und insbesondere nach Unterwerfung unter einen Beherrschungsvertrag kraft Leitungsmacht und um den Preis des rechtlich geschuldeten Nachteilsausgleichs geben, aber eben nicht kraft Marktmacht und kraft freiwilligen Nachteilsausgleichs. Schließlich übernimmt der Marktmächtige mittelbar die Mehrkosten oder einen Teil davon. Aus Sicht des GWB ist dies zugleich ein Fall der Behinderung durch ein Koppelungsgeschäft zugunsten Dritter, nämlich der Gewerkschaft. Von dieser Drittbegünstigung profitiert mittelbar das marktmächtige Unternehmen, daß letztlich durch den Zugriff auf die Arbeitgeberfreiheit seines Lieferanten ein Entgegenkommen seiner Gewerkschaft oder seines Betriebsrats erreicht. Gesellschaftsrechtlich ist für diesen Fall überdies an den Schadensersatz aus § 117 AktG zu denken, weil der Marktmächtige seinen Einfluß auf die Gesellschaft vorsätzlich schädigend mißbraucht. Da der Einfluß nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt sein muß, sondern gerade auch auf geschäftlichen Beziehungen fußen kann und es nur darauf ankommt, ob der Einfluß in seiner Intensität über die verkehrsüblichen Interessenwahrnehmungen hinausgeht²⁹, läßt sich solche Haftung greifbar machen, vor allem, wenn der Auftraggeber nicht die vollen Lohnmehrkosten unter Einschluß auch der Nebenkosten übernimmt.
- 47 Etwas komplizierter fällt diese Rechtfertigungswertung aus, sobald man arbeitsrechtliche Wertungen hinzuzieht. Denn das Arbeitnehmer-Entsendegesetz kennt gerade eine umfassende Subunternehmerverantwortlichkeit des Auftraggebers in § 14 und verpflichtet ihn mittelbar zur Überwachung der Nettolohnzahlung durch auch den letzten Subunternehmer in einer Kette. Damit wird, auch angesichts der Bußgeldbewehrung in § 23 Abs. 2 Nr. 2 AEntG, eine „Arbeitspolizeipflicht“ oder Compliance-Verantwortung für den Nachunternehmer geschaffen³⁰. Doch taugt das AEntG gerade nicht als Vorbild für eine umfassende Fremdsteuerung der Arbeitsbedingungen: Dort geht es wiederum, parallel zu Ruffert, um die Durchsetzung derjenigen allgemeinverbindlichen Tarifbedingungen, die kraft staatlichen Geltungsbefehls bereits gelten. Setzt sich ein (marktmächtiger) Nachfrager für die Einhaltung ohnehin geltender Mindest-

28 Zentral *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101 ff.

29 *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 3, 3. Aufl. 2008, § 117 Rn. 16 ff, 19.

30 Ob diese Verlagerung staatlicher Überwachungsverantwortung legitim ist, ist nicht ausdiskutiert.

arbeitsbedingungen ein, so ist sein Tariftreueverlangen bloß deklaratorisch. Hier dagegen soll konstitutiv die schuldrechtliche Geltung der Tarifbedingungen erst herbeigeführt werden – durch Marktmacht. Eben dieser konstitutive Tariftreuezwang hat den Kartellsenat seinerzeit zur Vorlage an das BVerfG bewogen.

Immerhin ist mit Blick auf das BAG zu berücksichtigen, daß eine Gewerkschaftsinitiative zu solchem Tun unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG stehen kann. Nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG wird sich deswegen auch das Kartellrecht der Frage stellen müssen, ob das allgemeine Abwägungsgebaren auch dazu zwingt, entgegen der bislang herrschenden Meinung im Kartellrecht³¹ das Gewerkschaftsinteresse an einer Wettbewerbsbeschränkung als sozialpolitischen Rechtfertigungsgrund in die Wertung einzubeziehen. Indes sieht das Gesetz solche Berücksichtigung kartellfremder Erwägungen durchaus vor, allerdings nur in § 25 GWB. Überdies gilt ein Reziprozitätsargument: Wer den Arbeitsmarktakeuren sozialpolitischen Einfluß auf das Kartellrecht eröffnen will, der müßte dann auch die Tarifparteien auf die Wettbewerbsfreiheit verpflichten und insbesondere wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Tarifverträge auf den Gütermärkten kontrollieren – womöglich über eine Gemeinwohlbindung.

