Privative Tariftreue

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 34

Stephan Serr

Privative Tariftreue

ZAAR Verlag München 2013

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-29-9

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2013 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von April 2013.

Meinem Doktorvater Professor Dr. *Volker Rieble* danke ich nicht nur für die hervorragende Betreuung dieser Dissertation, sondern auch für die lehrreichen sechs Jahre, die ich als studentische Hilfskraft und wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl verbringen durfte. Professor Dr. *Thomas Ackermann* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, Professor Dr. *Richard Giesen* für kritische Anmerkungen im Doktorandenkolleg.

Den Kollegen am ZAAR, insbesondere Dr. *Stephan Vielmeier* und Dr. *Clemens Latzel*, danke ich für anregende Diskussionen und die prägende gemeinsame Zeit am Lehrstuhl. Meiner Familie danke ich für stete Unterstützung und Interesse an meinem Werdegang, meiner Freundin *Selma Konar* für liebevollen Rückhalt.

München, im August 2013

Stephan Serr

Kontakt zum Autor: mail@stephan-serr.de

Inhaltsübersicht

Seite

§ 1 Privative Tariftreue als Gestaltungsinstrument 27

A. Begriff 27

B. Abgrenzung 28
I. Private Einwirkungssubjekte 28
II. Indienstnahme privater Marktmacht 34
III. Tarifvergleich und Wettbewerbsbeschränkung als Ziel 34

C. Systematik 35
I. Einwirkungssubjekte und –objekte 35
II. Handlungsformen 35
III. Tariftreuestrenge 36
IV. Durchsetzungswege 37
V. Zwischenergebnis 41

D. Ziel 41
I. Überbietung geltender Arbeitsbedingungen 41
II. Kein zeitarbeitsspezifisches Problem 45

E. Ergebnis 47

§ 2 Kollektivarbeitsrechtliche Regelbarkeit 48

A. Tarifrecht 48
I. Normativer Vertrag 48
II. Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung 56
III. Zwischenergebnis 73
B. Betriebsverfassungsrecht 73
I. Mitbestimmte Betriebsvereinbarung 73
II. Regelung durch freiwillige Betriebsvereinbarung 79

III. Regelungsabrede ... 80
IV. Faktische Durchsetzung ... 80

C. Ergebnis ... 81

§ 3 Wettbewerbsrechtliche Grenzen ... 82

A. Kartellrecht ... 82
I. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ... 82
II. Verbot einseitiger Verhaltensweisen ... 139
III. Exkurs: Mithaftung Nichterfasster ... 155
IV. Zwischenergebnis ... 157

B. Lauterkeits- und Zivilrecht ... 157
I. Lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände ... 157
II. Zivilrechtliches Wettbewerbsrecht ... 158

C. Ergebnis ... 160

§ 4 Autonomieschutz ... 161

A. Vertragsrechtliche Grenzen ... 161
I. Allgemeine Geschäftsbedingungen ... 161
II. Sittenwidrigkeit ... 173
III. Zwischenergebnis ... 175

B. Individualautonomie ... 175
I. Tariftreueschuldner ... 175
II. Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners ... 177
III. Tariftreuegläubiger ... 178
IV. Zwischenergebnis ... 185

C. Tarifautonomie der Verbände des Tariftreueschuldners ... 185
I. Tarif als kollektive Ordnung ... 186
II. Überschreitung statt Unterschreitung ... 187
III. Verdrängungswirkung ... 187

IV. Rechtfertigung 189
V. Zwischenergebnis 189

D. Ergebnis 189

§ 5 Unionsrechtlicher Schutz individueller Marktfreiheiten 191

A. Sekundärrecht 191
I. Entsenderichtlinie 192
II. Dienstleistungsrichtlinie 199
III. Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung 208
IV. Leiharbeitsrichtlinie 208
V. Zwischenergebnis 246

B. Primärrecht 246
I. Dienstleistungsfreiheit 246
II. Warenverkehrsfreiheit 263
III. Arbeitnehmerfreizügigkeit 275
IV. Zwischenergebnis 287

C. Ergebnis 287

§ 6 Zusammenfassung und Ergebnisse 288

Literaturverzeichnis 293

Inhaltsverzeichnis

Seite

Gliederung ... 7
Inhaltsverzeichnis ... 11
Abkürzungsverzeichnis ... 23

§ 1 Privative Tariftreue als Gestaltungsinstrument ... 27

A. Begriff ... 27

B. Abgrenzung ... 28
I. Private Einwirkungssubjekte ... 28
1. Gewerkschaften ... 28
2. Betriebsräte ... 30
3. Kombinationsformen ... 31
4. Dritte ... 32
5. Anders: Öffentlich-rechtliche Tariftreueverlangen ... 32
6. Transnational: International Framework Agreements ... 33
II. Indienstnahme privater Marktmacht ... 34
III. Tarifgleichheit und Wettbewerbsbeschränkung als Ziel ... 34

C. Systematik ... 35
I. Einwirkungssubjekte und -objekte ... 35
II. Handlungsformen ... 35
III. Tariftreuestrenge ... 36
1. Abstufungen ... 36
2. Abweichungen ... 37
IV. Durchsetzungswege ... 37
1. Hinwirkungspflicht ... 37
a. Tariftreueverpflichtung ... 37
b. Flankierend: Ausfallhaftung der Entleiher ... 39
2. Vergabevoraussetzung ... 40
3. Ungeregelte Verpflichtungen ... 41
V. Zwischenergebnis ... 41

D. Ziel ... 41
I. Überbietung geltender Arbeitsbedingungen ... 41
1. Bestehende Mindestlohnregelungen ... 42
2. Reichweite möglicher Tariferstreckung ... 42
3. Equal Pay ... 44

4. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz ... 44
5. Konstitutive und deklaratorische privative Tariftreue ... 45
II. Kein zeitarbeitsspezifisches Problem ... 45
1. »Leiharbeit fair gestalten« ... 45
2. Ausweichform: Industriedienstleistung ... 46
3. Zwischenergebnis ... 47

E. Ergebnis ... 47

§ 2 Kollektivarbeitsrechtliche Regelbarkeit ... 48

A. Tarifrecht ... 48
I. Normativer Tarifvertrag ... 48
1. Tariffähigkeit ... 48
2. Tarifmacht ... 49
a. Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner ... 49
aa. Individualnormen ... 49
bb. Betriebsnormen ... 50
cc. Betriebsverfassungsrechtliche Normen ... 53
b. Verträge mit Zulieferern und Dienstleistern ... 53
c. Zwischenergebnis ... 54
3. Tarifzuständigkeit ... 54
4. Tarifgebundenheit ... 55
5. Tarifvertrag zugunsten Dritter ... 55
6. Zwischenergebnis ... 56
II. Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung ... 56
1. Umfassende Vereinbarungsmacht ... 56
2. Erstreckung bei Verbandskoalitionsvereinbarungen ... 57
a. Vertretungslösung ... 57
aa. Vertretungsmacht bei Verbandskoalitionsvereinbarung ... 57
bb. (Konkludente) Genehmigung durch faktische Befolgung ... 59
cc. Stellvertretungsrechtliche Folgen ... 60
b. Verpflichtungsermächtigung ... 61
c. Verbandsgewalt ... 62
aa. Verbandszweck ... 62
bb. Verleiten zum Satzungsbruch ... 63
d. Zwischenergebnis ... 65
3. Keine zwingende Geltung normativer Regelungen ... 65
4. Schuldrechtliche Pflichten aus den Heimattarifverträgen ... 66

a. Paradebeispiel: Stahltarif Nordwestdeutschland ... 66
b. Durchführungspflicht ... 68
c. Friedenspflicht ... 68
aa. Privative Tariftreue als Arbeitskampfmittel ... 69
[1] Boykottwirkung ... 70
[2] Arbeitsbedingungen Dritter ... 70
[3] Zwischenergebnis ... 72
bb. Verstoß gegen die Friedenspflicht ... 72
d. Zwischenergebnis ... 72
III. Zwischenergebnis ... 73

B. Betriebsverfassungsrecht ... 73
I. Mitbestimmte Betriebsvereinbarung ... 73
1. Teilzuständigkeit des Betriebsrats des Tariftreue-gläubigers ... 73
2. Mitbestimmungsrechte des Entleiherbetriebsrats ... 75
a. Vergütung ... 75
b. Einstellung ... 75
aa. Anwendbarkeit des § 99 BetrVG ... 75
bb. Zustimmungsverweigerung ... 76
c. Tarifliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte ... 78
3. Zwischenergebnis ... 78
II. Regelung durch freiwillige Betriebsvereinbarung ... 79
III. Regelungsabrede ... 80
IV. Faktische Durchsetzung ... 80

C. Ergebnis ... 81

§ 3 Wettbewerbsrechtliche Grenzen ... 82

A. Kartellrecht ... 82
I. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ... 82
1. Anwendungsbereich ... 82
a. Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt ... 82
aa. Keine explizite Bereichsausnahme im GWB ... 82
bb. Eingeschränkte Generalklausel in der Ursprungsfassung des GWB ... 83
cc. Offener Tatbestand seit der 6. GWB-Novelle ... 84
dd. Unionsrechtliche Absicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ... 84
b. Ungeschriebene Bereichsausnahme für Tarifverträge ... 84

aa. Rechtsvergleichend: Exemptions in den Vereinigten Staaten ... 85
bb. Europarechtliche Bereichsausnahme – »Albany« ... 85
[1] Grundsatz: Bereichsausnahme für Tarifverträge ... 85
[2] Voraussetzungen ... 86
[3] Folgen ... 88
cc. Tarifimmanente Wettbewerbsbeschränkung aus Art. 9 Abs. 3 GG ... 88
[1] Kartellgarantie des Tarifvertrags ... 89
[2] Grenze: Art. 9 Abs. 3 GG ... 89
[3] Kartellierungsbefugnis entlang des TVG ... 91
[4] Folge für privative Tariftreue ... 96
c. Zwischenergebnis ... 96
2. Adressatenkreis ... 97
a. Unternehmen ... 97
aa. Funktional-relativer Ansatz ... 97
bb. Arbeitgeber ... 98
cc. Verbände ... 101
[1] Eigene wirtschaftliche Betätigung ... 101
[2] Regelung des Gütermarktverhaltens anderer Unternehmen ... 102
[a] Rechtsprechung des BGH zur Gaststättenverpachtung u.a. ... 103
[b] Rechtsprechung des BGH zur Gruppenversicherung ... 105
[c] Rechtssache »Cassa di Risparmio di Firenze« ... 106
[d] Spanische Wettbewerbsbehörde zu Mindestpreisvereinbarungen ... 109
[e] Verbände als »Kartellwächter« ... 109
[f] Folge für privative Tariftreue ... 111
[3] Zwischenergebnis ... 113
dd. Betriebsrat ... 113
ee. Zwischenergebnis ... 115
b. Unternehmensvereinigung ... 115
aa. Arbeitgeberverband ... 115
bb. Gewerkschaft ... 116
c. Zwischenergebnis ... 119

3. Mittel ... 119
a. Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise ... 119
aa. Voraussetzung: Element der Abstimmung ... 119
bb. Konstellationen ... 120
[1] Horizontale Verhaltensabstimmung ... 120
[2] Gemischt horizontal-vertikale Verhaltensabstimmung ... 122
[3] Vertikale Verhaltensabstimmung ... 124
cc. Zwischenergebnis ... 126
b. Beschluss einer Unternehmensvereinigung ... 127
aa. Zustimmungsbeschluss ... 127
bb. Verhältnis zur Verbandskoalitionsvereinbarung ... 128
c. Zwischenergebnis ... 129
4. Wettbewerbsbeschränkung ... 129
a. Mittelbare Produktpreiskartellierung ... 130
b. Unmittelbare Arbeitsbedingungenkartellierung ... 132
c. Spürbarkeit ... 133
d. Zwischenergebnis ... 135
5. Ausnahmetatbestände ... 136
a. Sozialpolitische Güterabwägung ... 136
b. Freistellung ... 136
c. Zwischenergebnis ... 138
6. Zwischenergebnis ... 138
II. Verbot einseitiger Verhaltensweisen ... 139
1. Adressaten ... 140
a. Unternehmen ... 140
b. Unternehmensvereinigungen ... 140
c. Zwischenergebnis ... 141
2. Verbotenes Verhalten marktstarker Unternehmen ... 141
a. Konstellationen ... 142
b. Marktbeherrschung und relative Marktmacht ... 142
c. Missbrauch ... 143
aa. Ausbeutungsmissbrauch ... 144
bb. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot ... 145
[1] Behinderung ... 145
[2] Ungleichbehandlung ... 147
[3] Unbilligkeit bzw. Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes ... 148
d. Zwischenergebnis ... 149

3. Boykottverbot und sonstige Verhaltensverbote ... 149
a. Boykott ... 149
b. Veranlassung zu verbotenem Verhalten ... 151
aa. Lockmittel ... 151
bb. Zweck ... 152
c. Unerlaubte Zwangsausübung ... 154
d. Zwischenergebnis ... 155
4. Zwischenergebnis ... 155
III. Exkurs: Mithaftung Nichterfasster ... 155
IV. Zwischenergebnis ... 157

B. Lauterkeits- und Zivilrecht ... 157
I. Lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände ... 157
II. Zivilrechtliches Wettbewerbsrecht ... 158
1. Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ... 158
2. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung ... 159
3. Zwischenergebnis ... 159

C. Ergebnis ... 160

§ 4 Autonomieschutz ... 161

A. Vertragsrechtliche Grenzen ... 161
I. Allgemeine Geschäftsbedingungen ... 161
1. Anwendbarkeit ... 161
a. Klauseln von Unternehmen ... 161
b. Klauseln sonstiger »Veranlasser« ... 162
2. Einbeziehungskontrolle ... 163
3. Inhaltskontrolle ... 163
a. Anwendungsbereich ... 163
aa. Keine deklaratorischen Klauseln ... 163
bb. Keine Leistungsbeschreibungen ... 164
b. Unangemessene Benachteiligung ... 165
aa. Maßstab ... 165
bb. Klauseln ... 166
[1] Tariftreueauferlegungspflicht ... 166
[a] Kein Leitbild und keine Verletzung von Kardinalpflichten ... 167
[b] Vergleich mit der Weitergabe von Compliance-Richtlinien ... 167

[c] Vergleich mit Landestariftreuegesetzen 168
[d] Interessenabwägung 169

[2] Nachunternehmerweitergabe 171
[3] Ausfallhaftung 171

c. Zwischenergebnis 173
4. Rechtsfolge: Unwirksamkeit 173
II. Sittenwidrigkeit 173
1. Knebelung und Ausnutzung von Übermacht 173
2. Schädigung Dritter 175
III. Zwischenergebnis 175

B. Individualautonomie 175
I. Tariftreueschuldner 175
1. Negative Koalitionsfreiheit 175
2. Berufsfreiheit 176
II. Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners 177
1. Individuelle Koalitionsfreiheit 177
2. Berufsfreiheit 177
III. Tariftreuegläubiger 178
1. Gesellschaftsrechtlicher Schutz 178
a. Konzernrecht 178
b. § 117 AktG 179
aa. Punktueller Schutz beeinflusster Aktiengesellschaften 179
bb. Einflussnahme 180
cc. Rechtswidrigkeit 181
dd. Schaden 182
ee. Vorsatz 183
ff. Durchsetzung 183
c. Zwischenergebnis 184
2. Berufsfreiheit 184
IV. Zwischenergebnis 185

C. Tarifautonomie der Verbände des Tariftreueschuldners 185
I. Tarif als kollektive Ordnung 186
II. Überschreitung statt Unterschreitung 187
III. Verdrängungswirkung 187

IV. Rechtfertigung ... 189
V. Zwischenergebnis ... 189

D. Ergebnis ... 189

§ 5 Unionsrechtlicher Schutz individueller Marktfreiheiten ... 191

A. Sekundärrecht ... 191
I. Entsenderichtlinie ... 192
1. Vorgaben der Entsenderichtlinie ... 192
2. Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie ... 193
3. Festlegungsmodalitäten ... 194
a. Verpflichtende Mindestbedingungen ... 194
aa. Rechts- und Verwaltungsvorschriften ... 195
bb. Schiedssprüche oder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge ... 195
b. Zugelassene Mindestbedingungen ... 197
c. Zwischenergebnis ... 198
4. Folgen für die Dienstleistungsfreiheit ... 198
II. Dienstleistungsrichtlinie ... 199
1. Schärfere Rechtfertigungsvoraussetzungen ... 199
2. Anwendungsbereich ... 201
a. Adressatenstellung ... 201
b. Sachlicher Schutzbereich ... 203
c. Bereichsausnahmen ... 204
aa. Entsendefälle ... 204
bb. Nichtentsendefälle ... 205
[1] Ausnahme Tarifvertrag? ... 205
[2] Arbeitsrecht als insgesamt ausgenommenes Rechtsgebiet ... 206
3. Zwischenergebnis ... 208
III. Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung ... 208
IV. Leiharbeitsrichtlinie ... 208
1. Anwendungsbereich ... 209
a. Schutzbereich ... 209
aa. Leiharbeit ... 209
bb. Einsatz ... 209
b. Adressatenstellung ... 210
aa. Keine unmittelbare Bindung Privater ... 210
bb. Grundfreiheitenkonkretisierung ... 211

[1] Schutz der Leiharbeitnehmer ... 211
[2] Verwirklichung des Binnenmarktes ... 213
[3] Kein Widerspruch zum Inlandskonzept der Leiharbeitsrichtlinie ... 213
[4] Gebot aus Dienstleistungsfreiheit ... 214
[5] Reichweite der Regelungswirkung ... 215

cc. Zwischenergebnis ... 216
c. Kein Schutz reiner Inlandssachverhalte ... 216
d. Zwischenergebnis ... 217
2. Tatbestand ... 218
a. Beschränkungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie ... 218
b. Abstrakte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ... 218
c. Verlust komparativer Lohnkostenvorteile und Leiharbeitsbegrenzung ... 219
d. Zwingende Bestimmungen des deutschen Arbeitsrechts ... 220
aa. Grundsätzliche Geltung des Heimatarbeitsrechts ... 220
bb. Überschreitung zwingender Arbeitsbedingungen ... 221

[1] Allgemeine Arbeitsbedingungen im Sinne des § 2 AEntG ... 222
[2] Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, §§ 3 ff. AEntG ... 223

[a] Erstreckung ... 223
[b] Leiharbeitnehmergleichstellung ... 224
[c] Folge ... 225

[3] Equal Pay-Grundsatz ... 225

[a] Streit um international zwingende Geltung ... 225
[b] Kein Gebot aus Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie ... 226
[c] Zwingende Geltung als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit ... 227
[d] Lohnkostensteigerung durch Tariftreueforderung ... 230
[e] Zwischenergebnis ... 232

[4] Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz ... 232

cc. Zwischenergebnis ... 232

e. Keine primärrechtlich gebotene Gleichbehandlung .. 233
f. Zwischenergebnis ... 234
3. Rechtfertigung ... 234
a. Materielle Maßstabsabsenkung ... 234
b. Personale Maßstabsabweichung ... 235
c. Gründe des Allgemeininteresses ... 236
aa. Schutz der Leiharbeitnehmer ... 236
bb. Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz ... 237
cc. Notwendigkeit des reibungslosen Funktionierens des Arbeitsmarktes ... 238
dd. Verhütung von Missbrauch ... 238
ee. Ungeschriebene Gründe des Allgemeininteresses ... 239
d. Erhöhte Anforderungen an Stimmigkeit ... 240
e. Keine Gleichstellung nach Art. 5 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie ... 242
f. Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie ... 243
g. Zwischenergebnis ... 245
4. Zwischenergebnis ... 245
V. Zwischenergebnis ... 246

B. Primärrecht ... 246
I. Dienstleistungsfreiheit ... 246
1. Anwendbarkeit ... 246
a. Sekundärrechtliche Vorgaben ... 246
b. Keine unionsprimärrechtliche Bereichsausnahme ... 247
aa. Die ausgeschlossenen Bereiche des Art. 153 Abs. 5 AEUV ... 247
bb. Unionsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen ... 248
2. Anwendungsbereich ... 249
a. Schutzbereich ... 249
b. Adressatenstellung ... 251
aa. Unmittelbare Drittwirkung bei kollektiven Marktverhaltensregeln ... 251
bb. Verpflichtete ... 254
[1] Gewerkschaft und Arbeitgeberverband ... 254
[2] Betriebsrat und Unternehmen ... 255
cc. Kein Vorrang der Wettbewerbsregeln ... 256
dd. Zwischenergebnis ... 259
c. Zwischenergebnis ... 259

3. Tatbestand ... 259
   a. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot ... 259
   b. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ... 260
   c. Zwischenergebnis ... 261
4. Rechtfertigung ... 261
   a. Schutz der Arbeitnehmer ... 261
   b. Erhöhte Anforderungen an Stimmigkeit ... 262
   c. Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie ... 262
   d. Zwischenergebnis ... 262
5. Zwischenergebnis ... 262

II. Warenverkehrsfreiheit ... 263
1. Anwendbarkeit ... 263
2. Anwendungsbereich ... 263
   a. Schutzbereich ... 263
   b. Adressaten ... 264
      aa. Bisherige Rechtsprechung des EuGH ... 265
      bb. Kritik in der Literatur ... 266
      cc. Lösung und neue Rechtsprechung des EuGH ... 266
      dd. Zwischenergebnis ... 267
3. Tatbestand ... 268
   a. Mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkung ... 268
   b. Maßnahmen gleicher Wirkung ... 268
      aa. Einfuhrfreiheit ... 268
         [1] »Dassonville« ... 268
         [2] »Keck und Mithouard« ... 269
         [3] Marktzugangsregelung ... 271
         [4] Zu ungewisse und indirekte Wirkung? ... 271
         [5] Zwischenergebnis ... 272
      bb. Ausfuhrfreiheit ... 272
   c. Zwischenergebnis ... 274
4. Rechtfertigung ... 274
   a. Ausnahmen nach Art. 36 Satz 1 AEUV ... 274
   b. Zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse ... 275
5. Zwischenergebnis ... 275

III. Arbeitnehmerfreizügigkeit ... 275
1. Anwendbarkeit ... 275
2. Anwendungsbereich ... 276
   a. Schutzbereich ... 276
      aa. Sachlicher Schutzbereich ... 276
         [1] Arbeitnehmerbegriff ... 276
         [2] Grenzüberschreitender Sachverhalt ... 277
         [3] Zugang zum Aufnahmestaat ... 277

[a] Leiharbeitnehmer ... 278
[b] Sonstige Entsendefälle ... 278
[4] Zwischenergebnis ... 281
bb. Persönlicher Schutzbereich ... 281
b. Adressatenstellung ... 282
c. Zwischenergebnis ... 282
3. Tatbestand ... 283
a. Grundsatz der Inländergleichbehandlung ... 283
b. Beschränkungsverbot ... 283
4. Rechtfertigung ... 284
a. Schutz der (Leih-)Arbeitnehmer ... 284
b. Keine Perversion des Schutzgedankens der Arbeitnehmerfreizügigkeit ... 286
5. Zwischenergebnis ... 287
IV. Zwischenergebnis ... 287

C. Ergebnis ... 287

§ 6 Zusammenfassung und Ergebnisse ... 288

Literaturverzeichnis ... 293

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. 2008, C 115/47), zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11.7.2012 (ABl. 2012, L 204/131)
AuR	Arbeit und Recht
BAP	Bundesverband der Personaldienstleister e.V.
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BMW	Bayerische Motoren Werke
BZA	Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V.
Bzw.	Beziehungsweise
CEEP	Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen
Ch.	Chapter
CMLR	Common Market Law Review
Ders.	Derselbe
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EStG	Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I 2009, S. 3366, 3862), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. März 2013 (BGBl. I 2013, S. 556) geändert worden ist
Et. seq.	Et sequentes oder et sequentia
Ggü.	Gegenüber

GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (ABl. 2007, C 303/1)
GV. NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein Westfalen
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall
Jb.J.ZivRWiss.	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
KTV	Konzerntarifvertrag
MiArbG	Mindestarbeitsbedingungengesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 802-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. April 2009 (BGBl. I 2009, S. 818) geändert worden ist
NJWE-WettbR	NJW – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
öAÜG	(Österreichisches) Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG) sowie das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Gewerbeordnung 1973 geändert werden, BGBl. Nr. 196/1988
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. 2008, L 177/6, ber. ABl. 2009, L 309/87)
Sec.	Section
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (ABl. 2001, L 294/1), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EG) 1791/2006 vom 20. November 2006 (ABl. 2006, L 363/1)
SGB III	Das Dritte Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (Artikel 1 des Gesetzes vom 24. März 1997, BGBl. I 1997, S. 594, 595), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 13. März 2013 (BGBl. I 2012, S. 446) geändert worden ist
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

Stat.	Statute
U.a.	Unter anderem
U.S.C.	The Code of Laws of the United States of America
UNICE	Union der Industrie und Arbeitgeberverbände Europas
Unterabs.	Unterabsatz
Verb. Rs.	Verbundene Rechtsache
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (Text von Bedeutung für den EWR) (ABl. 2003, L 1/1), zuletzt geändert durch Anh. I ÄndVO (EG) 487/2009 vom 25. Mai 2009 (ABl. 2009, L 148/1)
WZ	Wirtschaftszeitraum
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Im Übrigen wird auf *Kirchner, Hildebert*: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage (2013) verwiesen.

§ 1 Privative Tariftreue als Gestaltungsinstrument

A. Begriff

Während »Tariftreue« im arbeitsrechtlichen Umfeld bekannt ist, stellt sich die Frage, wann Tariftreue als *privativ* bezeichnet werden kann, kennt man im rechtlichen Kontext bisher lediglich die privative (befreiende) Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB. Nach dem Duden wird das Adjektiv »privativ« als »das Fehlen, die Ausschließung von etwas kennzeichnend« definiert[1]. Es sind die Arbeitsbedingungen, denen Arbeitnehmer von privativer Tariftreue betroffener Arbeitgeber unterliegen, die ausgeschlossen bzw. verdrängt werden.