Auch hier ist die Frage nach dem richtigen Recht eine Frage der Zuständigkeit. Für kartellrechtliche Fragen und also die des § 20 GWB sind die ordentlichen Gerichte ausschließlich zuständig, § 87 GWB. Soweit keine Gewerkschaft am Rechtsstreit beteiligt ist – die als Anstifter womöglich schadensersatzpflichtig ist – kommt eine konkurrierende ebenfalls ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht in Betracht. Insofern also hat der BGH das letzte Wort. Das eigentliche Problem liegt im Konflikt der Zusammenhangszuständigkeiten nach § 88 GWB einerseits und § 2 Abs. 3 ArbGG andererseits. Hier freilich sticht der Ober den Unter: § 2 Abs. 3 ArbGG nimmt ausdrücklich Rücksicht auf fremde ausschließliche Zuständigkeiten (wie die kartellrechtliche), wohingegen § 88 GWB rücksichtslos auch fremde ausschließliche Zuständigkeiten (wie die arbeitsgerichtliche) usurpiert. Ein Geschädigter könnte also sogar die Gewerkschaft selbst vor dem Landgericht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen; dann würde das Kartellgericht auch die Frage der Koalitionsbetätigung entscheiden.

Nur zur Abrundung ist zu ergänzen: Sozialtestate oder Fairneßauszeichnungen sind als solche keine „Gütezeichen“ im Sinne von § 20 Abs. 6 GWB, weil sie nichts über die Produktqualität aussagen,

31 Mit zahlreichen weiteren Nachweisen: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), § 1 Rn. 192 ff. oder auch *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff ((Fn. 26), § 1 GWB Rn. 190 ff.

sondern nur über das sozialpolitische Umfeld. Auch fehlt es an einer eigenständigen Verbandsstruktur, wenn Arbeitgeberverband und Gewerkschaft das Zeichen gemeinsam vergeben. Immerhin kann eine aggressive Sozialgütesiegel-Propaganda einen Boykottaufruf zu Lasten der Nichtsiegelträger bedeuten.

3. Kollektive Wettbewerbsbeschränkung durch informelle Stern-, „Verträge“

- 51 Die ganze Schärfe des Kartellrechts erfaßt Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen. Auf den ersten Blick scheint eine bloß punktuelle Wettbewerbsbeeinflussung eines Unternehmens durch ein Nichtunternehmen, hier also die Gewerkschaft oder den Betriebsrat, kartellrechtlich unbeachtlich zu sein.
- 52 Immerhin ist es mit einer kartellrechtlichen Mindermeinung denkbar, die Gewerkschaft gerade deshalb als funktionales Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne zu sehen, weil sie gezielt Einfluß auf unternehmerisches Verhalten nimmt, Unternehmen praktisch „fernsteuert“³². Eine Parallele hierzu ist die Teilnahme am fremden Wettbewerb durch eine Gewerkschaft, die dieser eine eigene UWG-Verantwortlichkeit beschert³³. Dann wäre die Vereinbarung zwischen der Gewerkschaft als funktionalem Unternehmen und den betroffenen Arbeitgebern als Vertikalvereinbarung von vornherein am Kartellrecht zu messen.
- 53 Darauf kommt es nicht an. Selbstredend ist eine Selbstbindung eines Unternehmens im eigenen Wettbewerbsverhalten ohne Kontakt zu einem anderen Unternehmen für sich genommen keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des GWB. Denn das Kartellrecht reagiert erst, wenn zumindest zwei Unternehmen ihr Marktverhalten zumindest aufeinander abstimmen. Daß also ein einziger Nachfrager seine Subunternehmer nach Tarifbindung auswählt und hieran auch den Preis für die Leistung dieses Subunternehmers ausrichtet, ist zwar eine Beeinflussung aber keine Beschränkung des Wettbewerbs.
- 54 Indes bewendet es hierbei nicht. Die Gewerkschaften, allen voran die IG Metall und „ihre“ Betriebsräte, bezwecken eine Steuerung des Wettbewerbs. Nicht nur ein einzelnes, sondern möglichst viele Unternehmen

32 Dazu *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 26), Rn. 56 f; kartellrechtliche Literatur, auch *Kordel* (Fn. 26), S. 39 f; *Mühlbach* (Fn. 26), S. 134 ff.