Der Verfasser versteht unter privativer Tariftreue:

> Tariftreueverlangen von Privatrechtssubjekten (Tariftreueveranlassern) durch in der Regel tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen mit in Dienst genommenen Arbeitgebern (Tariftreuegläubigern), die durch deren Marktmacht bei dritten Arbeitgebern (Tariftreueschuldnern) durchgesetzt oder durchzusetzen versucht werden.

Der Begriff der privativen Tariftreue wurde von *Rieble* geprägt und erstmalig beim 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch am 27. November 2009 genannt[2]. Mittlerweile hat er in die Kommentarliteratur Eingang gefunden[3]. Die Erscheinung als solche ist freilich älter, wie die aufzuzeigenden Praxisbeispiele belegen werden. Letztlich handelt es sich um eine Kunstbezeichnung, die neben der Verdrängungswirkung zugleich das »private« Element der Tariftreueforderung enthält.

Privative Tariftreue erinnert zivilrechtlich an den grundsätzlich[4] unzulässigen[5] Vertrag zulasten Dritter. Letztlich sollen Tariftreueschuldnern und ihren Arbeitnehmern Vertragsbedingungen aufgezwungen werden, welche sie unter Umständen nicht anstreben. Sie werden zwar nicht rechtlich verpflichtet, sodass die Figur des Vertrags zulasten Dritter ausscheidet[6].

---

1 Duden, »privativ«.

2 *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 27 ff.

3 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 450, § 1 TVG Rn. 181, 970, 972, § 2 TVG Rn. 79, § 9 TVG Rn. 125.

4 Zu den zulässigen mittelbaren Lastwirkungen: MünchKommBGB/*Gottwald*, § 328 BGB Rn. 256.

5 BGH 9.4.1970 – KZR 7/69 – NJW 1970, 2157; BGH 9.3.1972 – VII ZR 178/70 – NJW 1972, 942, 943; BGH 8.11.1973 – VII ZR 246/72 – NJW 1974, 96; BGH 14.7.1995 – V ZR 31/94 – NJW 1995, 3183, 3184.

6 BGH 29.6.2004 – VI ZR 211/03 – NJW 2004, 3326, 3327.

Die Belastung kann aber faktisch wirken, was die Frage aufwirft, ob privative Tariftreue rechtlich zulässig ist.

Anstoß dieser Arbeit war ein (unveröffentlichtes) Gutachten von *Rieble* und dem Verfasser zu einem punktuellen Fall privativer Tariftreue[7], wodurch erheblicher wissenschaftlicher Vertiefungsbedarf sichtbar wurde.

Die Arbeit soll privative Tariftreue von umliegenden »Gestaltungen« abgrenzen und sie umfassend rechtlich beurteilen.

B. Abgrenzung

Privative Tariftreue bezeichnet also Tariftreueverlangen von Privatrechtssubjekten durch in der Regel tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen mit in Dienst genommenen Arbeitgebern, die durch deren Marktmacht bei dritten Arbeitgebern durchgesetzt oder durchzusetzen versucht werden. Diese Abgrenzung bedarf näherer Beleuchtung anhand einiger Beispiele privativer Tariftreue.

I. Private Einwirkungssubjekte

Die Handelnden privater Tariftreueauferlegungsverlangen sind private Rechtssubjekte.

1. Gewerkschaften

Dabei sind es in aller Regel Gewerkschaften, die an Tarifgleichheit bei Subunternehmern interessiert sind, um »Schmutzkonkurrenz« im Unternehmen zu verhindern. Etwa wird der Arbeitgeber tarifvertraglich dazu gezwungen auf gleiche Bezahlung der Leiharbeitnehmer hinzuwirken oder die »Vergabe« des Auftrags an Leistungserbringer (Dienstleister und sonstige Leistungserbringer wie beispielsweise Warenlieferanten) oder -empfänger (Dienstleistungsempfänger und sonstige Leistungsempfänger) davon abhängig zu machen, dass die Arbeitnehmer im Betrieb des Leistungserbringers oder -empfängers tariflich oder doch zumindest vergleichbar bezahlt werden. Die Unterschrift unter den »Tariftreuetarifvertrag« wird gegebenenfalls erkämpft. Tariftreuetarifverträge treten gleichermaßen als Verbands- wie als Firmentarifverträge auf.

7 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif.

Eines der ältesten Firmentarif-Beispiele ist der »Zusatztarifvertrag über den Einsatz und die Vergütung von Leiharbeitnehmer« bei Airbus Deutschland vom 1. April 2003[8] (Airbus Zeitarbeits-Tarifvertrag), der in § 2 Abs. 1 besagt, dass Leiharbeitnehmer, »die mehr als drei Monate ununterbrochen in gleichbleibender Funktion bei Airbus bei Airbus Deutschland [sic] eingesetzt sind, [...] ab dem Beginn des 4. Einsatzmonats Anspruch ggü. ihrem Arbeitgeber auf die gleichen betriebsüblichen Arbeitsbedingungen einschließlich Vergütung [haben,] wie sie den bei Airbus Deutschland vertraglich beschäftigten vergleichbaren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen gewährt werden«. Nach § 2 Abs. 2 »wird« Airbus Deutschland zu diesem Zweck mit den Verleihern Vereinbarungen schließen, »wonach diese sich verpflichten, ihren bei Airbus Deutschland eingesetzten Leiharbeitnehmern [...] die bei Airbus Deutschland betriebsübliche Vergütung bzw. Leistungen ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zu gewähren«.

Daneben wird vom Firmentarifvertrag zwischen der Still GmbH, Hamburg und der IG Metall vom 13. Dezember 2007 (Still Zeitarbeits-Tarifvertrag) berichtet, der das Unternehmen dazu verpflichtet, nur noch mit Verleihern zusammenzuarbeiten, die die Leiharbeitnehmer während des Einsatzes ab dem ersten Einsatztag bei der Still GmbH nach Metalltarif entlohnen[9].

Ein jüngeres Beispiel für einen Verbandstarifvertrag ist der zwischen IG Metall und Arbeitgeberverband Stahl geschlossene Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern vom 30. September 2010[10] (Stahltarif Nordwestdeutschland), nach welchem die Arbeitgeber der Stahlindustrie in Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Bremen dazu verpflichtet sind, »darauf hinzuwirken, daß Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG während ihres Einsatzes im Betrieb des Mitgliedsunternehmens Anspruch auf Entgelt gegen ihren Vertragsarbeitgeber (Verleiher) mindestens in der Höhe haben, die sich bei Anwendung der für die Stahlindustrie jeweils gültigen Lohn- und Gehaltstabellen im Sinne des Vergleichsentgelts [nach § 2 Abs. 2] errechnen würde«.

Schließlich dürfen nach A. I. 1. und 2. der Schlichtungsschlussempfehlung zum Lufthansa Konzerntarifvertrag[11] (Lufthansa Schlichtungsschlussemp-

8 http://www.zeitarbeit.nrw.de/cweb/cgi-bin-noauth/cache/VAL_BLOB/3710/3710/1501/Airbus-Zusatztarifvertrag-Verguetung-AUeG-HdO3000407-1.pdf.

9 *Schoof*, Betriebsratspraxis, S. 147; *Berg*, JbArbR 46 (2009), 69, 85.

10 Dazu stahlnachrichten Nr. 6 vom 1.10.2010, http://www.igmetall-nrw.de/uploads/media/2010_09_30_stahlnachrichten_-_Ergebnis_01.pdf.

11 Ergebnis einer Moderation zur Geschäftsgrundlage zum KTV sowie einer Schlichtungsschlussempfehlung zum MTV und VTV im Tarifkonflikt zwischen der Deutschen Lufthansa AG (DLH), der Lufthansa Cargo AG (LCAG), der

fehlung) auf Flugzeugen, die mit Lufthansa-Schriftzug und/oder Logo oder von der Marke Lufthansa abgeleiteten Namen versehen sind, außerhalb der »Sitzplatzgrenze« und des »dynamischen Regionalbereichs« »nur Cockpitmitarbeiter beschäftigt werden, die unter die jeweils geltenden Tarifverträge für das Cockpitpersonal der Deutschen Lufthansa AG [...] fallen«. Lufthansa-Passagierflugzeuge dürfen mit ihrem Logo also von fremden Luftfahrtunternehmen nur dann bereedert werden, wenn für das Cockpitpersonal die Tarifbedingungen der Lufthansa AG eingehalten werden[12].

2. Betriebsräte

Die Einwirkung auf den Arbeitgeber kann aber auch von Seiten des Betriebsrats erfolgen.

So sieht Nr. 6 Abs. 2 der Gesamtbetriebsvereinbarung der Ford-Werke Aktiengesellschaft vom 17. Juli 2003 über den Einsatz von Leiharbeitnehmern in der Produktion[13] (Gesamtbetriebsvereinbarung Ford) vor, dass sich die Ford-Werke AG verpflichtet, »nur mit Verleihunternehmen zusammenzuarbeiten, die den zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA)[14] und den Mitgliedsgewerkschaften des DGB (unter Beteiligung der IG Metall) abgeschlossenen Tarifverträgen kraft Verbandszugehörigkeit unterliegen«.

Nach Nr. 5 der Betriebsvereinbarung Nr. 3/2004 »Temporärer Einsatz von Leiharbeitnehmern in Verbindung mit einer Business Mall« vom 29. März 2004 bei Opel[15] (Betriebsvereinbarung Opel) setzt die Einstellung von Leiharbeitnehmern bei Opel voraus, »dass der Verleiher z.B. kraft Tarifbindung verpflichtet ist, einen Tariflohn zu zahlen. Der Höhe nach wird der den Leiharbeitnehmern vom Verleiher zu zahlende Lohn einschließlich etwaiger Zulagen und Zuschläge sowie einschließlich einer anteiligen

---

Germanwings GmbH (GWI) und der Vereinigung Cockpit e.V. (VC) des Schlichters, Bundesminister a.D. Dr. Klaus von Dohnanyi, vom 23.6.2010, nicht veröffentlicht.

12 Siehe auch den Lufthansa Geschäftsbericht 2010, http://investor-relations.lufthansagroup.com/fileadmin/downloads/de/finanzberichte/geschaeftsberichte/LH-GB-2010-d.pdf, S. 123.

13 http://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/initiative/aktuelle-meldungen/2010/nach-protesten-am-standort-saarlouis-ford-uebernimmt-500-leiharbeitnehmer/betriebsvereinbarung-ueber-den-einsatz-von-leiharbeitnehmern-bei-ford.pdf.

14 Jetzt: Bundesverband der Personaldienstleister e.V. (BAP).

15 http://www.zeitarbeit.nrw.de/cweb/cgi-bin-noauth/cache/VAL_BLOB/3708/3708/1499/BV%20Opel%203_2004.pdf.

Berücksichtigung von Einmal- und Sonderzahlungen (wie z.B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld) einer Opel-Prämienlohngruppe entsprechen«.

Auch die BMW AG vereinbarte 2007 mit ihrem Gesamtbetriebsrat, dass der Konzern künftig nur noch mit Personaldienstleistern zusammenarbeiten wird, die sich bei der Entlohnung ihrer Beschäftigten bei BMW an den einschlägigen Tarifentgelten der Metall- und Elektroindustrie orientieren[16] (Gesamtbetriebsvereinbarung BMW).

3. Kombinationsformen

Die Betätigung von Gewerkschaft und Betriebsrat kann auch kombiniert auftreten.

Als Beispiel dienst zunächst der zwischen IG Metall und Verband der Saarhütten am 9. Dezember 2010 abgeschlossene Tarifvertrag über den Einsatz von Leiharbeit[17] (Stahltarif Saarland). Er schreibt für die Vergütung vor, dass die Leiharbeitnehmer dasselbe Entgelt erhalten wie ein neu eingestellter Stammarbeitnehmer; die Entgeltgleichstellung soll durch Betriebsvereinbarung sichergestellt werden; bei Nichteinigung entscheidet die tarifliche Schlichtungsstelle (§ 3 Abs. 2). Der Tarifvertrag enthält also nur eine Verpflichtung zum Tätigwerden von Arbeitgeber und Betriebsrat. Die eigentliche Gleichstellungsvereinbarung wird durch Betriebsvereinbarung herbeigeführt.

Anders Nr. 5.3 des Tarifvertrags Leih-/Zeitarbeit zwischen Südwestmetall und der IG Metall Baden-Württemberg vom 19. Mai 2012[18] (Metalltarif Baden-Württemberg), wonach mit der Arbeitnehmerüberlassung jeweils »nur solche Verleihunternehmen beauftragt [werden], die hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts die Regelungen des AÜG einhalten. Abweichende Regelungen im Sinne des § 9 Ziffer 2 AÜG sind dabei nur solche, die mit der Tarifgemeinschaft des DGB oder der IG Metall abgeschlossen wurden oder werden und einen Branchenzuschlag oder mindestens eine in der Höhe vergleichbare Vergütung enthalten«. Die Tariftreuregelung ist zwar zunächst rein tariflich ge-

16 Pressemitteilung Nr. 57/2007 vom 4.12.2007 der IG Metall Bayern, http://www.igmetall-bayern.de/nachrichten/ansicht/datum/2007/12/04/leiharbeit-wenn-dann-fairbrvereinbarung-fuer-die-leiharbeitnehmer-bei-bmw/; siehe auch die Tarifnachrichten für die Beschäftigten bei BMW vom Dezember 2007, http://www.igmetall-bayern.de/uploads/media/BMW_12_07Ansicht.pdf.

17 Dazu http://www.igmetall.de/cps/rde/xchg/SID-ED94F96E-7AE0D8D2/internet/style.xsl/tarifabschluss-fuer-die-saarlaendische-stahlindustrie-erzielt-6667.htm.

18 http://www.bw.igm.de/downloads/artikel/files//ARTID_52608_fSv4JK?name=TV_LeihZeit_19052012.pdf; der Metalltarif Baden-Württemberg wurde als Pilotschluss mittlerweile in der gesamten Metall- und Elektroindustrie übernommen, dazu: *Krause*, NZA 2012, 830.

regelt, doch enthält der Tarifvertrag gleichzeitig die »Befugnis« in freiwilligen Betriebsvereinbarungen die Höhe der Vergütung der Leiharbeitnehmer zu bestimmen, die in Verleihverträgen vereinbart werden (Nr. 3.1.1)[19].

Ferner wird von der dreiseitigen Vereinbarung (»die zugleich Tarifvertrag ist«) zwischen den Hüttenwerken Krupp Mannesmann GmbH, Betriebsrat und IG Metall vom 19. Dezember 2007 (Vereinbarung Krupp Mannesmann) berichtet, die eine weitgehende Gleichbehandlung der eingesetzten Leiharbeitnehmer mit den Stammbeschäftigten festlegt, indem sich das Unternehmen verpflichtet, in den Verträgen mit den Verleihfirmen sicherzustellen, dass die vereinbarten – den Stammbeschäftigten zustehenden – betrieblichen und tariflichen Leistungen an die Leiharbeitnehmer erbracht werden[20].

Der Stahltarif Nordwestdeutschland kennt in § 5 hingegen eine »Auffanglösung« auf betrieblicher Ebene: »Ist ein Mitgliedsunternehmen aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage, seine Verpflichtungen aus diesem Tarifvertrag zu erfüllen, werden die Tarifvertragsparteien gemeinsam mit den Betriebsparteien unmittelbar in Verhandlungen über eine Sonderregelung eintreten«.

4. Dritte

Privative Tariftreue muss nicht von Gewerkschaften und/oder Betriebsräten ausgehen. Prinzipiell steht sie jedem (Privat-)Rechtssubjekt zur Verfügung. Besonders sozialverantwortliche Unternehmen können beispielsweise Verträgen mit Leistungserbringern oder -empfängern zur Auflage machen, dass diese sich eine bestimmte Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer wiederum bei ihren Leistungserbringern oder -empfängern garantieren lassen und damit ihrer »sozialen Verantwortung« (*Corporate Social Responsibility*) gerecht werden[21]. Verstöße könnten mit Vertragsstrafen sanktioniert werden.

Fälle privativer Tariftreue außerhalb von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen dürften kaum praxisrelevant werden, soweit das Tariftreueauferlegungsverlangen nicht Ergebnis eines vorgelagerten (tariflichen oder betrieblichen) Tariftreueauferlegungsverlangens ist, das verlangt, auch an Subunternehmer weitergereicht zu werden.

5. Anders: Öffentlich-rechtliche Tariftreueverlangen

Neben privativer Tariftreue stehen Tariftreueverlangen kraft öffentlich-rechtlicher Verpflichtung. So sehen Landesvergabegesetze teilweise vor,

19 Dazu auch *Krause*, NZA 2012, 830, 836.
20 *Schoof*, Betriebsratspraxis, S. 147; *Berg*, JbArbR 46 (2009), 69, 85.
21 Zu diesbezüglichen Tarifschutzklauseln: *Löwisch/Rieble*, § 3 TVG Rn. 565.

dass Bau- oder Auftragsleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern diejenigen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die beim Auftraggeber gelten. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache »Rüffert« im Jahre 2008[22] zu § 3 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes[23] wurden zunächst alle damals geltenden Tariftreueregelungen ausgesetzt.

Seit kurzem erleben die Tariftreuegesetze eine Renaissance: Viele Bundesländer haben ihre Gesetze neu gefasst[24], um den europarechtlichen Anforderungen zu genügen. Sonderregelungen gelten zudem für den Verkehrssektor, für den die Personenverkehrsdienstverordnung[25] gilt und der aufgrund Art. 58 Abs. 1 AEUV nicht der Dienstleistungsfreiheit unterfallen soll[26]. Gesetzliche Tariftreueauferlegungsverlangen sind nicht Gegenstand privativer Tariftreue, da sie nicht von privaten Rechtssubjekten sondern vom Gesetzgeber veranlasst sind.

6. Transnational: International Framework Agreements

Transnational fungieren »International Framework Agreements« (Internationale Rahmenabkommen): Große Unternehmen aus Industriestaaten beweisen ihre *Corporate Social Responsibility*, indem sie sich nicht nur zu einem bestimmten unternehmerischen Verhalten verpflichten, sondern auch dazu, diese Verpflichtung an Leistungserbringer oder -empfänger weiterzureichen[27].

---

22 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989.

23 Niedersächsisches Landesvergabegesetz vom 2.9.2002, Nds. GVBl. Nr. 26/2002, S. 370.

24 Überblick staatlicher Tariftreueregelungen (Stand: Juli 2012) bei http://www.boeckler.de/pdf/wsi_ta_tariftreue_uebersicht.pdf; siehe auch *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 10 ff. und *Löwisch*, DB 2004, 814.

25 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. 2007, L 315/1.

26 Däubler/*Lakies*, Anhang 1 zu § 5 TVG Rn. 34; *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2134 f.; kritisch hinsichtlich der »Sonderbehandlung«: *Löwisch/Rieble*, § 5 TVG Rn. 276 ff.

27 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 17 mit Beispielen. Dazu: *Krebber*, EuZA 2008, 141 [Teil 1] und 315 [Teil 2]; *Thüsing*, RdA 2010, 78; *Dzida/Reinhard*, BB 2012, 2241. Zur AGB-Kontrolle bei der Weitergabe von Compliance-Richtlinien unten § 4 A. I. 3. b. bb. [1] [b], S. 167.

II. Indienstnahme privater Marktmacht

Privative Tariftreue setzt voraus, dass fremde Marktmacht in den Dienst der Tarifbedingungen gestellt wird, um die Tariftreueforderung bei den Leistungserbringern oder -empfängern des marktmächtigen Unternehmens durchzusetzen. Die reine Tariftreueforderung einer Person gegenüber einer anderen fällt nicht darunter, da es an der Dreipersonenkonstellation fehlt.

Insoweit ist privative Tariftreue mit öffentlich-rechtlichen Tariftreueverlangen im Rahmen der Auftragsvergabe vergleichbar. Auch dort geht es nicht um die Bezahlung der Arbeitnehmer des den Tariftreuegesetzen verpflichteten öffentlichen Auftraggebers. Vielmehr nimmt der Gesetzgeber die (Nachfrage-)Macht des öffentlichen Auftraggebers in seinen Dienst, um bei den Auftragnehmern bestimmte Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Bei privativer Tariftreue nehmen Privatrechtssubjekte die Marktmacht eines Unternehmens in ihren Dienst, um Tariftreue bei dessen Leistungserbringern oder -empfängern durchzusetzen.

Daher fällt unter privative Tariftreue auch nicht die Durchsetzung von Tariftreue bei abhängigen Unternehmen des Tariftreuegläubigers mittels konzernrechtlicher Leitungsmacht. In diesem Fall wird nicht die Marktmacht des Tariftreuegläubigers, sondern dessen gesellschaftsrechtliche Verbindung zum Tariftreueschuldner genutzt[28].

III. Tarifgleichheit und Wettbewerbsbeschränkung als Ziel

Privative Tariftreue hat Tariftreue zum Ziel. Tarifbedingungen, die für den Tariftreuegläubiger gelten, werden auf dritte Arbeitnehmer ausgedehnt für die der Tariftreueveranlasser keine oder nur mittelbare Regelungsbefugnisse besitzt.

Abzugrenzen ist dieses »Tarifgleichheitsziel« von sonstiger Beeinflussung unternehmerischen Handelns des Dritten, von denen nur einige Beispiele genannt werden sollen: So gab es schon in früheren Tarifepochen Regelungen über die Produktbeschaffenheit[29], die gleichzeitig mittelbar die auf dem Markt zu erhaltene Produktqualität bestimmten[30]. Später vereinbarte die Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft mit der Tarifgemeinschaft deutscher Länder, dass bei der Waldarbeit nur Motorsägen-Kettenöle mit dem Umweltzeichen »Blauer Engel« verwendet werden dür-

28 Zur Konzernleitungsmacht auf Seiten des Tariftreueveranlassers unten § 4 B. III. 1. a, S. 178.

29 Beispiele bei *Sinzheimer*, Arbeitsnormenvertrag, S. 40.

30 *Schmidt-Eriksen*, AuR 1991, 137, 139.

fen[31]. Ganz generell wirken Gewerkschaften auch schon immer bei Investitions- und Standortentscheidungen mit[32].

Dabei geht es aber jeweils nicht darum, Tarifbedingungen auszuweiten. Deswegen sind diese Beispiele auch nicht als privative Tariftreue einzustufen.

C. Systematik

Privative Tariftreue ist trotz Abgrenzung zu umliegenden Erscheinungen vieldimensional. Es kommen nicht nur unterschiedliche Einwirkungssubjekte und Handlungsformen in Betracht, sondern es unterscheiden sich auch die »Strenge« der Tariftreue und die konkreten Durchsetzungswege.

I. Einwirkungssubjekte und -objekte

Auf der Handlungsseite ist hauptsächlich zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat zu unterscheiden. Dritte Tariftreueveranlasser, also Unternehmen, spielen im Rahmen privativer Tariftreue nur eine untergeordnete Rolle[33].

Auf der Einwirkungsseite stehen Arbeitgeber, die Partei des Tarifvertrags, der Betriebsvereinbarung oder des Gütermarktvertrags mit dem tariftreueveranlassenden Unternehmen sind und Tariftreue von Tariftreueschuldnern verlangen sollen. Nichts anderes gilt für den Verbandstarifvertrag. Zwar ist der Arbeitgeberverband (und nicht der Tariftreuegläubiger) Partei des Tarifvertrags, jedoch gelten die Tarifvereinbarungen grundsätzlich für die Mitgliedsunternehmen. Den Arbeitgeberverband trifft außer etwaigen Einwirkungspflichten keine eigene Pflicht, Tariftreue von dritten Unternehmen zu verlangen. Durch die Zwischenschaltung des Arbeitgeberverbands und die damit verbundene mittelbare Tarifwirkung beim Tariftreuegläubiger stellen sich allerdings zusätzliche verbandsrechtliche Fragen[34].

II. Handlungsformen

Tariftreueauferlegungsverlangen gegenüber Tariftreuegläubigern können durch Vereinbarung durchgesetzt werden. Beispielsweise vereinbaren Arbeitgeberverband und Gewerkschaft Tariftreueauferlegungsverlangen in Verbandstarifverträgen. Ebenso wird dem Arbeitgeber im Firmentarifver-

31 *Kulka*, Diskussionsbeitrag zu Roth, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 41; zu weiteren »Umwelttarifverträgen« aus der Praxis: *Rieble*, ZTR 2000, 1, 3 ff.

32 Siehe etwa *Giesen*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 60.

33 Oben § 1 B. I. 4, S. 32.

34 Unten § 2 A. II. 2, S. 57.

trag aufgegeben, Tariftreue von seinen Zulieferern zu verlangen. Auch Betriebsvereinbarungen sind zweiseitige Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten. Das Gleiche gilt für privative Tariftreue in Gütermarktverträgen.

Privative Tariftreue kann prinzipiell auch durch einseitige Maßnahme seitens des Tariftreueveranlassers initiiert und durchgesetzt werden. Allerdings zielen einseitige Maßnahmen des Tariftreueveranlassers regelmäßig auf den Abschluss einer zweiseitigen Tariftreueauferlegungsvereinbarung. Die Gewerkschaft nutzt beispielsweise Arbeitskampfmaßnahmen, um das Tariftreueverlangen tarifvertraglich festzuschreiben. Auch der Betriebsrat kann den Arbeitgeber faktisch zur Betriebsvereinbarung drängen, indem er mitbestimmte Entscheidungen blockiert oder verzögert[35]. Der sozialverantwortliche Unternehmer, der ein Tariftreuenetz initiieren wollte, könnte Geschäftspartner, die sich der Teilnahme verweigern, boykottieren oder anderweitig am Markt benachteiligen.

III. Tariftreuestrenge

Die unterschiedlichen Tariftreueauferlegungsverlangen sind im Hinblick auf die geforderte Tariftreue unterschiedlich streng.

1. Abstufungen

So haben die Leiharbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 des Airbus Zeitarbeits-Tarifvertrags »ab dem Beginn des 4. Einsatzmonats Anspruch ggü. ihrem Arbeitgeber auf die gleichen betriebsüblichen Arbeitsbedingungen einschließlich Vergütung wie sie den bei Airbus Deutschland vertraglich beschäftigten vergleichbaren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen gewährt werden«. Der Airbus Zeitarbeits-Tarifvertrag zielt damit auf absolute Entgeltgleichstellung. Auch nach der Vereinbarung Krupp Mannesmann sollen den Leiharbeitnehmern die den Stammarbeitnehmern zustehenden betrieblichen und tariflichen Leistungen zustehen.

Etwas weniger streng im Hinblick auf die Entgeltgleichstellung ist der Stahltarif Nordwestdeutschland, der den Leiharbeitnehmern gegen ihren Arbeitgeber nur Anspruch auf ein Entgelt zuspricht, dass sich im Sinne eines Vergleichsentgelts errechnet. Das Vergleichsentgelt bemisst sich nach § 2 Abs. 2 »nach der Entgeltstufe der ausgeübten Tätigkeit (bei Fehlen einer Einarbeitungsstufe nach der um eine Stufe abgesenkten Entgeltgruppe) zzgl. etwaiger Zuschläge gem. § 7 MTV Stahl«.

Der Stahltarif Saarland schreibt für die Vergütung hingegen vor, »dass die Leiharbeitnehmer das gleiche arbeitsplatzabhängige Entgelt wie ein neu eingestellter Mitarbeiter auf dem jeweiligen Stammarbeitsplatz erhalten«

35 Unten § 2 B. IV, S. 80.

(§ 3 Abs. 2 Satz 1). Dies gilt nach § 3 Abs. 2 Satz 2 auch für die Dauer und Lage der Arbeitszeit. Ein abgemildertes Vergleichsentgelt wie in § 2 Abs. 2 des Stahltarifs Nordwestdeutschland kennt er nicht.

Nach der Lufthansa Schlichtungsschlussempfehlung dürfen nur solche Cockpitmitarbeiter beschäftigt werden, die unter die jeweils gültigen Tarifverträge fallen. Hier wird die Tarifgebundenheit des Fremdarbeitnehmers vorausgesetzt.

2. Abweichungen

Abweichungen sieht die Gesamtbetriebsvereinbarung Ford vor, nach dessen Nr. 6 Abs. 3 die Leiharbeitnehmer mit gewissen Abweichungen nach den zwischen BZA und den jeweiligen Mitgliedsgewerkschaften des DGB (unter Beteiligung der IG Metall) abgeschlossenen Tarifverträgen bezahlt werden sollen.

Ähnliches sieht auch der Metalltarif Baden-Württemberg vor, der zwar mit dem Verweis auf das Schlechterstellungsverbot des AÜG grundsätzlich strenge Tarifgleichheit verlangt, aber entsprechende Abweichungen nach § 9 Nr. 2 AÜG zulässt[36].

Auch in Nr. 5 der Betriebsvereinbarung Opel wird kein bestimmter Tarif gefordert, solange der Verleiher verpflichtet ist, irgendeinen Tariflohn zu zahlen. Das muss nicht kraft Tarifbindung sondern kann beispielsweise auch per Bezugnahmeklausel geschehen. Der Höhe nach muss der Lohn aber einschließlich Zulagen und Zuschlägen und der anteiligen Berücksichtigung von Einmal- und Sonderzahlungen einer Opel-Prämienlohngruppe entsprechen.

Der Still Zeitarbeits-Tarifvertrag verweist schlicht auf die Metalltarife. Nach der Gesamtbetriebsvereinbarung BMW müssen sich die Personaldienstleister hingegen nur an den einschlägigen Tarifentgelten der Metall- und Elektroindustrie »orientieren«. Der Maßstab ist hier unklar.

IV. Durchsetzungswege

1. Hinwirkungspflicht

Teilweise werden Hinwirkungspflichten vereinbart oder auferlegt.

a. Tariftreueverpflichtung

So heißt es in § 2 Abs. 2 des Airbus Zeitarbeits-Tarifvertrags: »[Zum Zweck der Entgeltgleichstellung nach Abs. 1] wird Airbus Deutschland mit den Verleihern Vereinbarungen schließen, wonach diese sich verpflichten,

36 Zur Interpretation des verlangten Tarifniveaus: *Krause*, NZA 2012, 830, 835.

ihren bei Airbus Deutschland eingesetzten Leiharbeitnehmern [...] die bei Airbus Deutschland betriebsübliche Vergütung bzw. Leistungen ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zu gewähren, so wie sie sich unter Berücksichtigung der persönlichen Qualifikation, den standortbezogenen Regelungen und tariflichen Besonderheiten bei Airbus Deutschland ergeben würden«. Airbus Deutschland muss also seine Verleiher in den Überlassungsverträgen oder in zusätzlichen Vereinbarungen dazu verpflichten, ihren bei Airbus Deutschland eingesetzten Leiharbeitnehmern die bei Airbus Deutschland betriebsübliche Vergütung zu gewähren.

Ähnlich Nr. 6 Abs. 3 Gesamtbetriebsvereinbarung Ford, wonach die »Ford-Werke AG [...] die Verleihunternehmen vertraglich verpflichten [wird], die zwischen dem BZA und den Mitgliedsgewerkschaften des DGB abgeschlossenen Tarifverträge [...] auf ihre Leiharbeitnehmer während ihres Einsatzes bei Ford anzuwenden«.

Offener gestaltet ist hingegen der Stahltarif Nordwestdeutschland, nach dem die tarifgebundenen Arbeitgeber auf eine Entgeltgleichstellung im Sinne des Vergleichsentgelts hinzuwirken haben. Ein Entgelt des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher soll nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Stahltarif Nordwestdeutschland aber ausdrücklich nicht begründet werden. Wie die Arbeitgeber jeweils auf die Verleiher einwirken sollen, wird jeweils nicht geregelt. Insbesondere ist keine konkrete Gestaltung der Überlassungsverträge vorgeschrieben[37].

Ähnlich dem Stahltarif Nordwestdeutschland scheint die Vereinbarung Krupp Mannesmann ausgestaltet, die das Unternehmen zur entsprechenden Vertragsgestaltung verpflichtet. Ein direkter Anspruch der Leiharbeitnehmer soll aber auch hier ausgeschlossen sein[38].

Insgesamt ähneln die Hinwirkungspflichten der Einwirkungspflicht der Tarifparteien zum Vollzug der Friedens- und Durchführungspflicht bei Verbandstariferträgen[39]. Allerdings stehen den Tariftreuegläubigern – anders als den Tarifparteien – keine Mittel der Verbandsmacht zur Disziplinierung der Tariftreueschuldner zur Verfügung, sie müssen auf ihre Marktmacht zurückgreifen, um Tariftreuschuldner zu dem gewünschten Verhalten zu bewegen[40].

37 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 12.
38 *Schoof*, Betriebsratspraxis, S. 147.
39 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 13 für den Stahltarif Nordwestdeutschland; eingehend zur Einwirkungspflicht: *Wallisch*, Einwirkungspflichten; zur Durchführungs- und Friedenspflicht unten § 2 A. II. 4. b. und c., S. 68.
40 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 14 für den Stahltarif Nordwestdeutschland.

b. Flankierend: Ausfallhaftung der Entleiher

Der Stahltarif Nordwestdeutschland unterfüttert seine Entgeltgleichstellung in § 3 Satz 1 mit einer Ausfallhaftung des Entleihers: »Macht der Leiharbeitnehmer anhand der Entgeltabrechnungen des Verleihers gegenüber dem Entleiher (Mitgliedsunternehmen) geltend, daß er kein Entgelt in Höhe des Vergleichsentgelts erhalten hat, ist das Mitgliedsunternehmen ihm gegenüber zum Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen dem arbeitsvertraglichen Entgeltanspruch des Leiharbeitnehmers und dem Vergleichsentgelt verpflichtet«. Gesetzlich haften Unternehmer hingegen nur nach § 14 AEntG wie selbstschuldnerische Bürgen auf das Nettoentgelt[41], falls Nachunternehmer oder vom Unternehmer oder Nachunternehmer beauftragte Verleiher ihren Arbeitnehmern nicht nach § 8 AEntG verpflichtende Mindestentgelte bezahlen[42].

Allerdings besteht diese »Schadensersatzpflicht« nach § 3 Satz 2 dann nicht, »wenn das Mitgliedsunternehmen nachweist, daß es den Verleiher vertraglich verpflichtet hat, dem Leiharbeitnehmer einen Entgeltanspruch gegen den Verleiher in Höhe des Vergleichsentgelts zu gewähren (Haftung für fehlerhafte Vertragsgestaltung mit dem Verleiher)«. Das ist parallel zur Sozialversicherungsabgabenhaftung des Baubestellers nach § 28e Abs. 3a ff. SGB IV für dort genannte Bauleistungen konstruiert und erinnert an einen Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter[43]. Allerdings fällt es schwer, in der Tariftreueauferlegungspflicht eine Schutzpflicht zugunsten der Arbeitnehmer des Verleihers zu sehen[44], da die Leiharbeitnehmer mit der Leistung des Schuldners, mithin der Befolgung des Stahltarifs Nordwestdeutschland, nicht ebenso in Berührung kommen wie die IG Metall; vielmehr wird die »Schutzpflicht« erst kreiert. Für eine echte Schadensersatzpflicht fehlt es hingegen an der Primärpflicht der Stahlunternehmen gegenüber den Leiharbeitnehmern[45]. Richtigerweise ist die

41 Zu den Einschränkungen des § 14 AEntG durch das BAG: *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 108.

42 Entsprechendes sieht Art. 12 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 21.3.2012 – KOM(2012) 131 final – http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0131:FIN:DE:PDF, in Ergänzung der Entsenderichtlinie für das Baugewerbe vor. Zur Steuerhaftung bei Bauleistungen nach § 48a Abs. 3 Satz 1 EStG: *Rieble/Lessner*, ZfA 2002, 29, 34 f.; siehe auch § 28e Abs. 2 SGB IV zur Mithaftung des Entleihers für Sozialversicherungsabgaben der Leiharbeitnehmer.

43 So die Qualifikation von *Karthaus*, AuR 2010, 494, 496.

44 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 76.

45 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 19.

Konstruktion daher als (echter) Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren[46].

2. Vergabevoraussetzung

In anderen Fällen setzt schon die Auftragsvergabe voraus, dass der Verleiher oder sonstige Subunternehmer in bestimmter Weise tarifgebunden sind.

So wird für die nach § 3 Stahltarif Saarland abzuschließende Betriebsvereinbarung »vorausgesetzt, dass die zum Einsatz kommenden Verleihunternehmen der Tarifbindung unter einem von der IG Metall bzw. mit Vollmacht der IG Metall abgeschlossenen Tarifvertrag für die Leiharbeit unterliegen [sic]. Verleihunternehmen, die eine solche Tarifbindung nicht nachweisen können, werden bei der Vergabe nicht berücksichtigt«.

Auch nach 5.3 Metalltarif Baden-Württemberg werden mit der Arbeitnehmerüberlassung »nur noch solche Unternehmen beauftragt, die hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts die Regelungen des AÜG einhalten. Abweichende Regelungen im Sinne von § 9 Ziffer 2 AÜG sind dabei nur solche, die mit der Tarifgemeinschaft des DGB oder der IG Metall abgeschlossen wurden oder werden und einen Branchenzuschlag, oder mindestens eine in der Höhe vergleichbare Vergütung enthalten«.

Nach der Betriebsvereinbarung Opel werden nur solche Verleiher berücksichtigt, die kraft Tarifbindung verpflichtet sind einen Tariflohn zu zahlen, der der entsprechenden »Prämienlohngruppe« bei Opel entspricht. Auch die Gesamtbetriebsvereinbarung BMW legt BMW auf, nur mit solchen Verleihern zusammenzuarbeiten, bei denen sich die Entlohnung an den einschlägigen Tarifen orientiert.

Auch nach dem Still Zeitarbeits-Tarifvertrag ist das Unternehmen dazu verpflichtet, nur noch mit Verleihern zusammenzuarbeiten, die die Leiharbeitnehmer während des Einsatzes ab dem ersten Einsatztag bei der Still GmbH nach Metalltarif entlohnen.

Etwas subtiler wirkte die Aktion »Sauber Waschen mit Tarif«[47], mit der die IG Metall auf Metallunternehmen einwirkte, nur solche Industriewäschereien zu beauftragen, die ihrerseits (mit der IG Metall) tarifgebunden waren oder deren Textiltarife befolgten. Sie verlieh »sozialen Betrieben«

46 Ebenso *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 76 f.; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 64; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 21: »Vertragsstrafe zugunsten Dritter«.

47 So der Titel der Kampagne: metallzeitung 4/2008, S. 2; Reportage auf S. 14 f.

sogenannte »Sozialtestate«[48], mit denen bescheinigt wurde, dass der Betrieb im Sinne der Vergabebedingungen des Sozialtestats sozialverträglich ist und die Textil-Servicepreise dieses Betriebs nicht zulasten der Beschäftigten gehen. Das erinnert an Auditierungsrechte, die sich Unternehmen gegenüber ihren Subunternehmern hinsichtlich vorgegebener Compliance-Richtlinien[49] vorbehalten[50].

3. Ungeregelte Verpflichtungen

Es gibt auch Beispiele, in denen nicht geregelt ist, wie die Tariftreue sichergestellt werden soll. Nach der Lufthansa Schlichtungsschlussempfehlung dürfen auf Lufthansa-Passagierflugzeugen (grundsätzlich) nur Cockpitmitarbeiter beschäftigt werden, die unter die jeweils gültigen Tarifverträge für das Cockpitpersonal der Lufthansa fallen. Weder steht die Fremdbereederung unter der »Vergabevoraussetzung« der Tarifbindung, noch enthält die Regelung eine konkrete Einwirkungspflicht auf die Vertragsgestaltung. Der Fremdbereederer wird lediglich »verpflichtet«, nur entsprechend tarifgebundene Cockpitmitarbeiter auf dem Flugzeug zu beschäftigen.

V. Zwischenergebnis

Letztlich zielen alle Beispiele auf das gleiche Ergebnis. Den Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner sollen gewisse Arbeitsbedingungen gewährt werden. Regelmäßig sollen dabei diejenigen Arbeitsbedingungen angewandt werden, die beim Tariftreuegläubiger gelten – gegebenenfalls in modifizierter Form.

D. Ziel

I. Überbietung geltender Arbeitsbedingungen

Mit privativer Tariftreue soll objektiv eine höhere Bezahlung der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner erreicht werden. Einmal, um Arbeitnehmer, die schlechten Arbeitsbedingungen unterliegen, zu schützen, aber auch, um die (Stamm-)Arbeitnehmer vor Konkurrenz durch Fremdvergabe im weitesten Sinne, zu schützen.

48 Dazu ausführlich *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 9 ff.
49 Dazu unten im Rahmen der AGB-Kontrolle § 4 A. I. 3. b. bb. [1] [b], S. 167.
50 Zur Auditierung von Compliance-Richtlinien: *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131, 134 f.

1. Bestehende Mindestlohnregelungen

Das deutsche Arbeitsrecht kennt bereits bestimmte Mechanismen, um Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen:

- Es gelten beispielsweise Sonderregelungen in der Pflegebranche, in der große Teile der Arbeitsverhältnisse strukturell nicht von Tarifverträgen erfasst sind, sondern den kirchlichen Regeln des »Dritten Weges« unterliegen[51]. Dort können nach § 11 Abs. 1 AEntG von einer nach § 12 AEntG errichteten Kommission vorgeschlagene Arbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung auf alle Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer erstreckt werden.
- Nach § 4 Abs. 3 MiArbG können vom Fachausschuss festgesetzte Mindestarbeitsentgelte als Rechtsverordnung erlassen werden. Das MiArbG dient nach der Gesetzesbegründung als Grundlage für Mindestarbeitsentgelte in Wirtschaftszweigen, in denen es entweder keine Tarifverträge gibt oder nur noch eine Minderheit von Arbeitnehmern tarifgebunden beschäftigt werden[52]. Vom MiArbG wurde bis heute kein Gebrauch gemacht.
- Faktische Mindestlöhne ergeben sich zudem aus der Lohnwucherrechtsprechung des BAG[53] sowie der »angemessenen Vergütung« für Auszubildende nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG[54], die nach der Rechtsprechung des BAG nicht weniger als 80 Prozent der branchenüblichen Vergütung für Auszubildende betragen darf[55].

Die genannten Mindestlohnregelungen führen jedoch nicht dazu, dass privative Tariftreue obsolet wird. Es handelt sich eben nur um *Mindest*lohnregelungen. Das örtliche Tarifniveau wird nicht erreicht, sodass die »Tarifkluft« durch Tariftreuevereinbarungen zu überwinden bleibt.

2. Reichweite möglicher Tariferstreckung

Daneben kennt das deutsche Recht Möglichkeiten, Tarifverträge, die nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG grundsätzlich nur zwischen den beiderseits Ta-

51 Dazu *Joussen*, ZESAR 2009, 355, 363 f.

52 Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 7.10.2008 (RegE MiArbG 2009), BT-Drucks. 16/10485, S. 8.

53 BAG 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837; BAG 18.4.2012 – 5 AZR 630/10 – DB 2012, 1879.

54 ErfKomm/*Schlachter*, § 2 AEntG Rn. 2; BeckOK-ArbR/*Gussen*, § 2 AEntG Rn. 5.

55 BAG 10.4.1991 – 5 AZR 226/90 – NZA 1991, 773; BAG 30.9.1998 – 5 AZR 690/97 – NZA 1999, 265; a.A. *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 183.

rifgebundenen gelten, auf nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erstrecken:

- Nach § 5 Abs. 1 TVG können Tarifverträge auf Antrag einer Tarifvertragspartei für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten scheint. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 5 Abs. 4 TVG).
- Daneben erlaubt § 7 Abs. 1 AEntG für die in § 4 AEntG genannten Branchen durch Rechtsverordnung festzulegen, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrags auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden, wenn ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien gestellt ist und die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint; auf das Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG wird verzichtet[56].
- Unter den Voraussetzungen der §§ 4 bis 6 AEntG sind die in einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder in einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG geregelten Arbeitsbedingungen allen im Geltungsbereich tätigen Arbeitnehmern zu gewähren (§§ 3, 8 Abs. 1 AEntG). Das bedeutet insbesondere eine Einschränkung auf die in § 4 AEntG genannten Branchen sowie die in § 5 AEntG genannten Arbeitsbedingungen. Nach § 8 Abs. 2 AEntG werden unter diesen Voraussetzungen auch speziellere (ungünstigere) Tarifverträge verdrängt. § 8 Abs. 3 AEntG erstreckt die Geltung weiter auf Leiharbeitnehmer, die in den Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags nach den §§ 4, 5 Nr. 1 bis 3 und § 6 AEntG oder einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG fallen[57]. Mit der Vorgängervorschrift (§ 1 Abs. 2a AEntG a.F.[58]) sollte verhindert werden, dass Arbeitgeber auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern ausweichen, um sich der Anwendung des AEntG im Bereich des Baunebengewerbes zu entziehen[59].

Jeweils wird allerdings nur die Tarifbindung ersetzt und durch das AEntG die Arbeitsbedingungen auch auf nach Deutschland entsandte Arbeitneh-

56 Zu den Voraussetzungen für den Erlass der Rechtsverordnung: *Joussen*, ZESAR 2009, 355, 360 f.

57 Noch unten § 5 A. IV. 2. d. bb [2] [b], S. 224.

58 Eingefügt durch Art. 6a Nr. 1 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. I 2002, S. 4607.

59 BAG 21.10.2009 – 5 AZR 951/08 – NZA 2010, 237, 238.

mer ausländischer Unternehmen erstreckt. Soweit Arbeitnehmer nicht in den Anwendungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags oder der Mindestlohnverordnung fallen, kommt eine Tariferstreckung nicht in Betracht und bleibt Raum für privative Tariftreue.

Darüber hinaus gewähren auch allgemeinverbindliche Tarifverträge im weitesten Sinne nur Mindestarbeitsbedingungen. Auch hier bleibt die »Tarifkluft«, die durch Tariftreuevereinbarungen überwunden werden soll[60].

3. Equal Pay

In der Zeitarbeit gilt neben der Tariferstreckung nach § 8 Abs. 3 AEntG der *Equal Pay*-Grundsatz. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 AÜG ist dem Verleiher die Überlassungserlaubnis oder deren Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt. Neben dieser gewerberechtlichen Komponente ist die Einhaltung des Schlechterstellungsverbots auch individualarbeitsrechtlich abgesichert: Nach § 9 Nr. 2 Halbsatz 1 AÜG sind Vereinbarungen unwirksam, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen. § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG verpflichtet schließlich den Verleiher, Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung *Equal Treatment* zu gewähren. Hiervon kann nur durch Tarifvertrag abgewichen werden, soweit eine nach § 3a AÜG erlassene Lohnuntergrenze nicht unterschritten wird (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 Halbsatz 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG). Letztere wurde erstmalig zum 1. Januar 2012 erlassen[61].

Allein durch die mögliche Tarifunterschreitung, die zu weit geringeren Entgelten als in den Einsatzbetrieben führt[62], bleibt Raum für privative Tariftreue.

4. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Schließlich zwingt auch der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Vergütung der Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners entsprechend den Arbeitnehmern des Tariftreuegläubigers.

60 *Klumpp*, NJW 2008, 3473 f.
61 Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 21.12.2011, BAnz. 2011, S. 4607.
62 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 29.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet zwar die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern[63], doch wirkt er nur arbeitgeberbezogen.

5. Konstitutive und deklaratorische privative Tariftreue

Da bestehende Mindestlohnregelungen und Tariferstreckungsmechanismen sowie der *Equal Pay*-Grundsatz in der Zeitarbeit und der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig nicht dazu führen, dass Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner entsprechend den Arbeitnehmern der Tariftreuegläubiger bezahlt werden, bleibt privative Tariftreue zur Lohnerhöhung auf Seite der Tariftreueschuldner in fast allen Fällen interessant. Dann kann von konstitutiver privativer Tariftreue gesprochen werden. Zeichnet privative Tariftreue hingegen nur ohnehin geltende Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner nach, ist die Tariftreueauferlegungsforderung des Tariftreueveranlassers letztlich deklaratorisch.

II. Kein zeitarbeitsspezifisches Problem

1. »Leiharbeit fair gestalten«

Privative Tariftreue ist insbesondere ein Phänomen der Zeitarbeit. Dies zeigen die zahlreichen Beispiele aus der Praxis. Sie ist aber nicht zeitarbeitsspezifisch, wie das Beispiel der textiltarifgebundenen Wäschereien zeigt. Prinzipiell kann jeder Subunternehmer oder Dienstleister als Tariftreueschuldner Opfer privativer Tariftreue sein.

Dennoch haben die Gewerkschaften gerade im Bereich der Zeitarbeit ein besonderes Interesse an Tarifgleichheit – zum Schutz der Leiharbeitnehmer, aber auch, um Arbeitsmarktkonkurrenten der Stammbelegschaft einen Wettbewerbsvorteil zu nehmen[64]. Ökonomisch spricht für die Leiharbeit neben der Flexibilität[65] die Kostenersparnis[66]: Den nicht organisierten Leiharbeitnehmern fehlt die Macht, Lohnsteigerungen durchzusetzen. An erkämpften Lohnsteigerungen der Stammbelegschaft nehmen sie zunächst nicht teil. Insgesamt verdienen Leiharbeitnehmer deutlich weniger

63 BAG 15.11.1994 – 5 AZR 682/93 – NJW 1995, 1309.

64 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 16; *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; vgl. *Wetzel*, metallzeitung 4/2008, S. 3 samt Kampagnenaufruf auf S. 11. Vgl. auch die Präambel des Stahltarif Saarland: »Gemeinsames Ziel der Tarifvertragsparteien ist es, die Arbeitsplätze der Stammbelegschaften zu sichern« und die Pressemitteilung zur Gesamtbetriebsvereinbarung BMW (Fn. 16): »Wir nehmen es nicht hin, dass Stammbelegschaften durch Leiharbeit verdrängt werden«.

65 Unten § 3 A. I. 4. a, S. 130.

66 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 12 f.

als Stammarbeitnehmer[67]. Dieser Kostenvorteil soll ausgeschaltet werden. Die IG Metall fordert etwa gleiches Geld für gleiche Arbeit als Teil ihrer Kampagne »Leiharbeit fair gestalten«[68].

2. Ausweichform: Industriedienstleistung

Allerdings können Arbeitgeber auch auf andere Formen des »Fremdeinkaufs« zurückgreifen. Gerade weil die Zeitarbeit (wieder[69]) streng reguliert ist und die Novellierung der Leiharbeitsrichtlinie[70] in vielen Punkten Rechtsunsicherheit gebracht hat[71], werden freie Industriedienstleistungen wieder attraktiver: Die Arbeit – beispielsweise das Regaleinräumen – wird per Werk- oder Dienstvertrag outgesourct. Kritiker sehen darin missbräuchliches Verhalten, da der Lohn gedrückt würde und nicht einmal Zeitarbeitstarifverträge gelten[72]. Das Auslagern kann freilich auch andere Gründe haben, etwa die Beauftragung Dritter für im Betrieb selten auszuführende Arbeiten oder die schlichte Effizienzsteigerung durch spezialisierte Dienstleister[73].

Es ist zu erwarten, dass auch diese Werk- und Dienstverträge von den Gewerkschaften aufgegriffen werden[74]. Schließlich schadet es der Lohngleichheit im Betrieb, wenn Arbeitnehmer von Subunternehmern unter

67 Zahlen: Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Zeitarbeit in Nordrhein-Westfalen. Strukturen, Einsatzstrategien, Entgelte (2008), http://www.soziale-innovation.de/ortogo3/projects/sinnovation/files/561/broschuere_za_nrw.pdf, S. 73 ff.; *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 14 mit weiteren Nachweisen; *Waltermann*, NZA 2010, 482 f.