33 BGH 25.1. 1990 – I ZR 19/87, BGHZ 110, 156; dazu *Piper*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Bereitstellung von Versicherungsschutz für Vereinsmitglieder, Festschrift von Gamm, 1990, S. 147, 149 ff.; *Göller*, Gewerkschaftliche Gruppenrechtsschutzversicherungen, 1993, S. 95 f.; *Rieble* (Fn. 23), Rn. 449 f.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), § 1 Rn. 63; zu Branchenrentenfonds *Mühlbach* (Fn. 26), S. 166 f.

sollen sich zu dieser Tariftreue bekennen und sie praktizieren. „Sozial-Testat“ und „Fairneßabkommen“ belegen diese Absicht, das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen abzustimmen.

Die überaus spannende Frage, ob die GWB-Novellen 1999 und 2005 das Gesetz auch auf den Arbeitsmarkt erstrecken, mit der Folge, daß wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Arbeitgeber (nur diese sind Unternehmen) und ihrer Verbände am Kartellrecht zu messen ist und kollektive Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellamt nun auch darauf überprüft werden können, ob sie die Immanenzrechtfertigung insbesondere des TVG wahren, will ich hier nicht behandeln³⁴. Denn es ist von vornherein nicht nur der Arbeitsmarkt betroffen, auch wenn das Fernziel der Kampagne die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer der beauftragten Fremdfirmen sind. Die Kampagne setzt am Gütermarktverhalten der Auftragsvergabe an und bestimmt die Auswahl der zulässigen Kandidaten. Letztlich ist eine Markt- oder Revieraufteilung zugunsten der tarifgebundenen oder doch jedenfalls tarifanwendenden Dienstleister bezweckt. Nur diese sollen eine Chance haben, Aufträge bestimmter, nämlich gewerkschaftsgesteuerter (Groß-) Unternehmen zu ergattern. Zugleich wird damit gezielt der Preis für diese Dienstleistung dem Wettbewerb wenigstens teilweise entzogen. Vor allem die sozialpolitische „Steuerung“ des Wettbewerbs der Arbeitszeitunternehmen funktioniert über eine am Arbeitsentgelt ausgerichtete Preisfindung: Die Verleiher erhalten vom Entleiher ein an der Bruttolohnsumme ausgerichtetes Gesamtarbeitsentgelt nebst Aufschlag. 55

Die *Tariftreue legt mittelbar den Dienstleistungspreis fest*. Das ist eine starke Wettbewerbsbeeinschränkung. Sozialpolitisch gerechtfertigt ist diese wiederum nicht – schon weil es an einem allgemeinen Arbeitnehmerschutzinteresse fehlt, vielmehr das gruppenegoistische Gewerkschaftsinteresse bedient wird (Rüffert). Im übrigen anerkennt das GWB in § 2 Freistellungen nur zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts und dies auch nur, wenn die Verbraucher an diesem Fortschrittsgewinn angemessen beteiligt werden. Sozialpolitische Fortschritte, die die Unternehmen auf der Kostenseite angemessen belasten, sind nicht genannt. 56

Dementsprechend hängt die kartellrechtliche Beurteilung von der entscheidenden Frage ab: Wirkt *mehr als ein Unternehmen* an der Wettbewerbsbeschränkung mit? 57

34 Dazu *Ackermann*, Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in diesem Band S. 17 ff.; *Reichold*, Gegenmachtprinzip und arbeitsrechtliche Kartellgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG, in diesem Band S. 55 ff. und *Denzel*, Wettbewerbsbeschränkungen für „Ein-Mann-Unternehmen“, in diesem Band, S. 131 ff.