68 Dazu: metallzeitung 4/2008; zu den weiteren Maßnahmen: *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 30 ff.; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 45 ff.

69 *Rieble*, in: Industriedienstleistung, S. 17.

70 Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. 2008, L 327/9.

71 Dazu *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474.

72 *Preis*, BB 2012 Nr. 27, Die erste Seite; *Klebe*, AiB 2012, 559; *Jakob*, AiB 2013, 81; siehe auch die kleinen Anfragen der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 17/6714 und BT-Drucks. 17/10226 und deren Entwurf eines Gesetzes zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen vom 19.2.2013, BT-Drucks. 17/12373 sowie den Entwurf der SPD-Fraktion vom selben Tag, BT-Drucks. 17/12378.

73 Dazu ausführlich *Rieble*, in: Industriedienstleistung, S. 18 f.; speziell für die in Kritik geratene Fleischwirtschaft: *Tuengerthal/Rothenhöfer*, BB 2013, 53.

74 Angedeutet auch von *Rieble*, in: Industriedienstleistung, S. 30 f.; siehe auch das Interview mit *Wetzel*, » Wir wollen das Lohndumping nicht weiter voranschreiten lassen«, Mitbestimmung 11/2011, http://www.boeckler.de/38295_38330.htm.

dem Stammarbeitnehmertarif bezahlt werden. In der Außendarstellung geben die Gewerkschaften vor, für mehr Rechte für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Werkverträgen zu streiten[75].

Ebenso wie in den oben genannten Tariftreuetarifverträgen (und natürlich auch -betriebsvereinbarungen) ein Hinwirken auf die Tariftreue beim Verleiher verlangt oder die Tariftreue zur Vergabevoraussetzung gemacht wird, lässt sich entsprechendes auch für sonstige Tariftreuschuldner vorschreiben.

3. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue ist ein Phänomen der Zeitarbeit, da dort die Gewerkschaften ein besonderes Interesse an Tarifgleichheit haben – zum Schutz der Leiharbeitnehmer, aber auch, um Arbeitsmarktkonkurrenten der Stammbelegschaft einen Wettbewerbsvorteil zu nehmen. Sie ist aber nicht zeitarbeitsspezifisch. Prinzipiell kann jeder Leistungserbringer oder -empfänger als Tariftreueschuldner Opfer privativer Tariftreue sein, um in dessen Betrieb vor »Fremdvergabe« der Arbeit im weitesten Sinne zu schützen.

E. Ergebnis

Privative Tariftreue ist eine Kunstbezeichnung für neuere Erscheinungen tariflicher Ausweitung und definiert Tariftreueverlangen von Privatrechtssubjekten durch in der Regel tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen mit in Dienst genommenen Arbeitgebern, die durch deren Marktmacht bei dritten Arbeitgebern durchgesetzt oder durchzusetzen versucht werden. Sie ist von umliegenden »Gestaltungen« abzugrenzen.

Alle Gestaltungsformen privativer Tariftreue zielen letztlich auf das gleiche Ergebnis: Den Arbeitnehmern der Tariftreueschuldner sollen gewisse Arbeitsbedingungen gewährt werden. Regelmäßig sollen dabei diejenigen Arbeitsbedingungen angewandt werden, die beim Tariftreuegläubiger gelten – gegebenenfalls in modifizierter Form.

Zwar ist privative Tariftreue ein Phänomen der Zeitarbeit, prinzipiell kann aber jeder Leistungserbringer oder -empfänger als Tariftreueschuldner Opfer privativer Tariftreue sein, um in dessen Betrieb vor »Fremdvergabe« der Arbeit im weitesten Sinne zu schützen.

---

75 IG Metall, Werkverträge: IG Metall geht gegen Dumpingmethoden vor. Offensiv gegen eine neue Dynamik von Lohndumping, 2.10.2012, http://www.igmetall.de/cps/rde/xchg/internet/style.xsl/werkvertraege-ig-metall-geht-gegen-dumpingmethoden-vor-10410.htm.

§ 2 Kollektivarbeitsrechtliche Regelbarkeit

Privative Tariftreue findet sich insbesondere in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen[76]. Vereinbarungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen stehen dabei im Verdacht, außerhalb der Möglichkeiten kollektivarbeitsrechtlicher Gestaltung zu liegen.

A. Tarifrecht

I. Normativer Tarifvertrag

Hinsichtlich tarifvertraglicher Gestaltung stellt sich die Frage, ob privative Tariftreue normativ regelbar ist. Dies hätte insbesondere die Nachwirkung der Regelungen nach § 4 Abs. 5 TVG zur Folge. Das dies angestrebt wird, zeigt sich beispielsweise an § 6 Stahltarif Nordwestdeutschland, der die Nachwirkung auf Leiharbeitnehmer begrenzt, deren Einsatz vor Ablauf des Tarifvertrags begonnen wurde[77].

1. Tariffähigkeit

Die Regelung durch normativen Tarifvertrag setzt zunächst voraus, dass die handelnden Tarifvertragsparteien tariffähig sind. Arbeitgeber sind nach § 2 Abs. 1 TVG immer tariffähig, damit sie sich nicht durch Nichteintritt bzw. Austritt aus einem Arbeitgeberverband dem Tarifvertragssystem entziehen können[78]. Verbände sind hingegen nur dann tariffähig, wenn sie Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sind. Es muss sich um einen frei gebildeten Zusammenschluss mehrerer Personen auf privatrechtlicher Grundlage handeln, der vom Wechsel der Mitglieder unabhängig und zu organisierter Willensbildung fähig ist[79], denn Art. 9 Abs. 3 GG schützt nach Sinn und Zweck nur solche frei gebildeten Vereinigungen, die nach ihrer Gesamtstruktur unabhängig sind, um die Interessen ihrer Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig vertreten zu können[80]. Dies setzt unter anderem die Gegnerunabhängigkeit voraus. Der soziale Gegenspieler darf weder von außen, etwa durch finanzielle Ausstattung, noch von innen, etwa durch Repräsentation in den Organen, erheblichen Einfluss auf die Ziele und Maßnahmen der Koalition haben[81].

76 Oben § 1 B. I, S. 28.
77 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 34.
78 ErfKomm/*Franzen*, § 2 TVG Rn. 20.
79 ErfKomm/*Franzen*, § 2 TVG Rn. 6.
80 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – NJW 1954, 1881, 1882.
81 *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG Rn. 69.

Darüber hinaus darf der soziale Gegenspieler nicht unter Zwang in den Dienst der Koalition genommen werden[82]. Dabei handelt es sich zwar um keine negative Koalitionsvoraussetzung (»Ob«), aber um eine immanente Grenze der Koalitionsbetätigung (»Wie«).

Bei privativer Tariftreue wird nur der marktstarke Tariftreuegläubiger in den Dienst der tariftreueveranlassenden Gewerkschaft genommen, doch kann Letztere von solcher Unterstützung durch den sozialen Gegenspieler abhängig werden und ihre Tariffähigkeit verlieren. Der Verlust der Tariffähigkeit wirkt indes nur relativ gegenüber dem Tariftreuegläubiger. Hinsichtlich des Tariftreueschuldners hat dies keine Bedeutung und steht privativer Tariftreue insoweit nicht entgegen.

2. Tarifmacht

Darüber hinaus müssen die Tarifparteien sachlich und persönlich zur Regelung entsprechender Tariftreueauferlegungsregelungen befugt sein, mithin muss privative Tariftreue von der Tarifmacht der Tarifvertragsparteien erfasst sein.

a. Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner

Nach § 1 Abs. 1 TVG können Inhalt, Abschluss und Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Individualnormen) sowie betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Fragen normativ geregelt werden.

aa. Individualnormen

Individualnormen können regeln, was Inhalt des Arbeitsvertrags ist (Inhaltsnormen)[83]. Gegenstand von Individualnormen kann ferner das »Ob« und »Wie« des Zustandekommens oder der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sein[84]. Zu den Inhaltsnormen zählen insbesondere die Arbeitsentgelte.

In persönlicher Hinsicht ist die Macht der Tarifvertragsparteien auf diejenigen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begrenzt, die die Tarifpartner repräsentieren[85]. Für die Regelung der Arbeitsentgelte der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner sind daher ausschließlich die Tarifvertragsparteien der Tariftreueschuldner berufen. Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner sind auch dann keine Arbeitnehmer des Tariftreuegläubigers, wenn sie im

82 Hierzu und zum Folgenden: *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG Rn. 78 f.
83 ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 41.
84 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 137.
85 *Herschel*, Tariffähigkeit und Tarifmacht, S. 57.

Zuge ihrer Arbeitsleistung mit ihm in Berührung treten[86]. Dies gilt auch und insbesondere für Leiharbeitnehmer, die in den Betrieb des Tariftreuegläubigers entsandt werden[87]. Zwar sieht das BAG in der Leistungsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer im Hinblick auf die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit ein »Arbeitsverhältnis«[88] und kann diese Leistungsbeziehung nach dem EuGH von einem Betriebsübergang nach § 613a BGB erfasst sein[89], doch ändert das nichts an der Tarifmacht; der für den Entleiher geltende Tarifvertrag kann keine Vergütungsfragen für die in seinen Betrieb entsandten Leiharbeitnehmer regeln[90]. Die Frage der Repräsentation der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner kann im Einzelfall freilich anders zu beantworten sein, namentlich wenn die Tarifvertragsparteien des Tariftreuegläubigers mit denen des Tariftreueschuldners übereinstimmen. Dann läge allerdings kein Fall privativer Tariftreue vor.

Neben der fehlenden Repräsentation der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner ist die angestrebte tariflich-normative Pflicht zur Gestaltung von Arbeitsverträgen, wie sie etwa der Airbus Zeitarbeits-Tarifvertrag und der Stahltarif Nordwestdeutschland vorsehen, mit dem System des TVG unvereinbar[91]. Den Tarifparteien steht nur der in § 4 Abs. 1 TVG vorgesehene Weg der unmittelbaren normativen Geltung zur Verfügung. Eine Verpflichtung zur Transformation besonderer Tarifinhalte in die einzelnen Arbeitsverhältnisse verlässt die Ebene des normativ wirkenden Tarifvertrags. Dadurch fände ein unumkehrbarer Wechsel der Rechtsquellen statt. Zudem begäben sich die Tarifvertragsparteien insoweit dauerhaft ihrer Regelungsbefugnis, weil sie die in die Arbeitsverträge transformierten Klauseln nicht mehr selbst abändern könnten.

Privative Tariftreue ist daher nicht durch Individualnormen regelbar.

bb. Betriebsnormen

§ 1 Abs. 1 TVG eröffnet darüber hinaus die Möglichkeit, betriebliche Fragen durch Rechtsnormen zu ordnen. Betriebsnormen regeln die Organisationsgewalt des Arbeitgebers im Betrieb[92] oder Fragen der Betriebsgestaltung, die sich auf die Betriebsmittel, auf die Mitarbeiter und auf die orga-

86 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 175.
87 A.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 83 ff.
88 BAG 15.3.2011 – 10 AZB 49/10 – NZA 2011, 653, 654.
89 EuGH 21.10.2010 – Rs. C-242/09 »Albron Catering« – Slg. 2010, I-10309; dazu *Forst*, RdA 2011, 228.
90 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 36.
91 Hierzu und zum Folgenden: BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 740; dazu auch *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 37.
92 BAG 23.2.1988 – 3 AZR 300/86 – NZA 1988, 614, 615.

nisatorische Zusammenfassung des Ganzen beziehen können[93]. Nach der Rechtsprechung des BAG muss es sich um Regelungen handeln, die im Individualvertrag zwar nicht im naturwissenschaftlichen Sinne unmöglich wären, aber wegen evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit ausscheiden, weil eine einheitliche Regelung auf betrieblicher Ebene unerlässlich ist[94].

Damit zielt das Gesetz auf Gegenstände, die über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausreichen und knüpft an den Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne an[95]. Betriebszugehörig in diesem Sinne sind diejenigen Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und innerhalb seiner Betriebsorganisation abhängige Arbeitsleistungen erbringen[96]. Der Betriebsbegriff ist allerdings nicht räumlich definiert, weswegen die in einem Betrieb eingegliederten Arbeitnehmer auch dann betriebszugehörig sind, wenn sie ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsorganisation ihres Vertragsarbeitgebers verrichten[97]. Das betrifft insbesondere Außendienstmitarbeiter[98], im hier interessanten Kontext aber auch die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen im Betrieb des Tariftreuegläubigers (Industriedienstleistungen[99])[100] oder die bloße Lieferung von Waren. Die Arbeitnehmer bleiben dem Betrieb des Tariftreueschuldners zugeordnet.

Auch Leiharbeitnehmer sind grundsätzlich Betriebszugehörige des Verleiherbetriebs, da sie in einem Arbeitsverhältnis zum Verleiher stehen, der mit ihrer Hilfe den arbeitstechnischen Zweck seines Betriebs verfolgt, namentlich die Verschaffung unselbstständiger Dienstleistungen in Form überlassener Arbeitnehmer[101]. Durch die Eingliederung in die Betriebsorganisation des Fremdbetriebs wird die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zum Verleiherbetrieb nicht aufgehoben, wie § 14 Abs. 1 AÜG klarstellt. Vielmehr misst der Gesetzgeber bei der bei einem Leiharbeits-

93 *Kempen*/Zachert, § 3 TVG Rn. 21 f.; Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 738; Wiedemann/*Oetker*, § 3 TVG Rn. 163; Däubler/*Reim/Nebe*, § 1 TVG Rn. 351; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 45.

94 BAG 17.6.1997 – 1 ABR 3/97 – NZA 1998, 213, 214; sehr kritisch *Giesen*, ZfA 2012, 143, 148 ff.

95 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 349.

96 BAG 18.1.1989 – 7 ABR 21/88 – NZA 1989, 724, 725; BAG 29.1.1992 – 7 ABR 27/91 – NZA 1992, 894, 896 f.; BAG 25.1.1992 – 7 ABR 7/92 – NZA 1993, 955, 956; BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119, 1120.

97 BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1264.

98 BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119, 1120.

99 Oben § 1 D. II. 2, S. 46.

100 Zur Frage der Einstellungsmitbestimmung nach § 99 BetrVG bei der »Umwandlung« des Arbeitsverhältnisses in ein solches mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 AÜG: *Ulber*, AÜG, § 14 Rn. 193.

101 BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1264.

verhältnis zwischen Verleiher und Entleiher eintretenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten der Vertragsarbeitgeberfunktion des Verleihers ein grundsätzlich größeres Gewicht bei, als der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers[102].

Weil die Betriebsnormen den Betrieb als arbeitsorganisatorische Einheit regeln[103], können Betriebsnormen auch Leiharbeitnehmer erfassen, soweit diese dem Betrieb arbeitsorganisatorisch angehören. Zwar bestimmt § 14 Abs. 1 AÜG, dass Leiharbeitnehmer aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht Angehörige des Verleiherbetriebs bleiben. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass Betriebsnormen im Entleiherbetrieb für Leiharbeiter überhaupt nicht gelten könnten. Gesetzliche Ausnahmen von der Verleiherzuständigkeit sind in § 14 Abs. 2 und 3 AÜG geregelt, bei denen das Gesetz dem sich aus der vorübergehenden Eingliederung in den Fremdbetrieb ergebenden Schutzbedürfnis ein höheres Gewicht zumisst als der Repräsentation durch den Heimatbetriebsrat[104]. Die Ausnahmen sind nicht abschließend[105]. Die das Leiharbeitsverhältnis kennzeichnende Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion zwischen dem Verleiher als Vertragsarbeitgeber und dem Entleiher, der die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse hinsichtlich der Arbeitsleistung ausübt, darf nicht die Schutzfunktion der Betriebsverfassung aushebeln[106]. Aus diesem Grund kommt ausnahmsweise auch eine betriebsverfassungsrechtliche Repräsentation der Leiharbeitnehmer durch den Entleiherbetriebsrat in Betracht[107]; dem trägt das BAG neuerdings auch dadurch Rechnung, dass Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb bei den Schwellenwerten nach § 9 BetrVG zu berücksichtigen sind[108].

Aus der Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion zwischen dem Verleiher als Vertragsarbeitgeber und dem Entleiher als Direktionsberechtigten folgt eine Aufspaltung auch der betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzen beider Betriebsräte[109] und damit auch der tariflichen Regelbarkeit[110].

---

102 BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – NZA 2000, 1119, 1120; BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1264.

103 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 352.

104 BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1265.

105 BAG 15.12.1992 – 1 ABR 38/92 – NZA 1993, 513, 514 f.; BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1265; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 43.

106 Däubler/Kittner/*Klebe*/Wedde, § 87 BetrVG Rn. 9; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 11.

107 BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1265.

108 BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11 – noch nicht veröffentlicht.

109 Unten § 2 B. I. 1, S. 73.

110 BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1265; ausführlich zur Betriebszugehörigkeit der Leiharbeitnehmer: *Franzen*, in: Industriedienstleis-

Das bedeutet, dass Leiharbeitnehmer den Betriebsnormen des Entleiherbetriebs unterworfen sind, solange sie dort arbeiten. Betriebsnormen des Entleiherbetriebs können etwa Arbeitsschutzvorschriften sein, die einer bestimmten Betriebsgefahr begegnen und für die gesamte Belegschaft gelten sollen[111]. Keine Frage der Betriebsgestaltung ist indes der Inhalt der Arbeitsverträge der Leiharbeitnehmer. Insbesondere das Arbeitsentgelt, aber auch die Dauer der persönlichen Arbeitszeit sind den Individualnormen vorbehalten[112].

cc. Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Ebenso wenig können betriebsverfassungsrechtliche Normen herangezogen werden, die sich allein mit der Rechtsstellung der Arbeitnehmer im Betrieb und ihren Organen[113], nicht aber mit den Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner befassen[114].

b. Verträge mit Zulieferern und Dienstleistern

Weil auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner nicht zugegriffen werden kann, setzt privative Tariftreue auf (faktische) Einwirkungspflichten, regelt also im Kern die Gütermarktbeziehung der Tariftreuegläubiger gegenüber ihren Leistungserbringern oder -empfängern[115].

Allerdings sind die Rechtsbeziehungen von Arbeitgebern mit anderen Unternehmen von vornherein normativ nicht regelbar. Das betrifft auch und insbesondere den Inhalt von Dienstleistungsverträgen mit Verleihunternehmen. Zwischen Entleiher und Verleiher besteht keine (individualarbeitsrechtliche) Beziehung, die tariflich regelbar wäre[116].

Freilich legen oben genannte Tariftreuetarifverträge[117] nicht unmittelbar Rechte und Pflichten zwischen Tariftreuegläubigern und Tariftreueschuldnern fest, sondern verpflichten Erstere nur einseitig zu einem be-

---

tung, S. 88; *Jüttner*, Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, S. 57 ff.

111 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 25.

112 Statt vieler: Kempen/*Zachert*, § 1 TVG Rn. 60.

113 BAG 23.2.1988 – 3 AZR 300/86 – NZA 1988, 614, 615; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 42; dazu auch *Giesen*, ZfA 2012, 143, 159 ff.

114 Zur tariflichen Erweiterung betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungsrechte unten § 2 B I. 2. c, S. 78.

115 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 43 für den Stahltarif Nordwestdeutschland.

116 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 22.

117 Oben § 1 B. I. 1, S. 28.

sonderen Marktverhalten. Mit dieser Erkenntnis ist indes nichts gewonnen, da eine einseitige Verpflichtung ohne Berechtigten von vornherein kein regelbares Rechtsverhältnis darstellt[118].

c. Zwischenergebnis

Damit fehlt den Tarifvertragsparteien der Tariftreuegläubiger hinsichtlich privativer Tariftreue jede Tarifmacht. Sie können weder direkt die Arbeitsverhältnisse zwischen Tariftreueschuldnern und ihren Arbeitnehmern regeln, noch auf die Gütermarktverträge zwischen Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner zugreifen.

3. Tarifzuständigkeit

Darüber hinaus müsste die Branche der Dienstleister oder Zulieferer der in Dienst genommenen Arbeitgeber von der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien erfasst sein[119]. Das gilt insbesondere auch soweit die Tarifvertragsparteien für Leiharbeitnehmer zuständig sein möchten, da die Zeitarbeit einen eigenen Wirtschaftszweig darstellt[120].

Beim Stahltarif Nordwestdeutschland war das mehrfach rechtlich kritisch[121]: Einmal bezog die Satzung der IG Metall (Organisationskatalog nach Anhang 2) zwar die Leiharbeitnehmer als Personen ein – aber nur für die Überlassungszeiten an einen Metallbetrieb. Das war bzw. ist unzulässig, da das Arbeitsverhältnis nicht vollständig erfasst wird[122]. Ferner nahm die Satzung »Verleihbetriebe, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betrieben, die vom Organisationskatalog der IG Metall erfasst werden«, auf. Dies ist allerdings sehr unbestimmt, da unklar ist, wann der zeitliche Tätigkeitsanteil der überlassenen Arbeitnehmer in Metallbetriebe in der Belegschaft des entsprechenden Verleihermischbetriebs »überwiegend« ist[123]. Auf der anderen Seite war in der Satzung des Arbeitgeberverbands Stahl von der Arbeitnehmerüberlassung überhaupt keine Rede, so dass diesem jede Tarifzuständigkeit für die Zeitarbeit fehlte und eine tarifliche Regelung ausschied.

---

118 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 45.

119 Ausführlich zur Tarifzuständigkeitssituation in der Zeitarbeit: *Rieble*, BB 2012, 2177 ff.

120 Klassifikation der Wirtschaftszweige. Ausgabe 2008 (WZ 2008), https://www.destatis.de/DE/Methoden/Klassifikationen/GueterWirtschaftklassifikationen/klassifikationenwz2008.pdf?__blob=publicationFile, S. 48: »78.2 Befristete Überlassung von Arbeitskräften«; BAG 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 – NZA 2004, 971, 973; *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 117; insofern kritisch *Franzen*, BB 2009, 1472, 1473 f.

121 Hierzu ausführlich *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 48 f.

122 *Giesen*, ZfA 2012, 143, 156; *Rieble*, BB 2012, 2177, 2179.

123 *Rieble*, in: Industriedienstleistung, S. 25 f.; *ders.*, BB 2012, 2177, 2180.

4. Tarifgebundenheit

Die normative Geltung von Individualnormen setzt nach § 4 Abs. 1 TVG schließlich die beiderseitige Tarifgebundenheit voraus. Tarifverträge gelten daher nach § 3 Abs. 1 TVG nur für solche Unternehmen, die am Tarifschluss selbst beteiligt oder Mitglied eines tarifschließenden Verbandes sind und nur für Arbeitnehmer, die Mitglied einer tarifschließenden Gewerkschaft sind. Bei Betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen genügt nach § 3 Abs. 2 TVG die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers.

Die fehlende Tarifgebundenheit wird bei privativer Tariftreue durch die faktische Einwirkung und den dadurch erzeugten Gefolgschaftszwang überwunden. Drittunternehmen sollen nicht autonom durch ihre Verbandsmitgliedschaft oder durch Arbeitskampfdruck von der Tarifgestaltung beim Tariftreuegläubiger überzeugt werden, sondern es soll ihnen mit Hilfe dessen Marktmacht der Fremdtarif im Sinne einer Quasi-Allgemeinverbindlichkeit aufgezwungen werden[124].

5. Tarifvertrag zugunsten Dritter

All dies schließt eine normative Regelung des Arbeitsentgelts der Leiharbeitnehmer noch nicht *per se* aus. So wie ein Individualarbeitsvertrag Dritten Rechte nach § 328 Abs. 1 BGB einräumen kann, ist dies auch tarifvertraglich möglich[125]. Dies bedeutet, dass sowohl Arbeitnehmern als auch Arbeitgebern Pflichten gegenüber Dritten auferlegt werden können. Da die Tarifmacht aber an das Arbeitsverhältnis anknüpft, muss die Rechtsbeziehung zum Dritten im unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen und sich die Leistung an den Dritten als Leistung *im* Arbeitsverhältnis begreifen lassen[126].

Deswegen ist es auch nicht möglich, Leiharbeitnehmern im Tarifvertrag des Entleihers (Aufstockungs- oder Schadensersatz-)Ansprüche zu gewähren[127]. Leiharbeitnehmer sind keine Arbeitnehmer des Entleihers, sondern solche des Verleihers. Für den Entleiher würde sich eine Pflicht gegenüber seinen Leiharbeitnehmern nicht als Leistung im Arbeitsverhältnis, sondern als Zusatzvergütung im Güter- und Dienstleistungsmarkt darstellen. Sie lässt sich nicht als Leistung im Interesse der Stammarbeitnehmer begreifen, die nur mittelbar dadurch begünstigt werden, dass ihren Arbeitsplatzkonkurrenten der Wettbewerbsvorteil genommen wird.

---

124 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 51.

125 BAG 13.11.1985 – 4 AZR 269/84 – NZA 1986, 437, 439; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 51.

126 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 199 f.; a.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 84 f., jedenfalls hinsichtlich Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb.

127 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 201.

Darüber hinaus sieht privative Tariftreue (z.B. beim Stahltarif Nordwestdeutschland) keine unmittelbare Leistungspflicht des in Dienst genommenen Arbeitgebers gegenüber den Fremdarbeitnehmern vor, sondern soll die Vertragspartner mittelbar verpflichten. Eine solche Drittbelastung ist mit dem Vertrag zugunsten Dritter nicht zu erklären[128].

6. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue kann tarifrechtlich nicht umgesetzt werden. Ein entsprechender Tarifvertrag steht außerhalb des Regelungssystems des TVG und kann keine normative Wirkung entfalten. Auch kommt keine Durchführungspflicht aus dem schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags in Betracht, die eine wirksame Tarifnorm voraussetzt[129].

II. Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung

Die fehlende normative Regelbarkeit privativer Tariftreue bedeutet allerdings nicht, dass der »Tarifschluss« wirkungslos ist. Er kann womöglich als schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung aufrechterhalten bleiben.

1. Umfassende Vereinbarungsmacht

Anders als die tarifliche Rechtsnormsetzungsbefugnis ist die schuldrechtliche Vereinbarungsmacht originär und aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich unbegrenzt (§ 311 Abs. 1 BGB); die Grenzen des § 1 Abs. 1 TVG müssen nicht beachtet werden[130].

Schuldrechtliche Vereinbarungen wirken allerdings aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse nur zwischen den Vertragspartnern und können Pflichten nur für diese begründen. Zugunsten der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner können Ansprüche durch echten Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB begründet werden[131], wie es etwa der Stahltarif Nordwestdeutschland mit seiner Ausfallhaftung zugunsten der Leiharbeitnehmer vorsieht[132].

---

128 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 54.

129 BeckOK-ArbR/*Waas*, § 1 TVG Rn. 72.

130 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1116; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 80; a.A. *Beuthien*, ZfA 1983, 141, 161; *Giesen*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 67 ff.; *ders.*, ZfA 2012, 143, 157; *ders.*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 68 f.; dazu auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 40 f. mit weiteren Nachweisen.

131 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 31.

132 Oben § 1 C. IV. 1. b, S. 39.

2. Erstreckung bei Verbandskoalitionsvereinbarungen

Arbeitgeber, die Partei einer Hauskoalitionsvereinbarung sind, können Verpflichtungen unmittelbar übernehmen. Problematisch ist die Verpflichtungsseite bei Verbandstarifverträgen (wie etwa dem Stahltarif Nordwestdeutschland), da die Tariftreuegläubiger die Koalitionsvereinbarung nicht selbst abschließen, sondern »über ihren Arbeitgeberverband« an die Koalitionsvereinbarung gebunden werden sollen. Vertragspartei der Verbandskoalitionsvereinbarung sind nur die beteiligten Verbände. Die Verpflichtung der Mitgliedsunternehmen könnte sich aber aufgrund wirksamer Vertretung durch den Arbeitgeberverband oder Verpflichtungsermächtigung ergeben[133]. Andererseits kann die Satzung eine mitgliedschaftliche Folgepflicht begründen und der Arbeitgeberverband im Rahmen seiner Verbandsmacht auf seine Mitgliedsunternehmen einwirken.

a. Vertretungslösung

aa. Vertretungsmacht bei Verbandskoalitionsvereinbarung

Soll die Zustimmung des Arbeitgeberverbands zur Koalitionsvereinbarung für und gegen die Mitgliedsunternehmen wirken, setzt die schuldrechtliche Vereinbarung in deren Namen Vertretungsmacht des Arbeitsgeberverbands voraus (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Vertretungsmacht auf Seite des Arbeitgeberverbands kann auf verschiedene Weise konstruiert werden:

- Einmal können ihn seine Mitgliedsunternehmen gemäß § 167 Abs. 1 BGB im Einzelfall dazu bevollmächtigen, für sie »Tariftreueauferlegungspflichten« gegenüber ihren Zulieferern und Dienstleistern zu vereinbaren. Die Vollmacht kann auch konkludent erteilt werden. Erstens gilt das tarifvertragliche Schriftformerfordernis des § 1 Abs. 2 TVG nur für normative bzw. tarifnormersetzende schuldrechtliche Regelungen[134]. Zweitens bedarf die Vollmachterklärung nach § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich[135] nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft bestimmt ist. Ein Ausnahmefall ist hier nicht ersichtlich.

  Es ist zwar nicht unüblich, dass Berufsverbände Vertragsinhalte »vorbestimmen«. Meist werden Vertragsbedingungen jedoch nur unver-

133 Ebenso *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 78 ff.; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 65 ff.; siehe auch *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1118 ff.; zur einsam gebliebenen Differenzierungstheorie: *Ramm*, Die Parteien des Tarifvertrags, S. 69 ff.

134 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1166 ff.

135 Zu den Ausnahmen der Formfreiheit: Staudinger/*Schilken*, § 167 BGB Rn. 20 ff.

bindlich zur Verfügung gestellt. Prominentes Beispiel sind etwa die Musterbedingungen des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.[136]. Solche Musterbestimmungen sind allerdings nicht bindend und eher mit dem »Richtlinienvertrag« vergleichbar, der »Ob« und »Wie« der Umsetzung den Arbeitsvertragsparteien überlässt[137].

Eine ausdrückliche oder konkludente Einzelbevollmächtigung des Arbeitgeberverbands für privative Tariftreueregelungen wird es hingegen selten geben, da die Mitgliedsunternehmen kein Interesse daran haben, in ihrer unternehmerischen Vertragsinhaltsfreiheit eingeschränkt zu werden. Ausgeschlossen ist es indes nicht, dass es sich eine besonders »soziale« Branche zur Aufgabe macht, ihre Arbeitsbedingungen auf ihre Zulieferer und Dienstleister zu erstrecken.

- Fehlt es an einer Ermächtigung im Einzelfall, kann sich die Vertretungsbefugnis auch aus der Verbandssatzung ergeben. Beispielsweise könnte darin geregelt werden, dass der Verband generell dazu ermächtigt wird, Tariftreueauferlegungspflichten schuldrechtlich zu vereinbaren und seine Mitgliedsunternehmen zu entsprechenden Maßnahmen zu verpflichten. Das ist vergleichbar mit Rechten der Arbeitnehmer aus der Koalitionssatzung des Arbeitgeberverbands, etwa dass die in einer Koalitionsvereinbarung mit der Gewerkschaft vereinbarten Bedingungen gegenüber ihren Arbeitgebern eingefordert werden können[138] – bloß soll hier erst die Vereinbarungsbefugnis geschaffen werden.

  Explizite Regelungen wird man auch hier selten finden. Möchte man solche Befugnisse bzw. Verpflichtungen aus der Vereinssatzung »herauslesen« ist Vorsicht geboten: Da Satzungen normähnlich sind, müssen sie aus sich heraus und einheitlich ausgelegt werden; es kommt nicht auf den wirklichen Willen des Satzungsgebers an – entscheidend ist der objektivierte Wille[139]. Zu berücksichtigen ist nur das, was sich aus Wortlaut, Sinn und Zweck, Entstehungszeit sowie aus dem Zusammenhang der einzelnen Regelungen ergibt[140]. Allerdings

136 Abrufbar unter http://www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/.
137 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 781 ff.
138 Dazu *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1138.
139 BAG 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – NZA 2000, 949, 952; Kempen/Zachert/*Wendeling-Schröder*, § 2 TVG Rn. 158; kritisch *Feudner*, BB 2004, 2297, 2299 ff.
140 BAG 12.12.1995 – 1 ABR 27/95 – NZA 1996, 1042, 1044.

können die tatsächliche Handhabung und die Anschauungen der beteiligten Berufskreise bei der Auslegung Berücksichtigung finden[141].

- Einzelermächtigung und Satzungsbefugnis könnten ferner dergestalt kombiniert sein, dass das Mitglied durch die Satzung dazu verpflichtet wird, den Verband für diesbezügliche Regelungen zu bevollmächtigen. Allerdings gilt auch hierfür die objektive Satzungsauslegung.
- Nicht herangezogen werden kann hingegen die Regelungsermächtigung des § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG[142]. Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 TVG gilt sie nur für normative Regelungen im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG. Auch eine analoge Anwendung scheitert an der ausdrücklichen Aufzählung der normativ regelbaren Inhalte[143].

bb. (Konkludente) Genehmigung durch faktische Befolgung

Besteht keine generelle Vertretungsmacht und ist der Arbeitgeberverband auch nicht im Einzelfall bevollmächtigt, hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Tariftreuegläubiger gemäß § 177 Abs. 1 BGB von dessen Genehmigung ab. Diese kann entweder ausdrücklich oder konkludent[144] erfolgen. Erfolgt sie konkludent, so setzt dies voraus, dass das schlüssige Verhalten für eine der in § 182 Abs. 1 BGB genannten möglichen Erklärungsadressaten erkennbar geworden ist[145]. Das ist nicht unproblematisch, da der »eine« und der »andere« Teil im Sinne des § 182 Abs. 1 BGB Arbeitgeberverband und Gewerkschaft sind, denen eine faktische Befolgung durch die Mitgliedsunternehmen normalerweise nicht erkennbar wird. Jede Bestätigung bzw. Zurückweisung von Seiten der Arbeitgeber – sei es auf explizite Nachfrage oder aus eigenem Antrieb – führt hingegen zu einer *ausdrücklichen* Genehmigung bzw. Ablehnung.

Darüber hinaus setzt eine Genehmigung schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte durch konkludentes Handeln nach ständiger Rechtsprechung

141 BAG 29.6.2004 – 1 ABR 14/03 – NZA 2004, 1238, 1238; BAG 14.12.1999 – 1 ABR 74/98 – NZA 2000, 949, 952. Eine andere Frage ist, inwieweit die Satzung durch schlüssiges Verhalten der Mitglieder geändert werden kann, dazu BeckOK-BGB/*Schöpflin*, § 54 BGB Rn. 49 mit weiteren Nachweisen.

142 So der Vorschlag von *Plander*, PersR 2002, 292, 296.

143 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1137.

144 BGH 20.10.1952 – IV ZR 44/52 – NJW 1953, 58; BGH 27.11.1953 – V ZR 82/52 – NJW 1954, 145; BGH 16.11.1987 – II ZR 92/87 – NJW 1988, 1199, 1200; BGH 12.3.2003 – XII ZR 18/00 – NJW 2003, 2158, 2160; BGH 20.4.2004 – XI ZR 164/03 – NJW 2004, 2745, 2747; BGH 14.6.2004 – II ZR 393/02 – NJW 2004, 2736, 2738; BGH 23.6.2005 – VII ZR 144/03 – NJOZ 2005, 3918, 3919 f.; BGH 10.5.2006 – II ZR 209/04 – NJW-RR 2006, 1414; BGH 16.12.2009 – XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861, Rn. 18 ff.

145 MünchKommBGB/*Bayreuther*, § 182 BGB Rn. 10.

des BGH[146] und wohl überwiegender Auffassung im Schrifttum[147] voraus, dass aus der maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seiner Erklärung oder in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen[148]. Dass jedes kleine oder mittelständische Unternehmen weiß, dass die Regelung für ihn unverbindlich ist, darf bezweifelt werden. Auch rechnen Arbeitgeber nicht damit, dass der Verband, der seine Interessen vertritt, zu seinen Lasten unwirksame Vereinbarungen trifft. Schließlich wird der aufgeklärte Tariftreuegläubiger die Vereinbarung nur aufgrund sozialen Drucks befolgen und nicht, um der Vereinbarung zur Wirksamkeit zu verhelfen.

cc. Stellvertretungsrechtliche Folgen

Ist der Arbeitgeberverband zur Vertretung ermächtigt, bestehen aus stellvertretungsrechtlicher Sicht keine Bedenken, die Mitgliedsunternehmen zu privativer Tariftreue zu verpflichten. Da in aller Regel Ermächtigungen im Einzelfall fehlen und die Satzungen der Arbeitgeberverbände eine (ausdrückliche) Befugnis zur Vereinbarung privativer Tariftreue nicht enthalten, hängt die Wirksamkeit der Vereinbarung von der (konkludenten) Genehmigung der Mitgliedsunternehmen ab.

Scheitert die Genehmigung wird das nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksame Geschäft endgültig unwirksam. Dies führt zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 Abs. 1 und 2 BGB und zwar gemäß § 328 BGB auch gegenüber den Arbeitnehmern der Tariftreueschuldner, falls es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt[149]. Freilich haftet der Arbeitgeberverband als Vertreter nicht, wenn

146 BGH 22.3.2003 – IV ZR 398/02 – NJW 2004, 59, 61; BGH 20.4.2004 – XI ZR 164/03 – NJW 2004, 2745, 2747; BGH 14.6.2004 – II ZR 393/02 – NJW 2004, 2736, 2738; BGH 27.9.2005 – XI ZR 79/04 – BKR 2005, 501, 503; BGH 16.12.2009 – XII ZR 146/07 – NJW 2010, 861, Rn. 25.

147 Soergel/*Leptien*, § 182 BGB Rn. 8; Staudinger/*Gursky*, § 182 BGB Rn. 10; Palandt/*Ellenberger*, § 182 BGB Rn. 3.

148 A.A. Erman/*Palm*, § 182 BGB Rn. 5, der dieser Lösung entgegenhält, dass das Erklärungsbewusstsein nach der neueren Rechtsprechung des BGH kein konstitutiver Bestandteil einer Willenserklärung mehr ist; anders MünchKommBGB/*Bayreuther*, § 182 BGB Rn. 12, der aufgrund des Verbots des *venire contra factum proprium* plädiert, dass die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Unwirksamkeit des Geschäfts durch den Berechtigten keine Voraussetzung für die Annahme einer schlüssigen Genehmigung ist.

149 OLG Hamm 26.5.1987 – 9 U 331/86 – NJW-RR 1987, 1109, 1110; Staudinger/*Schilken*, § 179 BGB Rn. 14; Palandt/*Ellenberger* § 179 BGB Rn. 5; BeckOK-BGB/*Valenthin*, § 179 BGB Rn. 20.

der andere Teil – die Gewerkschaft – den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste (§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB). Anders als der Tariftreuegläubiger[150] muss der Gewerkschaft als professioneller Tarifsetzungspartei die Reichweite der Handlungsmöglichkeiten ihrer Gegenseite bewusst sein. Dass Ermächtigungen einzelner Mitgliedsunternehmen nicht bestehen, wenn die Gewerkschaft die Tarifforderung stellt, muss für sie ersichtlich sein. Auch kennt sie die Satzung der Gegenseite genau, denn jede Gewerkschaft befasst sich ausführlich mit der Frage, welcher Arbeitgeberverband ihr jeweils zuständiger Tarifpartner ist. Darüber hinaus setzt die Haftung aus § 179 BGB voraus, dass das Rechtsgeschäft nur infolge der fehlenden Vertretungsmacht unwirksam ist[151]. Bestehen andere (weitere) Unwirksamkeitsgründe (dazu noch im Folgenden), scheidet eine Haftung nach § 179 BGB aus.

b. Verpflichtungsermächtigung

Als weitere Grundlage, schuldrechtliche Pflichten der einzelnen Arbeitgeber zu regeln, käme die Figur der Verpflichtungsermächtigung in entsprechender Anwendung des § 185 BGB in Betracht. Sie wird von der überwiegenden Ansicht in der Literatur abgelehnt, da sie die Grenze zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung verwischen würde; sie soll indes zulässig sein, wenn die Verpflichtungsermächtigung offen gelegt wird, da dem Gläubiger dann kein unbekannter Schuldner aufgedrängt würde[152]. Letzteres ist erfüllt, wenn die Tarifvertragsparteien bei Abschluss der Verbandskoalitionsvereinbarung zu erkennen geben, dass sie in den Einzelarbeitsverhältnissen schuldrechtliche Pflichten begründen möchten[153].

Neben der grundsätzlichen Anerkennung setzt die Verpflichtungsermächtigung voraus, dass sich die Mitgliedsunternehmen bei Eintritt in den Verband den vom Arbeitgeberverband geschlossenen schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen unterwerfen. Teilweise wird ganz generell im Verbandsbeitritt eine Verpflichtungsermächtigung gesehen[154] und auf § 2 Abs. 4 TVG hingewiesen, der die Verpflichtungsermächtigung für einen

150 Oben § 2 A. II. 2. a. bb, S. 59.

151 RG 16.12.1922 – V 21/22 – RGZ 106, 68, 71; RG 25.6.1934 – VI 120/34 – RGZ 145, 40, 43; Soergel/*Leptien*, § 179 BGB Rn. 6; Erman/*Palm*, § 179 BGB Rn. 6; Staudinger/*Schilken*, § 179 BGB Rn. 9; MünchKommBGB/*Schramm*, § 179 BGB Rn. 22; BeckOK-BGB/*Valenthin*, § 179 BGB Rn. 10.

152 Staudinger/*Jagmann*, Vor §§ 328 ff. BGB Rn. 50 mit Nachweisen.

153 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 80 f.; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 67.

154 *Bettermann*, JZ 1951, 321, 325; zustimmend: *Nikisch*, Arbeitsrecht II, S. 328 mit weiteren Nachweisen; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 634.

Sonderfall anerkenne[155]. Doch wird in diesem Zusammenhang meist von der Durchführung der Tarifnormen und der Wahrung des Arbeitsfriedens gesprochen[156]. Dass die Verpflichtung auf schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen ganz generell vom Verbandseintritt gedeckt sein soll, weil der Verbandszweck gerade darin bestünde, die arbeitsvertraglichen Verhältnisse bei den Mitgliedsunternehmen zu ordnen und die Tarifvertragsparteien nicht auf den Normenkatalog des § 1 Abs. 1 TVG beschränkt sind[157], ist zu verneinen. Die Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbands werden es regelmäßig gerade nicht wünschen, außerhalb des normativ Regelbaren verpflichtet zu werden, gerade weil dann die kartellrechtliche Verantwortlichkeit droht[158]. Eine offene Verpflichtungsermächtigung kann freilich im Einzelfall zur unmittelbaren Geltung des schuldrechtlich Vereinbarten führen.

c. Verbandsgewalt

aa. Verbandszweck

Unmittelbar verpflichtet wird durch die Koalitionsvereinbarung daher regelmäßig nur der Arbeitgeberverband selbst. Er kann sich nur dazu verpflichten, auf seine Mitglieder dergestalt einzuwirken, dass diese die Vereinbarung umsetzen[159]. Inwieweit die Mitgliedsunternehmen dazu verpflichtet sind, schuldrechtliche Vereinbarungen durch den Arbeitgeberverband umzusetzen, ergibt sich wiederum aus der Satzung des Arbeitgeberverbands und insbesondere dem Verbandszweck, denn die Vereinsgewalt ist von vornherein durch das Vereinsrecht des BGB und die Satzung (§ 25 BGB) beschränkt[160].

So verbietet beispielsweise die Satzung des Arbeitgeberverbands Stahl (relevant geworden beim Stahltarif Nordwestdeutschland) jegliche Einflussnahme des Verbands auf die Geschäftstätigkeit seiner Mitgliedsunternehmen. § 2 Abs. 2 der Satzung lautet: »Eine Einflußnahme des Verbandes auf die Geschäftstätigkeit seiner Mitglieder ist ausgeschlossen; ebenso entfällt jede parteipolitische Tätigkeit des Verbandes«. Dies umfasst das gesamte Gütermarktverhalten der Mitgliedsunternehmen und soll den Arbeitgeberverband gerade vor kartellrechtlicher Verantwortung schüt-

155 *Bettermann*, JZ 1951, 321, 325; a.A. *Herschel*, JZ 1952, 26.
156 *Nikisch*, Arbeitsrecht II, S. 328.
157 So *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 82; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 68.
158 Unten § 3 A. I. 1 b. cc. [3], S. 91.
159 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1122.
160 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 637; MünchHdbArbR/*Rieble/Klumpp*, § 190 Rn. 26, § 188 Rn. 9; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1231.

zen[161]. Den Mitgliedsunternehmen kann weder aufgegeben werden, welche Produkte sie zu welchen Bedingungen zu kaufen oder zu verkaufen haben, noch wie sie ihre Verträge mit Dienstleistern auszugestalten haben. Dies schließt auch privative Tariftreue aus.

Deckt der Verbandszweck die Vereinbarung nicht, kann der Verband seine Mitglieder auch nicht mit Mitteln der Verbandsmacht zur Umsetzung drängen. Das macht die Koalitionsvereinbarung zwar nicht unwirksam (§ 311a Abs. 1 BGB), der Gewerkschaft kann aber der Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB entgegengehalten werden[162]. Zur Satzungsänderung kann sich der Vorstand des Arbeitsgeberverbands nicht verpflichten, da über Satzungsänderungen gemäß § 33 BGB ausschließlich die Mitgliederversammlung entscheidet[163]. Die Gewerkschaft – und gegebenenfalls nach § 328 BGB drittbegünstigte Arbeitnehmer – können Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a Abs. 2 BGB verlangen. Der Arbeitgeberverband hätte die Unmöglichkeit der Leistung auch zu vertreten, da er bewusst eine rechtlich nicht durchsetzbare Vereinbarung trifft. Die Schadensersatzpflicht scheitert freilich, soweit die Vereinbarung schon aus anderen Gründen unwirksam ist (dazu noch im Folgenden).

Soweit Tariftreuegläubiger Tariftreue freiwillig zur Vertragsbedingung machen, können sich Zulieferer und Dienstleister hingegen aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse nicht auf die Unwirksamkeit der Koalitionsvereinbarung berufen. Sie können zunächst nur zustimmen oder den Vertragsschluss ablehnen.

bb. Verleiten zum Satzungsbruch

Zu bedenken sind weitreichendere Folgen: Parallel zur zivilrechtlichen Verleitung zum Vertragsbruch, ließe sich eine Haftung der Gewerkschaft wegen Verleitung zum Satzungsbruch herleiten[164]. Das führt zu Schadensersatzansprüchen nach § 826 BGB sowie flankierenden Abwehransprüchen nach § 1004 BGB. Sittenwidrige Vereinbarungen wären zudem nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig[165].

161 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 61.

162 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1233; dies antizipierten auch die Tarifpartner des Stahltarifs Nordwestdeutschland mit ihrer Auffanglösung auf betrieblicher Ebene, oben § 1 B. I. 3, S. 31.

163 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 65.

164 Hierzu ausführlich *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 66 ff.

165 Zum Verhältnis von § 138 BGB und § 826 BGB: BGH 9.12.1969 – VI ZR 50/68 – NJW 1970, 657, 658; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 186 mit weiteren Nachweisen.

Da Verträge nur *inter partes* wirken und Dritte auch nicht verpflichten können, Beeinträchtigungen der Fähigkeit der Vertragserfüllung zu unterlassen, stellt die bloße Beteiligung an fremdem Vertragsbruch noch kein Delikt dar[166]. Zusätzlich zur stets erforderlichen positiven Kenntnis des Dritten von der Existenz der vertraglichen Bindung, verlangt die Rechtsprechung besondere Umstände, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen, weil in dem Eindringen des Dritten in die Beziehungen der Vertragspartner ein besonderes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Betroffenen – ein Mangel an »Loyalität« im Rechtsverkehr – hervortritt[167]. Im Zusammenhang mit der Beteiligung an fremdem Vertragsbruch setzt die Rechtsprechung voraus, dass der Dritte den Schuldner zum Vertragsbruch verleitet, insbesondere indem er ihn von etwaigen Ersatzansprüchen seines Vertragspartners freistellt[168]. Denn damit setzt er die Präventionswirkung, die die schadensersatzrechtliche Sanktionierung der vertragsbrüchigen Partei normalerweise entfaltet, außer Kraft und stellt den anderen Gläubiger nahezu schutzlos[169]. Als zweite hier relevante Fallgruppe ist das kollusive Zusammenwirken zum Nachteil des Ursprungsvertragspartners zu nennen[170]. Unabhängig davon, von wem die Initiative ausgeht, führen vorgenannte Vereinbarungen regelmäßig zur Sittenwidrigkeit des Vertrags[171].

Bezogen auf privative Tariftreue durch satzungswidrige Koalitionsvereinbarungen ist die erste Voraussetzung einfach zu begründen: Die »vertragliche Bindung« ist die Satzung des Arbeitgeberverbands, die die Sonderverbindung zwischen ihm und seinen Mitgliedsunternehmen herstellt[172]. Davon, dass die Gewerkschaft diese genau kennt, kann ausgegangen werden[173]. Problematisch ist indes die zweite Voraussetzung[174]:

166 RG 25.11.1911 – VI 66/11 – RGZ 78, 14, 17 f.; RG 23.1.1922 – VI 481/21 – RGZ 103, 419, 420; BGH 20.5.1960 – I ZR 93/59 – BGH NJW 1960, 1853, 1854; BGH 2.6.1981 – VI ZR 28/80 – NJW 1981, 2184, 2185; BGH 19.10.1993 – XI ZR 184/92 – NJW 1994, 128, 129; MünchKommBGB/*Wagner*, § 826 BGB Rn. 53.

167 RG 9.12.1905 – V 216/05 – RGZ 62, 137, 138 f.; RG 23.1.1922 – VI 481/21 – RGZ 103, 419, 421; BGH 2.6.1981 – VI ZR 28/80 – NJW 1981, 2184, 2185; BGH 1.4.1992 – IV ZR 332/90 – NJW 1992, 2152, 2153; BGH 9.7.1992 – XII ZR 156/90 – NJW-RR 1993, 367, 368.

168 BGH 2.6.1981 – VI ZR 28/80 – NJW 1981, 2184, 2185 f.; weiter BGH 1.4.1992 – IV ZR 332/90 – NJW 1992, 2152, 2153.

169 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 456.

170 BGH 17.9.1954 – V ZR 32/53 – NJW 1954, 1925, 1926.

171 BGH 2.6.1981 – VI ZR 28/80 – NJW 1981, 2184, 2186.

172 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 68.

173 Oben § 2 A. II. 2. a. cc, S. 60.

174 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 69.

- Es fehlt an der Verleitung durch die Gewerkschaft, da diese keine Zahlungen für gerade diese Klausel leistet. »Prämien« im Zusammenhang mit den Tarifverhandlungen durch Nachgeben bei anderen Verhandlungspunkten sind nicht greifbar und daher nicht festzustellen.
- Auch handeln Gewerkschaft und Arbeitgeberverband nicht kollusiv zulasten der Tariftreuegläubiger: Gestattet die Satzung dem Arbeitgeberverband derartige Vereinbarungen, liegt kein Verstoß gegen die Satzung vor. Ist die Einwirkung dagegen nicht von der Verbandsmacht gedeckt, scheitert die Einwirkungspflicht an § 275 Abs. 1 BGB und den Mitgliedsunternehmen steht es frei, der Koalitionsvereinbarung die Gefolgschaft zu verweigern. Allein faktische Befolgung bricht hingegen nicht die Satzung.