- 58 Sie ist unproblematisch zu bejahen, wenn ein Arbeitgeberverband die Verhaltensabstimmung mitträgt. So läßt sich fragen, ob das vom Arbeitgeberverband intex mitformulierte Sozialtestat nicht ein Aufruf an die Nachfrager ist, nur testierte Unternehmen mit Tarifbindung zu berücksichtigen. Eine solche wettbewerbssteuernde Empfehlung ist unzulässig. Ob sie eine spürbare Wirkung hat, das müßte das Kartellamt untersuchen.
- 59 Kartellrechtlich überaus problematisch ist hingegen die Bewertung der „sternförmigen“, von der IG Metall oder einer anderen Gewerkschaft initiierten Wettbewerbsbeschränkung. Das Kartellrecht erfaßt solche Sternverträge, bei denen sich Wettbewerber über einen Dritten abstimmen, ohne weiteres, vor allem im Bereich gemischter horizontal-vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen³⁵. Freilich besteht hier die Besonderheit darin, daß in der Mitte des Sterns (nach herrschender Meinung) ein Nichtunternehmen sitzt, sei es die Gewerkschaft oder sei es ein Betriebsräte-Arbeitskreis³⁶. Indes ändert das nichts daran, daß sich Unternehmen über das Medium der Gewerkschaft auf eine dann notwendig *horizontale Wettbewerbsbeschränkung* verständigen.
- 60 Es handelt sich eben nicht um zufälliges Parallelverhalten voneinander unabhängiger Marktteilnehmer, sondern um eine gezielt initiierte Verhaltensabstimmung. Daß das GWB keinen Tatbestand kennt, der die sozial- oder umweltpolitische Steuerung unternehmerischen Wettbewerbsverhaltens durch Nichtunternehmen (Gewerkschaften, Betriebsräte, NGO, Kirchen etc) sanktioniert, bleibt nur, auf das Unternehmensverhalten abzustellen.
- 61 Den betroffenen Unternehmen bleibt – so das Ergebnis meiner oberflächlichen und nicht repräsentativen Recherche bei einigen Großunternehmen – nicht verborgen, daß auch andere Unternehmen von der Gewerkschaft, hier der IG Metall, angesprochen werden. Auf den DGFP-Erfahrungsaustauschkreisen wird das ebenso diskutiert wie bei anderen Personalleitertreffen. Damit aber weiß das Unternehmen, welches sich auf eine entsprechende Forderung von Gewerkschaft oder Betriebsrat einläßt, daß diese Forderung in dieser sternförmigen Kooperation auch an andere Unternehmen adressiert, und daß das Unternehmen Teil eines Gesamtkonzepts und also einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensabstimmung ist. Damit aber geht die Verhaltensabstimmung nicht nur vom Initiator des Sterns aus, vielmehr wirkt jedes betroffene Unternehmen mit – für § 1 GWB ist es nicht erforderlich, daß das verhaltensabgestimmte Unternehmen die anderen Beteiligten konkret kennt oder mit ihnen interagiert. Daß dies kartellrechtlich zu beanstanden ist, zeigt das Vergleichs-

35 Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 26), § 1 GWB Rn. 118 ff.

36 Vgl. bereits Rieble (Fn. 23), Rn. 393, 475.

modell einer nichtunternehmerischen Preismeldestelle, die anonymisierte Preismeldungen weitergibt³⁷. Auch hier liegt eine sternförmige und beanstandenswerte Verhaltensabstimmung vor.

Eine weitere spannende Frage, die über den heutigen Tag hinausreicht, will ich nur kurz ansprechen: die nach der *kartellrechtlichen Haftung* für die Initiatoren, seien es Gewerkschaften, seien es Betriebsratsarbeitskreise. § 33 GWB hat als Ersatzverpflichteten nur die Adressaten des GWB im Auge, also Unternehmen und deren Vereinigungen. Dementsprechend können Anstifter und Beihelfer, die selbst keine Unternehmen sind, nur über § 830 Abs. 2 BGB zur Mithaftung gebracht werden. § 33 GWB ist eine deliktische Spezialnorm zu § 823 Abs. 2 BGB und also ist das Deliktsrecht anwendbar. Wer solche Ersatzansprüche nicht geltend macht, mag ARAG-Garmenbeck³⁸ bedenken. 62

IV. Fazit

Sobald Arbeitsmarktakteure die Marktmacht von Unternehmen zu sozialpolitischen Zwecken einsetzen wollen, müssen sie das Kartellrecht als Grenze ihrer Handlungen berücksichtigen. Das Kartellamt ist aufgefordert, seinen Blick auf solche Verhaltensweisen zu richten. Die existierenden Verhaltensabstimmungen funktionieren vergleichsweise gut, weil die betroffenen Großunternehmen solche Abreden typischerweise in „Gesamtpaketen“ zur Kostensenkung oder Restrukturierung eingegangen sind. Deswegen ist der Anreiz der Beteiligten, die „Kartelltreue“ aufzusagen, nicht recht spürbar – auch wenn das Compliance-Folgen nach sich ziehen kann. 63

37 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 26), § 1 Rn. 305 ff.

38 BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 = NJW1997, 1926; dazu Paefgen, Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 245, 247 ff. und Große Vorholt, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 496 ff.; Redeke, Auswirkungen des UMAG auf die Verfolgung von Organhaftungsansprüchen seitens des Aufsichtsrats, ZIP 2008, 1549 ff.; Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133; Horn, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129.