Die Vereinbarung ist daher nicht sittenwidrig. Gewerkschaften verleiten Arbeitgeberverbände mithin nicht zum Satzungsbruch.

d. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue kann kollektivarbeitsrechtlich zwischen den Tarifparteien schuldrechtlich vereinbart werden. Unproblematisch ist dies, wenn es sich um eine Hauskoalitionsvereinbarung handelt. Bei Verbandskoalitionsvereinbarungen stellt sich das Problem der Verpflichtung der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbands. Da die schuldrechtliche Vereinbarung nur *inter partes* wirkt und auf die Regelung der § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG nicht zurückgegriffen werden kann, bedarf es entweder einer stellvertretungsrechtlichen Ermächtigung des Arbeitgeberverbands, im Namen seiner Mitgliedsunternehmen zu handeln, einer Verpflichtungsermächtigung oder die Satzung muss eine Folgepflicht hinsichtlich derartiger Regeln vorsehen, die im Zweifel mit Verbandsmitteln durchgesetzt werden. Zu Letzterem kann sich der Arbeitgeberverband dann gegenüber der Gewerkschaft verpflichten.

3. Keine zwingende Geltung normativer Regelungen

Der grundsätzlichen schuldrechtlichen Vereinbarungsmöglichkeit stehen auch etwaige Heimattarifverträge bei den Tariftreueschuldnern nicht entgegen. Diese sind zwar gemäß § 4 Abs. 1 TVG grundsätzlich zwingend und können nicht abbedungen werden. Da die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner aber nicht normativ geregelt werden können[175] scheidet die Möglichkeit aus, die Tarifbindung durch einen spezielleren »Tariftreuetarifvertrag« zu regeln, der die normativen Regeln des »Heimattarifvertrags« im Wege der Tarifkonkurrenz verdrängt. Glei-

175 Oben § 2 A. I, S. 48.

ches gilt für Betriebsvereinbarungen, die am Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG scheitern.

Es bleibt nur die schuldrechtliche Verpflichtung der Arbeitgeber – entweder weil sie die Koalitionsvereinbarung selbst (mit)unterzeichnet haben, wirksam vertreten oder verpflichtet wurden oder sie eine Folgepflicht aus der Mitgliedschaft zwingt. Die schuldrechtliche Verpflichtung muss dann individualvertraglich in den betroffenen Arbeitsverhältnissen umgesetzt werden. Dies ist in aller Regel auch mit § 4 Abs. 1 und 3 TVG vereinbar, da (individualvertragliche) Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer zulässig sind.

Die seltenen Fälle in denen Arbeitnehmer von Zulieferern oder Dienstleistern besser bezahlt werden als die Stammarbeitnehmer aber – aus welchen Gründen auch immer – dennoch Tariftreue verlangt wird, scheitern an der zwingenden Wirkung der Tarifnormen. Das Tariftreueziel kann nicht erreicht werden, sodass die Vereinbarung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist[176] aber nach § 311a Abs. 1 BGB grundsätzlich wirksam bleibt. Ein Schadensersatzanspruch nach § 311a Abs. 2 BGB wird hier freilich überhaupt nicht praktisch, da ein Schaden der Gewerkschaft nicht ersichtlich ist und die betroffenen Arbeitnehmer ohnehin besser bezahlt werden als die Tariftreueregelung es vorsieht, sodass auch Gestaltungen, die den Arbeitnehmern gemäß § 328 Abs. 1 BGB einen echten eigenen Anspruch verschaffen, die Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners nicht schädigen. Sieht man im Heimattarifvertrag bzw. § 4 Abs. 1 TVG ein Verbotsgesetz[177], wäre die Regelung darüber hinaus schon nach § 134 BGB nichtig.

4. Schuldrechtliche Pflichten aus den Heimattarifverträgen

Ein Sonderproblem stellen Fälle dar, in denen die tariftreueveranlassende Gewerkschaft zugleich Partei des Heimattarifvertrags ist. Privative Tariftreue im Tariftreuetarifvertrag beim Tariftreuegläubiger kann dann gegen die schuldrechtlichen Pflichten aus dem Heimattarifvertrag verstoßen[178], konkret: die Friedens- und Durchführungspflicht.

a. Paradebeispiel: Stahltarif Nordwestdeutschland

Betrachtet man die teilweise weitreichenden und mehrere Fachbereiche betreffenden Zuständigkeitskataloge der Gewerkschaften, ist es nicht unwahrscheinlich, dass eine Gewerkschaft Arbeitsbedingungen sowohl bei

176 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 70.

177 BAG 10.2.1999 – 2 AZR 422/98 – RdA 2000, 37, 39 mit Anmerkung *Rieble*, für eine tarifwidrige Änderungskündigung; ausführlich *Deinert*, in: FS Zachert, S. 524 ff.

178 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 183; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 71.

den Tariftreuegläubigern als auch bei ihren Leistungserbringern oder -empfängern mitgestaltet. Das kann prinzipiell bei jeder Form der Doppelzuständigkeit der Gewerkschaft im Hinblick auf Vertragspartner am Güter- und Dienstleistungsmarkt auftreten. Die gleiche Konfliktsituation kann sich beim Arbeitgeberverband einstellen.

Praktisch wurde die Situation beim Stahltarif Nordwestdeutschland: die IG Metall schloss mit dem Arbeitgeberverband Stahl den Stahltarif Nordwestdeutschland, der den Mitgliedsunternehmen auferlegte, in den Vertragsbedingungen mit Zeitarbeitsunternehmen festzulegen, dass deren Arbeitnehmer nach einem stahltarifähnlichen Vergleichsentgelt bezahlt werden; flankiert war das Ganze mit einer Ausfallhaftung der Mitgliedsunternehmen[179]. Gleichzeitig war die IG Metall Mitunterzeichnerin[180] des DGB-Zeitarbeitstarifvertrags[181], der Entgelt- und Entgeltrahmenregelungen für Leiharbeitnehmer enthält. Unterfällt ein Verleiher, der einen Leiharbeitnehmer an ein Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverband Stahl verleihen möchte, nun jenem DGB-Zeitarbeitstarifvertrag, werden die Regelungen des Entgeltrahmen- und des Entgelttarifvertrags für die Verleihzeiten gegenstandslos, da die individualvertragliche Zuwendung aufgrund des Überlassungsvertrags an den Leiharbeitnehmer den Tariflohn nach dem Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG verdrängt.

Zwar sieht der DGB-Zeitarbeitstarifvertrag in § 7.1 des Entgelttarifvertrags[182] vor, dass eine abweichende günstigere tarifliche Regelung zur Vergütung der Einsatzzeiten im Kundenbetrieb getroffen werden kann – jedoch nur durch dreiseitige Vereinbarung zwischen dem Entleiher und den Parteien des DGB-Zeitarbeitstarifvertrags. Nach der Protokollnotiz zu § 7.1 des Entgelttarifvertrags ist die Tarifvertragspartei in diesem Sinne für die Seite der Gewerkschaften die jeweils für den Kundenbetrieb zuständige DGB-Mitgliedsgewerkschaft, in diesem Fall also die IG Metall. Gleichzeitig sieht § 7.1 des Entgelttarifvertrags aber auch vor, dass der Tarifpartner der Zeitarbeit – damals der BZA – der Aufstockung zustimmt. Eben dieses Einvernehmen übergeht die Tariftreuevereinbarung.

179 Oben § 1 C. IV. 1. b, S. 39.

180 Zur (DGB-)Tarifgemeinschaft: *Löwisch/Rieble*, § 2 TVG Rn. 394 ff.

181 Damalige Fassung: Tarifverträge Zeitarbeit zwischen dem BZA und der DGB-Tarifgemeinschaft vom 22.7.2003, zuletzt geändert durch den Änderungstarifvertrag vom 9.3.2010, http://www.bap-akademie.com/fileadmin/bilder/2010/Tarifvertrag_08_2010.pdf.

182 »Zwischen den Tarifvertragsparteien dieses Tarifvertrages und dem Arbeitgeber des Kundenbetriebes kann eine abweichende tarifliche Regelung zur Vergütung der Einsatzzeiten in diesem Kundenbetrieb (dreiseitige Vereinbarung) getroffen werden, wenn diese für die dort eingesetzten Mitarbeiter des Zeitarbeitunternehmens günstiger ist«.

b. Durchführungspflicht

Im schuldrechtlichen Teil enthält der Tarifvertrag die ungeschriebene Durchführungspflicht[183]: Danach sind die Parteien des Tarifvertrags verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Durchsetzung des Tarifvertrags behindern könnte. Zusätzlich verpflichtet sie die Tarifvertragsparteien, auf ihre Mitglieder einzuwirken, die Tarifverträge auch tatsächlich zu erfüllen. Negiert die Gewerkschaft die Geltung des Heimattarifvertrags, indem sie an dessen Stelle die Regelungen des Tariftreuetarifvertrags setzt, ist darin ein Verstoß gegen die Unterlassungspflicht zu sehen.

Das ließe sich nur mit dem Argument verneinen, dass die im Heimattarifvertrag geregelten Entgelte nur Mindestentgelte seien und rechtstechnisch nur im Wege individualarbeitsrechtlicher Gestaltung vom Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG Gebrauch gemacht werde. Die Bedingungen des Heimattarifvertrags seien im Kern hingegen nicht betroffen, wenn über den Entleiher eine übertarifliche Bezahlung durchgesetzt würde.

Allerdings wird nicht nur punktuell vom Günstigkeitsprinzip Gebrauch gemacht. Vielmehr verdrängt der Tariftreuetarifvertrag gezielt den Heimattarifvertrag als autonome kollektive Ordnung und ersetzt ihn in bestimmten Segmenten durch eine andere kollektive Ordnung, namentlich das Tariftreuenetz. Deutlich wurde dies im Fall des Stahltarifs Nordwestdeutschland, der in seinem räumlichen Geltungsbereich den DGB-Zeitarbeitstarifvertrag im Segment der Überlassung in Stahlbetriebe ersetzte[184]. Darin liegt nicht nur eine Beeinträchtigung der Tarifautonomie der Verbände des Tariftreueschuldners[185], sondern auch ein vertraglicher Verstoß gegen die Durchführungspflicht des Heimattarifvertrags, weil ihm die Geltung abgesprochen wird.

c. Friedenspflicht

Neben der Durchführungspflicht enthält jeder Tarifvertrag auch die Pflicht, während der Vertragsdauer Kampfmaßnahmen, mit dem Ziel der Änderung der bestehenden Regelung, zu unterlassen und darauf einzuwirken, Mitglieder von Kampfmaßnahmen abzuhalten[186]. Verboten sind

183 BAG 29.4.1992 – 4 AZR 432/91 – NZA 1992, 846; Kempen/*Zachert*, § 1 TVG Rn. 666; Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 913; Däubler/*Reim/Ahrendt*, § 1 TVG Rn. 1077 f.; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1085; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 86 f.

184 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 77 ff.

185 Unten § 4 C, S. 185.

186 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 970; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 738; Kempen/*Zachert*, § 1 TVG Rn. 675 f.; Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 867 ff.; Däubler/*Reim/Ahrendt*, § 1 Rn. 1094 f.; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1018 f.; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 81.

nicht nur Kampfmaßnahmen gegen den Partner des Tarifvertrags, sondern auch gegen die Tarifgebundenen, weswegen die Gewerkschaft nicht einen einzelnen Arbeitgeber mit dem Ziel bestreiken darf, einen »Nachschlag« durchzusetzen[187].

Auch die Friedenspflicht ist dem Tarifvertrag immanent und bedarf keiner besonderen Vereinbarung[188]. Sie bezieht sich allerdings nur auf die konkreten Bestimmungen des Tarifvertrags (relative Friedenspflicht); sollen Kampfmaßnahmen auch zur Herbeiführung neuer Regelungen unzulässig sein, bedarf es der Vereinbarung einer absoluten Friedenspflicht[189].

aa. Privative Tariftreue als Arbeitskampfmittel

Problematisch ist, dass die privative Tariftreue veranlassende Gewerkschaft keine klassischen Arbeitskampfmaßnahmen und insbesondere keine Streikmaßnahmen gegen den Tariftreueschuldner ergreift. Sie nutzt allein die Marktmacht des Tariftreuegläubigers, um Arbeitsbedingungen beim Tariftreueschuldner durchzusetzen. Für den Fall der Arbeitnehmerüberlassung ist auch anerkannt, dass die Sozialpartner auf Entleiherseite nicht in die Friedenspflicht der Verleiherseite einbezogen sind[190].

Fraglich ist dennoch, ob dieses Vorgehen als Arbeitskampfmaßnahme qualifiziert werden kann. Es zählt zwar nicht zu den klassischen, geschichtlich überkommenen Arbeitskampfmitteln. Allerdings gibt es keinen *numerus clausus* der Kampfmaßnahmen, sondern gehört es zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen[191]. So wurden auch streikbegleitende *Flashmob*-Aktionen vom BAG grundsätzlich als Arbeitskampfmaßnahmen anerkannt[192].

---

187 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 82.

188 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 970; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 738; Kempen/*Zachert*, § 1 TVG Rn. 676; Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 867; Däubler/*Reim/Ahrendt*, § 1 TVG Rn. 1096; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 81.

189 Kempen/*Zachert*, § 1 TVG Rn. 678; Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 884, 906; Däubler/*Reim/Ahrendt*, § 1 TVG Rn. 1124; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1076; ErfKomm/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 81.

190 *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Rn. 136; *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 128.

191 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87 bis 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86 – NZA 1995, 754, 756; BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Rn. 11; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347, Rn. 34.

192 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347, Rn. 32 ff.; kritisch schon im Vorfeld: *Rieble*, NZA 2008, 796, 797 ff.; kritisch auch: *Krieger/Günther*,

[1] Boykottwirkung

Mit privativer Tariftreue geht eine gewisse Boykottwirkung gegenüber den Tariftreueschuldnern einher. Geht man an dieser Stelle davon aus, dass die Tariftreuegläubiger wirksam zur Tariftreue verpflichtet wurden bzw. sich faktisch daran halten, bleibt den Tariftreueschuldnern nur die Möglichkeit, die Vertragsbedingungen der Tariftreuegläubiger zu akzeptieren oder sich andere Vertragspartner zu suchen. Ähnlich ist es beim arbeitskampfrechtlichen Boykott, bei dem die Gewerkschaft Dritte (z.B. Verbraucher oder andere Unternehmen) zu Liefer- oder Bezugssperren auffordert, bis der gewünschte Tarifabschluss erreicht ist.

Allerdings erfolgt im Fall tariflicher privativer Tariftreue die »Boykottaufforderung« in vertraglicher Form durch schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung. Dadurch fordert der Tariftreueveranlasser letztlich zu keiner echten Bezugs- bzw. Liefersperre auf[193]. Vielmehr soll der »Tarifschluss« in den Individualarbeitsverträgen umgesetzt werden. Soweit die Tariftreueschuldner tarifgebunden sind, soll das Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 3 TVG genutzt werden. Eine gewisse Boykott*wirkung* ist der Maßnahme dennoch nicht abzusprechen, auch wenn sie mangels echter Bezugs- oder Liefersperre letztlich milder ist.

Der Boykott ist als Arbeitskampfmaßnahme anerkannt und nicht von vornherein rechtswidrig[194]. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Verrufene scheinbar keine Möglichkeit der Gegenwehr hat[195], während beispielsweise auf den Streik mit Betriebsschließung reagiert werden kann[196]. Der Verrufene hat zumindest die Möglichkeit, den Boykott durchzustehen[197]. Folglich könnte man privative Tariftreue als boykottähnliche Arbeitskampfmaßnahme ansehen.

[2] Arbeitsbedingungen Dritter

Problematisch ist allerdings, dass die Gewerkschaft nicht die Arbeitsbedingungen bei den Tariftreuegläubigern regeln möchte, sondern bei Dritten, namentlich den Tariftreueschuldnern. Hinsichtlich dieser Arbeitsbe-

---

NZA 2010, 20; *Steinau-Steinrück/Brugger*, NZA 2010, Beilage Nr. 3, 127; *Otto*, RdA 2010, 135; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440.

193 Ausführlich zu den Voraussetzungen des Boykotts unten § 3 A. II. 3. a, S. 149.

194 BAG 19.10.1976 – 1 AZR 611/75 – NJW 1977, 318, 319; LAG Schleswig-Holstein 24.3.2005 – 2 Sa 139/05 – AuR 2007, 280; auf europäischer Ebene: EGMR 30.6.1993 – 24/1992/369/443 »Sigurjónsson« – ÖJZ 1994, 207; EGMR 25.4.1996 – 18/1995/524/610 »Gustafsson« – AuR 1997, 408.

195 A.A. *Rieble*, NZA 2008, 796, 798.

196 Ausführlich zu den (Re-)Aktionsmitteln der Arbeitgeber: *Kentner*, Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber.

197 BAG 19.10.1976 – 1 AZR 611/75 – NJW 1977, 318, 319.

dingungen fehlt der Gewerkschaft die Tarifmacht[198]. Folglich ruft die Gewerkschaft auch nicht zum Streik gegen die Betriebe der Tariftreueschuldner auf, sondern nutzt die Marktmacht der Tariftreuegläubiger, um eine faktische Tarifbindung zu erreichen. Höchstens der Koalitionsvereinbarung mit dem Tariftreuegläubiger können Arbeitskampfmaßnahmen vorausgegangen sein.

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des BAG zu beachten, die mittlerweile anerkennt, dass auch Streiks, die zur Unterstützung eines auf den Abschluss eines Tarifvertrags geführten Streiks durchgeführt werden, dem Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterfallen[199]. Das gilt nach der neueren Rechtsprechung des BAG grundsätzlich auch dann, wenn die den Hauptarbeitskampf und die den Unterstützungsarbeitskampf führenden Gewerkschaften nicht identisch sind und obwohl es den Arbeitnehmern, die im Wege des Unterstützungsstreiks die Arbeit niederlegen, nicht um die Verbesserung *eigener* tariflicher Rechte geht[200]. Damit anerkennt das BAG in Abgrenzung zu seiner früheren Rechtsprechung[201] auch fremdnützige Unterstützungsstreiks als mögliche zulässige Koalitionsbetätigung[202] und hat den erforderlichen Zusammenhang von Arbeitskampf und Tarifvertrag deutlich gelockert[203]. Die Frage, ob Streiks ohne einen konkreten Bezug zu einem Tarifvertrag zulässig sind, hat es jedoch ausdrücklich offen gelassen[204].

Einen irgendwie gearteten Bezug zu Arbeitsbedingungen wird das BAG aber weiter verlangen, wie sich aus der Passage ergibt, der Unterstützungsstreik diene *prinzipiell* »dem Ziel der Gestaltung von Arbeitsbedingungen«[205]. Ein ebensolcher Bezug findet sich aber auch bei privativer Tariftreue: Mittelbar geht es um die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner, die nur der normativen Regelung entzogen sind. Folgt man dem Ansatz der Rechtsprechung des BAG und gibt die Tarifakzessorietät des Arbeitskampfrechts auf, solange Arbeitsbedingungen in irgendeiner Weise »geregelt« werden, wäre privative Tariftreue als Arbeitskampfmittel anzuerkennen[206]. Das passt auch gut zur Aufgabe der Kern-

198 Oben § 2 A. I. 2, S. 49.
199 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Rn. 12.
200 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Rn. 12.
201 BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83 – NZA 1985, 504.
202 *Junker*, JZ 2008, 102, 103.
203 *Junker*, JZ 2008, 102, 104.
204 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Rn. 13.
205 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Rn. 12.
206 Strenger *Franzen*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 141, der verlangt, dass der Tariftreueveranlasser bereits eine entsprechende Forderung gegenüber dem Tariftreueschuldner gestellt hat.

bereichsformel des BVerfG[207] und der damit verbundenen prinzipiellen »Koalitionsbetätigungserfindungsbefugnis« der Gewerkschaften, worauf sich auch das BAG in seiner Entscheidung zu den Unterstützungsstreiks beruft[208].

[3] Zwischenergebnis

Privative Tariftreue ist daher als Arbeitskampfmittel gegenüber dem Tariftreueschuldner einzustufen.

bb. Verstoß gegen die Friedenspflicht

Ungeachtet der Frage, ob privative Tariftreue als Arbeitskampfmittel rechtmäßig wäre, was sich parallel zur letztendlichen Zulässigkeit privativer Tariftreue beantwortet, stellt sich die Frage, ob sie gegen die schuldrechtliche Friedenspflicht aus dem Heimattarifvertrag verstößt. Dies ist zu bejahen, da die Friedenspflicht für jede Abweichung vom Tarifvertrag während dessen Laufzeit einen Freiwilligkeitsvorbehalt vermittelt und Abweichungen nach oben trotz Günstigkeitskeitsprinzip nur ohne Druck erlaubt[209]. Bedient sich die Gewerkschaft aber gezielt des Tariftreuegläubigers, um die Arbeitsbedingungen bei den Tariftreueschuldnern anzupassen, übt sie einen sachwidrigen Druck aus und verstößt damit gegen die Friedenspflicht[210] und zwar auch dann, wenn sie – wie im Fall des Stahltarifs Nordwestdeutschland – den Entleiher letztlich dazu verpflichtet, Zuschläge zu zahlen, von denen dieser sich durch Vertragsgestaltung »freikaufen« kann[211]. Auch bei dieser Gestaltung bleibt es beim faktischen Druck; der befriedete Bereich beim Verleiher steht in Frage[212].

d. Zwischenergebnis

Die Gefahr des Verdrängungswettbewerbs sinkt, wenn die Arbeitsbedingungen von Stamm- und Leiharbeitnehmern von derselben Gewerkschaft abgeschlossen werden[213]. Allerdings muss die Gewerkschaft aufpassen, einen nicht hundertprozentig zufriedenstellenden Heimattarifvertrag nicht durch privative Tariftreue beim Tariftreuegläubiger aufzustocken. Das verstößt gegen die schuldrechtlichen Pflichten aus dem Heimattarifvertrag, namentlich die Durchführungs- und die Friedenspflicht.

---

207 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – NJW 1996, 1201; BAG 28.2.2006 – 1 AZR 461/04 – SAE 2007, 106.
208 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055, Rn. 13.
209 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 84.
210 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 85.
211 Oben § 1 C. IV. 1. b, S. 39.
212 A.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 130 f.
213 *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 131.

III. Zwischenergebnis

Privativer Tariftreue steht prinzipiell die schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung zur Verfügung, soweit die tarifschließende Gewerkschaft hiermit nicht gegen die schuldrechtlichen Pflichten aus dem Heimattarifvertrag verstößt.

B. Betriebsverfassungsrecht

Neben »tariflicher« privativer Tariftreue können es auch Betriebsräte im Betrieb des Tariftreuegläubigers sein, die Tarifbedingungen auf die Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners erstrecken möchten[214]. Hierbei ist zu prüfen, wie weit die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsbefugnisse reichen.

I. Mitbestimmte Betriebsvereinbarung

Zunächst stellt sich die Frage, ob schon die originären Mitbestimmungstatbestände des BetrVG eine Durchsetzung privativer Tariftreue im Betrieb des Tariftreuegläubigers erlauben. Dies setzt voraus, dass dem Betriebsrat des Tariftreuegläubigers für die Regelung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner ein konkreter Mitbestimmungstatbestand zukommt.

1. Teilzuständigkeit des Betriebsrats des Tariftreuegläubigers

Die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung bemisst sich grundsätzlich nach der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum jeweiligen Betrieb[215]. Der jeweilige Betriebsrat ist stets auf seinen Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne beschränkt und gegenüber anderen Arbeitgebern weder rechts- noch beteiligtenfähig[216].

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG liegt eine mitbestimmungspflichtige Einstellung vor, »wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Dabei müssen die Personen so in die Arbeitsorganisation des Betriebs eingegliedert werden, dass der Betriebsinhaber die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typischen Entscheidungen über Art, Zeit und Ort der Tätigkeit zu treffen hat und in diesem Sinne die Personalhoheit über sie besitzt. Auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum Be-

214 Oben § 1 B. I. 2, S. 30.
215 Oben § 2 A. I. 2. a. bb, S. 50.
216 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 42; *ders.*, BB 2013, 245, 249.

triebsinhaber stehen, kommt es nicht an«[217]. Eine Eingliederung in den Betrieb ist nach ausdrücklicher Rechtsprechung des BAG auch bei Arbeitnehmern von Drittunternehmen möglich, die auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags mit weisungsgebundenen Tätigkeiten im Betrieb beauftragt werden. Dies setzt aber voraus, dass der Betriebsinhaber und nicht der beauftragte Unternehmer das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Zeit und Ort trifft[218]. Bei echten Werk- oder Dienstverträgen hat der Betriebsrat daher nicht nach § 99 BetrVG mitzubestimmen[219]. Erst recht gilt dies hinsichtlich des Lieferanten- oder Abnehmer-Arbeitnehmers.

Auch Leiharbeitnehmer sind grundsätzlich Betriebszugehörige des Verleiherbetriebs[220]. Trotz gespaltener Zuständigkeit darf der Betriebsrat des Entleihers grundsätzlich keine Einflussnahme auf die Arbeitsverhältnisse der Leiharbeitnehmer nehmen[221]. Ihm kommt auch keine Auffangzuständigkeit zu, wenn beim Verleiher kein Betriebsrat besteht[222]. Dennoch kann der Betriebsrat des Verleihers nicht alle Aufgaben nach dem BetrVG wahrnehmen, da der Entleiherbetrieb außerhalb seiner Einflusssphäre liegt[223]. Daraus folgt, dass der Betriebsrat des Verleiherbetriebs für die Mitwirkung an Entscheidungen des Vertragsarbeitgebers bezüglich der sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten der Leiharbeitnehmer zuständig ist, während der Betriebsrat im Entleiherbetrieb an denjenigen Entscheidungen mitwirkt, die keine arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber voraussetzen, sondern die betriebliche Eingliederung des Leiharbeitnehmern in den Betrieb des Entleihers betreffen[224]. Danach bestimmt sich die Zuständigkeit für die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts nach der darauf bezogenen Entscheidungsmacht des jeweiligen Arbeitgebers[225].

217 BAG 12.11.2001 – 1 ABR 60/01 – NZA 2004, 1289, 1291; aus der neueren Rechtsprechung: BAG 23.6.2010 – 7 ABR 1/09 – NZA 2010, 1302, Rn. 10.
218 BAG 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – NZA 2006, 1369, Rn. 14.
219 So auch die herrschende Meinung in der Literatur. Meinungsstand bei Schüren/ *W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 557 ff.; siehe auch *Franzen*, in: Industriedienstleistung, S. 93 ff.
220 Oben § 2 A. I. 2. a. bb, S. 50.
221 BAG 17.6.2008 – 1 ABR 39/07 – DB 2008, 2658.
222 BAG 6.6.1978 – 1 ABR 66/75 – DB 1978, 1841, 1842.
223 Oben § 2 A. I. 2. a. bb, S. 50.
224 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 43 mit weiteren Nachweisen.
225 BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – NZA 2001, 1263, 1265.

2. Mitbestimmungsrechte des Entleiherbetriebsrats

Aus der gespaltenen Zuständigkeit des Betriebsrats könnten sich somit Zuständigkeitsrechte des Entleiherbetriebsrats im Hinblick auf privative Tariftreue ergeben.

a. Vergütung

Die einfachste Lösung wäre, wenn der Entleiherbetriebsrat direkt bei Fragen der Vergütung der Leiharbeitnehmer mitbestimmen könnte. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sieht immerhin ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in »Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere [der] Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und [der] Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung« vor. Zwar dient § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auch der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit[226] und ist diese bei unterschiedlicher Bezahlung von Stamm- und Leiharbeitnehmern berührt[227]. Allerdings kann der Entleiher die Lohnstruktur des Leiharbeitnehmers nicht festlegen, weil er das Arbeitsentgelt nicht schuldet[228]. Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird folglich allein vom Verleiherbetriebsrat ausgeübt und kann nicht dazu dienen, Leiharbeitnehmern Tarifgleichheit auf Lohnebene betriebsverfassungsrechtlich zuzuwenden.

b. Einstellung

Da eine direkte Regelung der Vergütung der Leiharbeitnehmer ausscheidet, könnte über die Einstellungsentscheidung nach § 99 BetrVG mittelbar Einfluss auf die Vergütungsstruktur des Verleihers genommen werden.

aa. Anwendbarkeit des § 99 BetrVG

Die Arbeitsaufnahme eines Leiharbeitnehmers im Betrieb des Entleihers ist eine »Einstellung« im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG[229], da darunter neben der Begründung des Arbeitsverhältnisses auch die tatsächliche Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb verstanden wird[230]. Mit § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG, der zum 1. Januar 1982 in das AÜG aufgenommen wurde[231], stellte der Gesetzgeber klar, dass § 99 BetrVG auf die Übernahme des Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung Anwendung fin-

226 BAG Großer Senat 3.12.1991 – GS 2/90 – NZA 1992, 749, 751 ff.
227 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 52.
228 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 52 mit weiteren Nachweisen.
229 BAG 14.5.1974 – 1 ABR 40/73 – NJW 1974, 1966, 1967; BAG 6.6.1978 – 1 ABR 66/75 – DB 1978, 1841.
230 *Fitting*, § 99 BetrVG Rn. 30.
231 Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15.12.1981, BGBl. I 1981, S. 1390.

det[232]. »Übernahme« im Sinne des § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG meint dabei die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers[233]. Der zeitlich vorangehende Arbeitnehmerüberlassungsvertrag[234] oder die Vereinbarung eines Einsatzpools[235] löst das Mitbestimmungsrecht hingegen noch nicht aus. Mitwirken darf der Betriebsrat hingegen beim Austausch des Leiharbeitnehmers[236], nicht jedoch, wenn der Leiharbeitnehmer ohne Einsatzunterbrechung nur seinen Vertragsarbeitgeber wechselt[237].

bb. Zustimmungsverweigerung

Gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat die Einstellungszustimmung nur verweigern, wenn einer der abschließend[238] aufgezählten Gründe gegeben ist.

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung unter anderem verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag verstößt. Dabei muss die *Übernahme* als solche den Verstoß begründen[239]. Dies ist nicht der Fall, wenn der Betriebsrat Leiharbeit generell ablehnt[240]. Ebenso wenig berechtigen Vereinbarungen im Überlassungsvertrag, die nicht die Über-

232 Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 29.9.1981, BT-Drucks. 9/847, S. 8 f.

233 BAG 23.1.2008 – 1 ABR 74/06 – NZA 2008, 603, Rn. 22 mit Anmerkung *W. Hamann*, AP Nr. 14 zu § 14 AÜG; BAG 17.6.2008 – 1 ABR 39/07 – DB 2008, 2658; Schüren/*W. Hamann*, § 14 Rn. 149; *Ulber*, AÜG, § 14 Rn. 197; *Wensing/Freise*, BB 2004, 2238, 2239; *Hunold*, NZA-RR 2008, 281.

234 BAG 23.1.2008 – 1 ABR 74/06 – NZA 2008, 603, Rn. 23 mit Anmerkung *W. Hamann*, AP Nr. 14 zu § 14 AÜG; Schüren/*W. Hamann*, § 14 Rn. 150; *Wensing/Freise*, BB 2004, 2238, 2239; *Hunold*, NZA-RR 2008, 281; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 63.

235 BAG 23.1.2008 – 1 ABR 74/06 – NZA 2008, 603, Rn. 23 mit Anmerkung *W. Hamann*, AP Nr. 14 zu § 14 AÜG; *Ulber*, AÜG, § 14 Rn. 195; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 63.

236 LAG Hessen 16.1.2007 – 4 TaBV 203/06 – EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 66; ArbG Verden 1.8.1989 – 2 BV 24/89 – AiB 1989, 318; *Boemke/Lembke*, § 14 AÜG Rn. 100; Schüren/*W. Hamann*, § 14 Rn. 154; *Ulber*, AÜG, § 14 Rn. 195; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 63.

237 LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 12/08 – EzAÜG BetrVG Nr. 110; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 63; a.A. Schüren/*W. Hamann*, § 14 Rn. 155.

238 Herrschende Meinung: GK-BetrVG/*Raab*, § 99 Rn. 133; *Fitting*, § 99 BetrVG Rn. 187; Richardi/*Thüsing*, § 99 BetrVG Rn. 183; *Giesen*, ZfA 2012, 143, 167.

239 Ständige Rechtsprechung, z.B. BAG 28.1.1992 – 1 ABR 45/91 – NZA 1992, 606; BAG 12.11.2002 – 1 ABR 1/02 – NZA 2003, 513, 514; *Löwisch/Kaiser*, § 99 BetrVG Rn. 57; *Fitting*, § 99 BetrVG Rn. 189; *Reuter*, ZfA 2006, 459, 460.

240 LAG Düsseldorf 4.10.2001 – 11 (17) TaBV 23/01 – BB 2002, 357, 358; Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 183.

nahme des Leiharbeitsnehmers betreffen, den Betriebsrat zum Widerspruch[241]. Auch genügt es nicht, wenn einzelne Bestimmungen des Arbeitsvertrags des Leiharbeitnehmers rechtswidrig sind[242]. Obzwar der Betriebsrat vorrangig die Interessen des von ihm vertretenen Betriebs zu wahren hat, darf er sein Widerspruchsrecht auch dann einsetzen, wenn schutzwürdige Interessen des Leiharbeitnehmers gerade durch die Art und Dauer des geplanten Einsatzes im Entleiherbetrieb beeinträchtigt werden[243]. Dem Betriebsrat gebührt es hingegen nicht, allgemeine Belange des Leiharbeitnehmers wahrzunehmen[244], da hierfür nur der Verleiherbetriebsrat zuständig ist[245].

Die Übernahme des Leiharbeitnehmers verstößt daher insbesondere dann gegen das AÜG als »Gesetz« im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG[246], wenn dem Verleiher eine erforderliche Überlassungserlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG fehlt[247], bei Verstößen gegen §§ 1a, 1b AÜG[248] und Zuwiderhandlungen gegen § 6 AÜG[249]. Allerdings kann der Entleiherbetriebsrat dem Einsatz des Leiharbeitnehmers weder bei Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG)[250] noch bei Verstößen gegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AÜG, etwa wenn der Verleiher seinen sozialversicherungsrechtlichen Zahlpflichten nach § 28e SGB IV nicht nachkommt oder in einsatzlosen Zeiten entgegen § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG keinen Lohn zahlt[251], widersprechen. In beiden Fällen ist die Übernahme als solche nicht gesetzeswidrig, sondern nur das Verhalten des Verleihunternehmens[252]. Ein Verstoß gegen den *Equal Pay*-Grundsatz kann da-

241 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 183.
242 BAG 28.3.2000 – 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294, 1295; BAG 12.11.2002 – 1 ABR 1/02 – NZA 2003, 513, 514.
243 BAG 28.9.1988 – 1 ABR 85/87 – NZA 1989, 358.
244 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 185.
245 BAG 17.6.2008 – 1 ABR 39/07 – DB 2008, 2658.
246 BAG 28.9.1988 – 1 ABR 85/87 – NZA 1989, 358 f.
247 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 187; *Ulber*, AÜG, § 14 Rn. 215; *Erdlenbruch*, Betriebsverfassungsrechtliche Stellung, S. 191.
248 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 188 f.; zu § 1b AÜG auch *Wensing/Freise*, BB 2004, 2238, 2242.
249 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 193.
250 LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 12/08 – EzAÜG BetrVG Nr. 100; LAG Niedersachsen 19.11.2008 – 15 TaBV 159/07 – BeckRS 2011, 66909; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/*Bachner*, § 99 BetrVG Rn. 197; *Fitting*, § 99 BetrVG Rn. 191; *Urban-Crell/Schulz*, Arbeitnehmerüberlassung, Rn. 1111; *W. Hamann*, NZA 2003, 526, 533; *Wensing/Freise*, BB 2004, 2238, 2242; *Hunold*, NZA-RR 2008, 281, 283; a.A. MünchHdbArbR/*Matthes*, § 263 Rn. 52.
251 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 191.
252 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 192.

her auch nicht über § 75 Abs. 1 BetrVG zu einem Zustimmungsverweigerungsrecht führen[253].

Allerdings genügt nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auch ein Verstoß gegen einen Tarifvertrag[254]. Regeln Tarifverträge privative Tariftreue und hält sich der Verleiher nicht an die darin vorgesehenen Bestimmungen, könnte darin ein Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift gesehen werden. Die Regelung des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG setzt allerdings voraus, dass die Tarifvertragsbestimmung ihrerseits rechtswirksam ist[255] und für den Leiharbeitnehmer gilt[256], was hinsichtlich privativer Tariftreue auch nicht durch Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG normativ möglich ist[257]. Bloße schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen sind jedoch von vornherein kein »Tarifvertrag« im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

c. Tarifliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte

Es hilft auch nicht, durch Tarifvertrag die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu erweitern. Zwar anerkennt die ganz herrschende Meinung diese Möglichkeit – zumindest in sozialen und personellen Angelegenheiten[258] –, doch muss die Mitbestimmung betriebsverfassungsbezogen bleiben. Eine Erweiterung der Betriebsratsrechte, die faktisch die Entscheidung zur Leiharbeit verhindern oder erschweren würde, griffe in die Unternehmenspolitik des Arbeitgebers ein und läge damit außerhalb betriebsverfassungsrechtlicher Regelbarkeit[259]. Europarechtlich verbietet dies auch Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie[260].

3. Zwischenergebnis

Aus der gespaltenen betriebsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit kann der Entleiherbetriebsrat keine Mitbestimmungsrechte im Hinblick auf privative Tariftreue der Leiharbeitnehmer ableiten. Hinsichtlich Arbeit-

253 LAG Niedersachsen 28.2.2006 – 13 TaBV 56/05 – EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 64; *Schüren*, BB 2007, 2346, 2347.

254 Zur Betriebsvereinbarung sogleich unter § 2 B. II, S. 79.

255 *Giesen*, ZfA 2012, 143, 167.

256 Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/*Bachner*, § 99 BetrVG Rn. 200.

257 Oben § 2 A. I. 2. a. bb, S. 50.

258 BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86 – NZA 1987, 779; BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86 – NZA 1988, 699; BAG 31.1.1995 – 1 ABR 35/94 – NZA 1995, 1059; BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – NZA 2001, 271; BAG 29.9.2004 – 1 ABR 29/03 – NZA 2005, 313; BAG 24.2.2011 – 2 AZR 830/09 – NZA 2011, 708; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rn. 11; *Fitting*, § 1 BetrVG Rn. 258 f.

259 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 707; a.A. offenbar *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 72 ff., zumindest im Falle einer »zweiten Entgeltlinie«.

260 Unten § 5 A. IV, S. 208.

nehmer sonstiger Leistungserbringer oder -empfänger scheidet eine Mitbestimmung durch den Betriebsrat des Tariftreuegläubigers von vornherein aus. Originäre Mitbestimmungstatbestände des Betriebsrats des Tariftreuegläubigers bestehen somit nicht und können auch nicht tariflich geschaffen werden.

II. Regelung durch freiwillige Betriebsvereinbarung

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung auch verweigern, wenn die Maßnahme gegen eine Bestimmung in einer Betriebsvereinbarung verstößt. Betriebsvereinbarungen nach § 77 BetrVG können einerseits in originär mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten erzwingbar sein, weil hier die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat durch einen Spruch der Einigungsstelle ersetzt werden kann (z.B. § 87 Abs. 2 BetrVG). Sie können aber auch auf freiwilliger Basis geschlossen werden[261]. Teilweise ist das im Gesetz vorgesehen (z.B. § 88 BetrVG), daneben können aber alle Fragen durch Betriebsvereinbarung geregelt werden, die in die Zuständigkeit der Betriebspartner fallen[262]. Das BAG geht insoweit von einer umfassenden Regelungskompetenz aus[263], die ebenso weit reiche wie diejenige der Tarifparteien[264]. In den Schranken des § 77 Abs. 3 BetrVG können danach alle betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen, sowie normative Regelungen über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen getroffen werden[265].

Für privative Tariftreue hilft das nicht weiter: sie ist tariflich nicht regelbar[266]. Für Vergabevoraussetzungen, wie sie etwa die Betriebsvereinbarung Opel und die Gesamtbetriebsvereinbarung BMW vorsehen, fehlt die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats[267]. Er handelt *ultra vires* da er auf Gütermarktentscheidungen des Arbeitgebers keinen Einfluss nehmen darf[268]. Darüber hinaus verbietet dem Betriebsrat die koalitionspolitische Neutralität des § 75 Abs. 1 BetrVG, sich für bestimmte Tarifbindungen einzusetzen, weswegen die Regelung zur Tarifkontrolle nach § 134 BGB[269]

261 Zu den unterschiedlichen Wirkungen: ErfKomm/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 13 f.
262 ErfKomm/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 12.
263 BAG 26.8.1997 – 1 ABR 12/97 – NZA 1998, 216, 217.
264 ErfKomm/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 36.
265 BAG Großer Senat 7.11.1989 – GS 3/85 – NZA 1990, 816, 818; kritisch *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 534 ff.
266 Oben § 2 A. I, S. 48.
267 *Reuter*, ZfA 2006, 459, 471.
268 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 85; zu den Compliance-Aspekten: *Rieble*, CCZ 2008, 121, 123.
269 § 75 BetrVG ist Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB: GK-BetrVG/*Kreutz*, § 75 Rn. 152; *Fitting*, § 75 Rn. 177.

unwirksam ist[270]. Schließlich kann der Tatbestand des § 299 StGB erfüllt sein, wenn der Betriebsrat faktisch an der Auswahl von Vertragspartnern des Arbeitgebers mitwirkt[271].

Auch eine direkte Regelung der Vergütung der Leiharbeitnehmer, etwa als Einstellungsvoraussetzung, wie sie in der Betriebsvereinbarung Opel vorgesehen ist, verbietet § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG, der die Zuständigkeit dem Verleiherbetriebsrat zuordnet[272] und bedeutet eine Einflussnahme auf die Verleiherauswahl, worin eine strafbare Behinderung der Betriebsratsarbeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gesehen werden kann[273]. Sie scheitert darüber hinaus am Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG, da der Entleiherbetriebsrat nicht nur die für die Stammbelegschaft geltenden Tarifverträge, sondern auch diejenigen der Leiharbeitnehmer zu achten hat[274].

III. Regelungsabrede

Schließlich steht den Betriebspartnern auch nicht der Umweg über rein schuldrechtlich wirkende Regelungsabreden offen. Zwar steht es den Betriebspartnern frei, anstatt einer normativ wirkenden Betriebsvereinbarung eine rein schuldrechtliche Regelungsabrede zu wählen[275]. Gegenstand einer Regelungsabrede kann aber ebenso nur jede Regelung sein, die durch Betriebsvereinbarung getroffen werden kann[276]. Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats setzt auch hier die äußere Grenze[277]. Dem Betriebsrat als Träger eines privaten Amtes kommt keine Vertragsfreiheit zu[278], weil seine Tätigkeit, anders als bei den Gewerkschaften, keine Verwirklichung kollektiver Privatautonomie ist[279].

IV. Faktische Durchsetzung

Dem Betriebsrat hilft kein Mitbestimmungstatbestand und privative Tariftreue kann auch nicht durch freiwillige Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede geregelt werden, da der Betriebsrat damit seine funktionelle Zuständigkeit verlässt und *ultra vires* handelt. Doch schließt dies nicht

270 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 85.
271 *Rieble*, CCZ 2008, 121, 123.
272 BAG 15.12.1992 – 1 ABR 38/92 – NZA 1993, 513.
273 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 87.
274 *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 88.
275 BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00 – NZA 2002, 342, 345.
276 BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00 – NZA 2002, 342, 344.
277 ErfKomm/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 136.
278 Staudinger/*Richardi/Fischinger*, Vor §§ 611 ff. BGB Rn. 998, 1054.
279 *Waltermann*, Rechtsetzung, S. 99 ff.; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch, Rn. 26.; siehe auch schon *Richardi*, Kollektivgewalt, S. 313; ausführlich *Veit*, Zuständigkeit des Betriebsrats, S. 30 ff., 101 ff. mit weiteren Nachweisen.

aus, dass dennoch eine (unwirksame) Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber geschlossen wird, wie die genannten Beispiele zeigen. Sie soll im Folgenden als »faktische betriebliche Abrede« bezeichnet werden.

Auf eine solche faktische betriebliche Abrede wird sich der Arbeitgeber aber nur einlassen, wenn ihn der Betriebsrat dazu »zwingt« oder ihm seine Zustimmung im Rahmen eines Koppelungsgeschäfts »abkauft«[280]. Dass gewisse Mitbestimmungstatbestände durch sachgrundlose Verzögerung oder Verweigerung Blockade- und Erpressungspotential bieten (und hierzu auch genutzt werden), wurde bereits dargelegt[281]. Die Vereinbarung (unwirksamer) privativer Tariftreue in faktischen betrieblichen Abreden ist insoweit nicht fernliegend.

C. Ergebnis

Privativer Tariftreue steht kollektivarbeitsrechtlich prinzipiell die schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung zur Verfügung, soweit die tarifschließende Gewerkschaft hiermit nicht gegen die schuldrechtlichen Pflichten aus dem Heimattarifvertrag verstößt. Dem tariftreueveranlassenden Betriebsrat fehlt jede Befugnis, er handelt *ultra vires*. Dennoch bleibt im Einzelfall die Durchsetzung faktischer betrieblichen Abreden.

280 Dazu etwa *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758 f.; auch schon *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch, Rn. 9, 76 ff.

281 Umfassend *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch.

§ 3 Wettbewerbsrechtliche Grenzen

Privative Tariftreue könnte gegen geltendes Wettbewerbsrecht verstoßen, da sie unternehmerische Entscheidungen steuert. Dabei wird das Kartellierungsverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB durch Verbote bestimmter einseitiger Verhaltensweisen sowie Tatbestände des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen Zivilrechts flankiert.

A. Kartellrecht

I. Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

Kartellrechtlich steht das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB im Mittelpunkt. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten und gegebenenfalls mit dem Binnenmarkt unvereinbar.

1. Anwendungsbereich

Fraglich ist zunächst, ob das Kartellierungsverbot auf privative Tariftreue überhaupt Anwendung findet oder ob eine Bereichsausnahme greift, die privative Tariftreue kartellrechtsimmun erscheinen lässt.

a. Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt

Einmal könnte eine generelle Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt privative Tariftreue aus dem Anwendungsbereich des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nehmen. Schließlich legt privative Tariftreue (auch) die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner fest[282].

aa. Keine explizite Bereichsausnahme im GWB

Der fünfte Teil des GWB bestimmte in seiner Ursprungsfassung von 1957[283] in den §§ 98 bis 105 seinen Anwendungsbereich. Nach § 98 Abs. 1 GWB a.F. fand das GWB auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung. Nach § 98 Abs. 2 GWB a.F. waren auch ausländische Unternehmen erfasst, soweit sich die Wirkungen ihrer Geschäftstätigkeit auf

282 Unten § 3 A. I. 4. b, S. 132.

283 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957, BGBl. I 1957, S. 1081.

das Bundesgebiet erstreckten. § 99 GWB nahm bestimmte Transportsektoren sowie die Deutsche Bundespost aus seinem Anwendungsbereich heraus. Nach § 100 GWB a.F. waren Erzeugerbetriebe teilweise von der Kartellkontrolle freigestellt (jetzt: § 28 GWB). § 101 GWB nahm den Anwendungsbereich des GWB für die Bank deutscher Länder, die Landeszentralbanken, die Kreditanstalt für Wiederaufbau sowie bestimmte Finanzmonopole aus; darüber hinaus sollte das GWB soweit nicht anwendbar sein, als der EGKSV besondere Vorschriften enthielt. Nach § 102 GWB galten Teile des GWB unter bestimmten Voraussetzungen nicht für die Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Genehmigung oder Überwachung im Kredit- und Versicherungswesen. Nach § 103 GWB galten schließlich Teile des GWB für bestimmte Versorgungsunternehmen nicht.

Schon damals gab es keine explizite Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt. Der in den Ausschussverhandlungen gemachte Vorschlag dahingehend, dass das GWB auf den Arbeitsmarkt und die Tarifvertragsparteien nicht anwendbar sei, wurde mit der Begründung abgelehnt, dass es einer solch klarstellenden Bestimmung aufgrund des Wortlauts des damaligen Kartellverbots (dazu sogleich) nicht bedürfe[284]. Dies änderte sich auch nicht durch die folgenden GWB-Novellen[285].

bb. Eingeschränkte Generalklausel in der Ursprungsfassung des GWB

Allerdings galt das Kartellierungsverbot des GWB aufgrund seiner Tatbestandsvoraussetzungen in seiner Ursprungsfassung scheinbar nicht für den Arbeitsmarkt. § 1 Satz 1 GWB a.F. schien eindeutig. Unwirksam waren nur »Verträge, die Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen [...], soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse *für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen« (Hervorhebung durch den Verfasser). Nach der Gesetzesbegründung sollte damit klargestellt werden, dass »Abreden über den Abschluß oder Inhalt von Arbeits- oder Dienstverhältnissen nicht darunter fallen. Dies [seien] keine gewerblichen Leistungen«[286].

284 *Kulka*, RdA 1988, 336, 342.

285 Explizite Bereichsausnahmen enthalten etwa das finnische, schwedische und dänische Kartellrecht: *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 125 f.; ausführlich zur Entwicklung der Bereichsausnahmen des GWB: *Denzel*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 3 ff.

286 Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22.1.1955, BT-Drucks. 2/1158, S. 30.

Damit war aber das Verhältnis zum Arbeitsrecht nicht abschließend geklärt[287]. Insbesondere ließ sich das Spannungsverhältnis zwischen Tarifautonomie und Kartell auf dieser schmalen Grundlage nie auflösen[288]. Schon damals wurde kontrovers darüber diskutiert, in welchen Fällen Tarifverträge nach § 1 GWB a.F. unwirksam sein können[289].

cc. Offener Tatbestand seit der 6. GWB-Novelle

Mit der 6. GWB-Novelle[290] wurde der Passus »Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen« gestrichen. § 1 GWB sollte an den damaligen Art. 85 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 101 Abs. 1 AEUV) angepasst werden[291].

Seit 1. Januar 1999 ist daher der Tatbestand des § 1 GWB offen und weitestgehend mit (jetzt) Art. 101 Abs. 1 AEUV identisch. Erfasst sind Vereinbarungen und Beschlüsse von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen auf (fast) allen Märkten. Eine Marktausnahme findet sich noch in § 130 Abs. 3 GWB, wonach im Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsrechts das GWB (teilweise) ausgeschlossen ist.

Ob privative Tariftreue dem Kartellrecht unterliegt, lässt sich daher nicht aus dem geschriebenen Anwendungsbereich des GWB bestimmen.

dd. Unionsrechtliche Absicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die deutschrechtliche Absage zum Ausnahmebereich »Arbeitsmarkt« lässt sich unionsrechtlich unterfüttern: begreift man die Wettbewerbsregeln des AEUV auch als eine Absicherung der Grundfreiheiten, liegt der Zusammenhang von Art. 101 ff. AEUV und Art. 45 AEUV nahe; ein Ausnahmebereich für den Arbeitsmarkt vertrüge sich damit nicht[292].

b. Ungeschriebene Bereichsausnahme für Tarifverträge

Allerdings könnte *tarifliche* privative Tariftreue, also privative Tariftreue, die in schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen festgelegt wird, von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Kartellkontrolle nach

287 *Kulka*, RdA 1988, 336, 342.
288 *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 4.
289 Ausführlich *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.
290 Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.8.1998, BGBl. I 1998, S. 2521.
291 BT-Drucks. 2/1158, S. 30.
292 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 53 (in Fn. 1) mit weiteren Nachweisen.

Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB fallen, wenn das deutsche oder europäische Kartellrecht eine entsprechende Bereichsausnahme kennt.

aa. Rechtsvergleichend: Exemptions in den Vereinigten Staaten

Rechtsvergleichend ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtslage in den Vereinigten Staaten hinzuweisen, die für einseitige Maßnahmen der Gewerkschaften aufgrund des *Clayton Antitrust Act*[293] sowie des *Norris-La Guardia Act*[294] eine *statutory exemption* (geschriebene Bereichsausnahme) von sec. 1 des *Sherman Antitrust Act*[295] vorsieht, während Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern eine *nonstatutory exemption* (ungeschriebene Bereichsausnahme) genießen[296]. *Subcontracting clauses*, bei denen die Einhaltung tarifvertraglicher Bestimmungen bei der Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer garantiert werden soll, unterfallen regelmäßig dann der *nonstatutory exemption*, wenn eine tarifvertragliche Beziehung zwischen Gewerkschaft und Arbeitgebern besteht[297].

bb. Europarechtliche Bereichsausnahme – »Albany«

[1] Grundsatz: Bereichsausnahme für Tarifverträge

In seiner Entscheidung in der Sache »Albany« und den Parallelentscheidungen urteilte der EuGH, dass »die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf [die sozialpolitischen] Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter [Art. 101 Abs. 1 AEUV] fallen«[298]. In den Entscheidungen ging es um die Freiheit der Tarifparteien, Rentenversicherungsfonds als »gesonderte Einrichtung« (ähnlich § 4 Abs. 2 TVG) einzurichten[299]. Der EuGH anerkannte, dass »mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber

293 Clayton Antitrust Act, October 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53.

294 Norris–La Guardia Act, March 23, 1932, ch. 90, 47 Stat. 70, 29 U.S.C. § 101 et. seq.

295 Sherman Antitrust Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7.

296 U.S. Supreme Court – »Connell Const. Co., Inc. v. Plumbers & Steamfitters Local Union No. 100« – 421 U.S. 616 (1975); ausführlich zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten: *Viol*, Anwendbarkeit des Kartellrechts, S. 82 ff.

297 *Viol*, Anwendbarkeit des Kartellrechts, S. 133.

298 EuGH 21.9.1999 – Rs. C-67/96 »Albany« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 60; Parallelentscheidungen: EuGH 21.9.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 »Brentjens'« – Slg. 1999, I-6025 Rn. 57 und EuGH 21.9.1999 – Rs. C-219/97 »Drijvende Bokken« – Slg. 1999, I-6121 Rn. 47; siehe auch die Folgeentscheidung EuGH 21.9.2000 – Rs. C-222/98 »van der Woude« – Slg. 2000, I-7111 Rn. 22 ff.

299 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 957.

und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden [sind]. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen [Art. 101 Abs. 1 AEUV] Geltung hätte«[300]. Damit geht der EuGH von einer Bereichsausnahme im Bereich tarifvertraglicher Vereinbarungen aus[301].

Die Bereichsausnahme ist von weitreichender Bedeutung, denn mit der 7. GWB-Novelle[302] wollte der deutsche Gesetzgeber die Bestimmungen des deutschen Kartellrechts mit denen des europäischen Kartellrechts harmonisieren. Einmal um den Bestimmungen des Art. 3 VO 1/2003[303] gerecht zu werden, aber auch, soweit Vereinbarungen keine zwischenstaatlichen Auswirkungen haben, um eine unterschiedliche Behandlung kleinerer und mittlerer Unternehmen – oftmals zu ihren Lasten – zu vermeiden[304]. Aufgrund dieses gewollten Gleichlaufs wird vertreten, dass eine identische Bereichsausnahme auch im deutschen Recht anzuerkennen wäre[305].

[2] Voraussetzungen

Diese Bereichsausnahme ist jedoch an Voraussetzungen geknüpft. Es muss sich um einen im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifvertrag handeln[306]. Verträge, die sich

300 EuGH 21.9.1999 – Rs. C-67/96 »Albany« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 59; EuGH 21.9.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 »Brentjens'« – Slg. 1999, I-6025 Rn. 56; EuGH 21.9.1999 – Rs. C-219/97 »Drijvende Bokken« – Slg. 1999, I-6121 Rn. 46.

301 Zumindest für einen Kernbereich kollektivvertraglicher Regelungen: *Fleischer*, DB 2000, 821, 283 f.; kritisch: Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 26; anders wohl *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 19, der der Rechtsprechung des EuGH nur einem Kernbereichsschutz entnimmt; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 199; *ders.*, in: FS Reuter, S. 771.

302 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7.7.2005, BGBl. I 2005, S. 1954.

303 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L 1/1.

304 Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 21.

305 MünchKommWettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 40; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 24; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 145.

306 EuGH 21.9.1999 – Rs. C-67/96 »Albany« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 60; EuGH 21.9.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 »Brentjens'« – Slg. 1999, I-6025 Rn. 57; EuGH 21.9.1999 – Rs. C-219/97 »Drijvende Bokken« – Slg. 1999, I-

nur Tarifverträge nennen, aber inhaltlich keine sind, fallen nicht unter die Bereichsausnahme[307]. Das bedeutet jedoch nicht, dass nur Tarifverträge im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG erfasst werden. Ob Tarifverträge normativ oder schuldrechtlich wirken spielt für das Kartellrecht keine Rolle und wird auch in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht einheitlich gehandhabt[308]. Deutschrechtliche Betriebsvereinbarungen und natürlich erst Recht faktische betriebliche Abreden fallen allerdings nicht hierunter. Es fehlt an der Sozialpartnerschaft von Arbeitgeber und Betriebsrat. Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen würden nach diesem Kriterium hingegen grundsätzlich nicht aus dem Anwendungsbereich der Bereichsausnahme ausscheiden.

Darüber hinaus muss der »Tarifvertrag« – um aufgrund seiner Art und seines Gegenstands nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV zu fallen – im Dienst der sozialpolitischen Ziele der Union stehen[309]. Der EuGH nennt dabei Art. 2, 3 lit. i, Art. 118, 118b EGV (jetzt im Wesentlichen: Art. 3 EUV, Art. 4 Abs. 2 lit. b, Art. 153, 155 AEUV) sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 des Abkommens über die Sozialpolitik. Damit bleibt letztlich die Frage, wie weit die abwägungsfreie Tarifautonomie der Sozialpartner reicht, insbesondere welche Inhalte geschützt sind[310]. Von den vom EuGH genannten sozialpolitischen Zielen lassen sich dazu insbesondere die in Art. 153 Abs. 1 AEUV genannten Tätigkeiten der Mitgliedstaaten zur Verbesserung der Arbeitsumwelt heranziehen. Daraus ließe sich entnehmen, dass der EuGH die Bereichsausnahme durchaus auf Fälle beschränken will, in denen es um eine tatsächliche und unmittelbare[311] Verbesserung der Arbeitsbedingungen geht[312].

Ob der EuGH indes bereits auf europäischer Ebene eine solch präzise Differenzierung vornehmen wollte, darf bezweifelt werden[313]. Art. 153 Abs. 5 AEUV versperrt jegliche Harmonisierung auf dem Gebiet des Koalitions- und Arbeitskampfrechts und die Harmonisierungsgrenze gilt richtigerwei-

6121 Rn. 47; EuGH 21.9.2000 – Rs. C-222/98 »van der Woude« – Slg. 2000, I-7111 Rn. 22.

307 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 146.

308 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 958; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 17.

309 EuGH 21.9.1999 – Rs. C-67/96 »Albany« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 60; EuGH 21.9.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 »Brentjens'« – Slg. 1999, I-6025 Rn. 57; EuGH 21.9.1999 – Rs. C-219/97 »Drijvende Bokken« – Slg. 1999, I-6121 Rn. 47; EuGH 21.9.2000 – Rs. C-222/98 »van der Woude« – Slg. 2000, I-7111 Rn. 22.

310 MünchKommWettbR/*Säcker*, Einl. EU Rn. 238 ff.

311 So *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 307 f.

312 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 153.

313 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 154.

se auch für das Tarifvertragsrecht[314]. Darüber hinaus zeigt auch Art. 28 GRC, dass die inhaltliche Ausgestaltung des kollektiven Arbeitsrechts den »einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« vorbehalten bleibt[315]. Auch insoweit darf das Unionsrecht nicht durch Vorgaben im Kartellrecht mittelbar das Tarifrecht mitregulieren.

[3] Folgen

Die Grenzen der kartellrechtlichen Bereichsausnahme müssen daher nach dem jeweils anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht beantwortet werden; welche Akteure Kollektivvereinbarungen treffen dürfen, in welcher Form und mit welchem Inhalt das geschehen kann, ist nach nationalem Recht zu bestimmen[316]. Damit erübrigt sich zugleich die Diskussion, ob der EuGH in seiner Entscheidung in der Sache »Albany« eine technische Bereichsausnahme des AEUV oder eine immanente Schranke des Art. 101 AEUV (»rule of reason«) für Tarifverträge bestimmten Inhalts sah[317].

Da sich die Reichweite der Bereichsausnahme nach dem jeweils anwendbaren mitgliedschaftlichen Recht richtet, kann auch die Reichweite der Bereichsausnahme variieren. Dies ist der genannten Harmonisierungsgrenze geschuldet. Allerdings muss sich die mitgliedstaatliche Konkretisierung noch im vom EuGH vorgegebenen Rahmen bewegen[318].

cc. Tarifimmanente Wettbewerbsbeschränkung aus Art. 9 Abs. 3 GG

Damit fügt sich die europäische Bereichsausnahme nahtlos in das deutsche Recht ein und »unterstellt« sich Art. 9 Abs. 3 GG, der der Anwendung des GWB verfassungsrechtliche Schranken auferlegt[319]. Soweit Art. 9 Abs. 3 GG den Arbeitsmarkt schützt, gilt diese Bereichsausnahme auch für das europäische Kartellrecht.

---

314 MünchHdbArbR²/*Birk*, § 19 Rn. 435; Calliess/Ruffert/*Krebber*, Art. 153 AEUV Rn. 12; *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 421; Oetker/Preis/*Sagan*, EAS, B 1100 Rn. 45; *ders.*, Art. 28 GRC, S. 67; *Rieble/Kolbe*, EuZA 2008, 453, 464; *Weiss*, in: FS Birk, S. 958 f.; a.A. Schwarze/*Rebhahn/Reiner*, Art. 153 AEUV Rn. 65; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Benecke*, Art. 153 AEUV Rn. 104; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 302 f.; *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 67.

315 Dazu *Sagan*, Art. 28 GRC, S. 112 ff.; auch *Herresthal*, EuZA 2011, 3, 16 f.

316 *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 22; zustimmend *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 88; auch *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 155; ebenso *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 110; anders wohl MünchKommWettbR/*Säcker*, Einl. EU Rn. 241 f.

317 Zum Meinungsstand mit Nachweisen: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schuhmacher*, Art. 101 AEUV Rn. 28;

318 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 110.

319 *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 24.

[1] Kartellgarantie des Tarifvertrags

Volkswirtschaftlich gesehen kommt jedem Tarifvertrag eine faktische Kartellwirkung zu, indem Mindestinhalte der Arbeitsbedingungen festgelegt werden und insofern der (Unterbietungs-)Wettbewerb ausgeschaltet wird[320].

Gleichzeitig verfolgt Art. 9 Abs. 3 GG ein anderes Konzept, da der (Verbands-)Tarifvertrag nicht marktmachtverstärkend, sondern als vertikaler Ausgleich zwischen den beiden Marktstufen marktmachtbegrenzend wirkt: Die Tarifparteien können nicht etwa Preise oder andere Vertragsbedingungen einseitig festlegen, sondern müssen diese mit der Gegenseite aushandeln[321]. Einseitig wird die Angebotsmarktmacht der Arbeitnehmer durch den Arbeitskampf als Vorstufe zum Kartellvertrag »Tarifvertrag« ausgeübt[322]. Während das Kartellierungsverbot auf Entmachtung der Marktteilnehmer und deren Individualwettbewerb zielt, ist die Kartellierungsbefugnis den Koalitionsparteien gerade garantiert, um die ökonomische Schwäche der Arbeitnehmer auszugleichen und auf kollektiver Vertragsebene einen vertraglichen Interessenausgleich durchzuführen[323]. »Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen«[324].

[2] Grenze: Art. 9 Abs. 3 GG

Diese Kartellgarantie gilt aber nur dann und soweit »tarifliche« Regelungen unter dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG stehen[325]; jede Regelung ist einzeln zu betrachten. Dabei wird diskutiert, inwieweit »echte« Tarifverträge im Sinne des § 1 TVG einer kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen, weil normativ zulässige Regelungen auch Auswirkungen auf den Gütermarktwettbewerb haben. Populäres Beispiel hierfür ist die Festsetzung der Arbeitszeit im Einzelhandel: Da dem Arbeitgeber auf Grund des Tarifvertrags zu bestimmten Zeiten keine Arbeitnehmer (mehr) zur Verfügung stehen, wird der Ladenschluss faktisch mitgeregelt. Aber auch die Lohnfestsetzung ist geeignet, ein gleichförmiges Verhalten auf dem Gütermarkt herbeizuführen, wenn die Arbeitgeber die Kostensteigerung als Preiserhö-

320 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 32.
321 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 33.
322 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 34.
323 Grundlegend *F. Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit, S. 23 f., 28; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 629 ff.; auch schon *Roth*, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 9 f.; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091.
324 BVerfG 25.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NJW 1991, 2549, 2551.
325 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 162.

hung an die Verbraucher weitergeben. Nach überwiegender Auffassung scheidet die Anwendbarkeit des Kartellrechts in solchen Fällen aus, weil die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen nur (mittelbare) Folgen der Tarifregel sind[326].

Das entspricht auch der grundsätzlichen Auffassung des EuGH, der einer allgemeinen kartellrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei wettbewerbsbeschränkenden Fernwirkungen eine Absage erteilt hat. Der von Generalanwalt *Jacobs* geforderten Kartellkontrolle bei Vereinbarungen, »die dem Anschein nach mit Kerngegenständen der Tarifverhandlung zu tun haben, in Wahrheit aber lediglich als Deckmantel für ernsthafte Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Arbeitgebern auf ihren Produktmärkten dienen«[327], ist der EuGH nicht gefolgt. Vielmehr gilt die Kartellfreistellung zunächst uneingeschränkt und umfasst auch mittelbare Wettbewerbsauswirkungen. Dies steht in gewissem Widerspruch zu seiner Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Kollektivmaßnahmen, wonach die Kollektivmaßnahmen an den Grundfreiheiten zu prüfen sind, ergibt sich aber aus der Tatsache, dass mit Tarifverträgen zwangsläufig gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden sind, während sie keinesfalls zwangsläufig die Grundfreiheiten beeinträchtigen[328].

Ungeklärt sind hingegen die Ausnahmen bei Missbrauch der Tarifautonomie, wenn wettbewerbsbeschränkende Wirkungen gezielt ins Auge ge-

326 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969: »Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt nicht für Tarifverträge mit einem nach § 1 Abs. 1 TVG zulässigen Inhalt«; KG 21.2.1990 – Kart U 4357/89 – NZA 1991, 24, 26; *Wiedemann*, Einl. Rn. 38; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 193; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 962; *Vaubel*, Tarifvertragsklauseln, S. 101 f.; *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 314; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 216 f.; *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 146; *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 111 f.; *Beck*, AuR 1981, 333, 341; *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 90; a.A. *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 180 ff.; *Kulka*, RdA 1988, 336, 343 ff.; *Nacken*, WuW 1988, 475, 484 und 486 ff.; *Scholz*, in: FS Rittner, S. 647 f.; im Ergebnis auch *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 22 ff., der auf die »Spürbarkeit« abstellt; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 200 f.; *ders.*, in: FS Reuter, S. 773 ff.; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 150; auch *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1098 ff. außerhalb eines »Kernbereichs«; siehe auch den Brief des BKartA vom 6.8.1962 – B 4 – 751000 – A – 409/61 »Gagenstoppabkommen« – WuW/E BKartA 502 f., allerdings für eine einseitige Vereinbarung zwischen Arbeitgebern.

327 GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-67/96, C. 115-/97 bis C-117/97 und C-219/96 »Albany u.a.« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 192.

328 Unten § 5, S. 204.

fasst werden[329]. Der EuGH scheint einer Einschränkung der Bereichsausnahme skeptisch gegenüberzustehen, da er der von Generalanwalt *Jacobs* geforderten Bedingung, dass die Tarifverträge »in gutem Glauben« – also nicht zu Umgehungszwecken – abgeschlossen wurden[330], nicht gefolgt ist. Vielmehr stellte er die Missbrauchskontrolle dadurch sicher, dass er die Unternehmenseigenschaft des Rentenfonds bejahte[331], der somit aufgrund seiner Marktmacht einer Verhaltenskontrolle unterfällt[332]. Ähnliches erwog auch die Monopolkommission für die §§ 19 ff. GWB[333], allerdings direkt im Hinblick auf das Handeln der Tarifvertragsparteien und nicht bloß bezüglich deren gemeinsamer Einrichtung. Dem mag man zustimmen, soweit sich die Tarifvertragsparteien außerhalb koalitionsmäßiger Betätigung bewegen. Bei einseitigen (Kampf-)Maßnahmen, die auf einen nach dem TVG regelbaren Tarifvertrag zielen, müssen indes die gleichen Maßstäbe gelten wie für das Ergebnis »Tarifvertrag«.

[3] Kartellierungsbefugnis entlang des TVG

Für privative Tariftreue hat das Verhältnis zwischen Kartellrecht und »echtem« Tarifvertrag nur mittelbare Bedeutung. Sie ist normativ nicht regelbar[334]. Es geht um die andere Frage, namentlich wie »überschießende« schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen zu bewerten sind[335].

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass auch schuldrechtliche Regelungen der Arbeitsbedingungen durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sind[336]. Der

329 Offen gelassen von BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 973; für eine solche Missbrauchskontrolle: KG 21.2.1990 – Kart U 4357/89 – NZA 1991, 24, 25; Monopolkommission, Sondergutachten 51, Rn. 78 hinsichtlich des Postmindestlohns; *Wiedemann*, Einl. Rn. 38; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 193; Däubler/*Schiek*, Einl. Rn. 480; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 EG Grundfragen Rn. 60; *Vaubel*, Tarifvertragsklauseln, S. 54; *Hendriks*, Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht, S. 63; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 536; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 217 ff., die allerdings auf die Abgrenzungsschwierigkeiten hinweisen; *Rehbinder*, BB 1964, 895, 901; *Roth*, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 24 f.; *Schmidt-Eriksen*, AuR 1991, 137, 143 ff., der ebenfalls auf die praktischen Schwierigkeiten hinweist; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 31; wohl auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 111.

330 GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-67/96, C. 115-/97 bis C-117/97 und C-219/96 »Albany u.a.« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 194.

331 EuGH 21.9.1999 – Rs. C-67/96 »Albany« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 87.

332 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 963; *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 147.

333 Monopolkommission, Hauptgutachten XVIII, Rn. 1016 ff.

334 Oben § 2 A. I, S. 48.

335 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 163.

336 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 59.

grundrechtliche Schutz setzt keine normativ wirkenden Arbeitsbedingungen voraus[337]. Gleichzeitig verpflichtet Art. 9 Abs. 3 GG den Gesetzgeber, ein funktionierendes Tarifvertragssystem bereitzustellen[338], welches seinerseits mit den übrigen Grundrechten, wie der grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit[339], in Einklang zu bringen ist. Art. 9 Abs. 3 GG ist als normgeprägtes Grundrecht insoweit prinzipiell ausgestaltungsbedürftig[340]. Wie das BVerfG ausdrücklich im Mitbestimmungsurteil formuliert hat, kann die Ausgestaltung der Tarifautonomie auch mit Regelungen verbunden sein, die die Koalitionsfreiheit teilweise (und verhältnismäßig) einschränken[341]. Der Gesetzgeber hat insoweit eine Einschätzungsprärogative[342].

Von diesem Regelungsauftrag hat der Gesetzgeber mit dem TVG abschließend Gebrauch gemacht[343], indem er den Tarifvertragsparteien ein weites Feld von Arbeitsbedingungen überantwortet hat, aber gleichzeitig der Kartellgarantie Grenzen gesetzt hat. Eine umfassende Garantie für »alle Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen« enthalten nur Art. 5, 2 ILO-Übereinkommen Nr. 154[344], das der deutsche Gesetzgeber eben wegen dieser Uferlosigkeit nicht ratifiziert hat[345].

Das TVG bildet daher die Abwägungslinie zwischen Tarifautonomie und Wettbewerbsfreiheit und bestimmt damit zugleich über die Anwendbarkeit der Kartellkontrolle[346]. Soweit die Grenzen der Tarifmacht[347] einge-

337 *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 181 f.; a.A. von Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 GG Rn. 142.

338 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 368.

339 Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 116; ausführlich *Scholz*, in: FS Rittner, S. 639 ff.

340 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 94.

341 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 368.

342 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 369; ErfKomm/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 85.

343 *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 135; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 102; *Reuter*, ZfA 1990, 535, 548; *Rieble*, ZTR 1993, 54, 55; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 164; im Wesentlichen auch Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 334; a.A. ErfKomm/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 86; *Misera*, Tarifmacht, S. 20 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 539 f.

344 Internationale Arbeitsorganisation, Übereinkommen Nr. 154 über die Förderung von Kollektivverhandlungen, in Kraft getreten am 11.8.1983.

345 Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Übereinkommen 154 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Förderung von Kollektivverhandlungen, BT-Drucks. 10/2124, S. 9.

346 Im Ergebnis auch Monopolkommission, Hauptgutachten XVIII, Rn. 881; *Roth*, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 17; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie,

halten sind, scheidet die Kartellkontrolle prinzipiell aus[348]. Insoweit hat der Gesetzgeber die durch Tarifautonomie und Wettbewerbsfreiheit entstandene Kollision »privater Rechtssphären«[349] zugunsten der Tarifautonomie entschieden. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um normative Tarifverträge oder tarifnormersetzende schuldrechtliche Vereinbarungen handelt. Auch tarifnormersetzende Koalitionsvereinbarungen sind kartellrechtsimmun, da auch sie erkämpft werden können[350] und damit vom Gegenmachtsprinzip geprägt sind[351].

Befindet sich die Regelung außerhalb der Tarifmacht der Tarifvertragsparteien, muss die Koalitionsbetätigung zwar nicht zwingend den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG verlassen, doch rückt die Wettbewerbsfreiheit regelmäßig in den Vordergrund und verbietet Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr die Kartellkontrolle[352]. Reichweite und Grenzen der (einfachrechtlich ausgestalteten) Tarifautonomie definieren damit den prinzipiell kartellrechtsfreien Raum[353]. Das wird teilweise auch mit der etwas missverständlichen Formulierung vertreten, § 1 TVG sei *lex specialis* zu § 1 GWB[354] und gilt freilich ebenso für den vorgelagerten Verbandsbeschluss[355].

S. 222; etwas strenger *Hartmann*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 38 ff.; a.A. *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 178 ff., der im Ergebnis eine Abwägungslösung vorschlägt.

347 Oben § 2 A. I. 2, S. 49.

348 So ausdrücklich nur: Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 193; siehe auch *Kreis*, RdA 1961, 97, 101; ähnlich *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 216 f.; angedeutet auch von *Rieble*, ZTR 2000, 1, 6 ff.; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1097, wollen hingegen alle von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckten Regelungen von der Kartellkontrolle ausnehmen; ebenso *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 112.

349 von Mangoldt/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 GG Rn. 119; kritisch zu den Abwägungsansätzen: *Hartmann*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 22 ff.

350 *Otto*, Arbeitskampfrecht, § 5 Rn. 20; *Franzen*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 130.

351 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 958.

352 Ähnlich *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 92, wonach die Regelungen nicht mehr in den »Kernbereich« der Tarifautonomie fallen.

353 *Wiedemann/Wonneberger*, Anmerkung zu BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter I.2); zustimmend *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 19; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 199; *ders.*, in: FS Reuter, S. 771; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 2224 ff., durchziehen die Kartellkontrolle tariflich nicht regelbarer Koalitionsvereinbarungen hingegen einer nochmaligen Prüfung anhand Art. 9 Abs. 3 GG.

354 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 193; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 193; *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 146; *Denzel*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 16 f.; *Hartmann/Lobinger*, NZA 2010, 421, 423; im Ergebnis auch *Bechtold*, RdA 1983, 99, 100;

Diese Lösung zeigt sich deutlich an der Differenzierung der Regelung der Arbeitszeit und des Ladenschlusses:

- Die Arbeitszeit ist nach § 1 Abs. 1 TVG erlaubte Inhaltsnorm[356], folglich von der Tarifmacht der Tarifpartner gedeckt und steht damit außerhalb kartellrechtlicher Kontrolle. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass damit der Ladenschluss mitgeregelt wird. Das ist nur Folgewirkung des zulässigen Regelungsgegenstandes und von der Kartellierungsbefugnis des einfachrechtlich ausgestalteten Art. 9 Abs. 3 GG gestattet. Der Ladenschluss ist nur Folge der Arbeitszeitregelung und könnte vom Arbeitgeber durch den Einsatz von Außenseitern überwunden werden[357].
- Soll hingegen der Ladenschluss als solcher geregelt werden, steht dies außerhalb der Tarifmacht der Tarifpartner und würde unmittelbar das Marktverhalten des Arbeitgebers betreffen. Außerhalb der Tarifmacht greift die Kartellrechtfertigung des Art. 9 Abs. 3 GG regelmäßig nicht mehr. Für Vereinbarungen über Betriebs- und Ladenöffnungszeiten wurde die Eröffnung der Kartellkontrolle daher richtigerweise bejaht[358]. Gleiches gilt etwa für Forschungsaktivitäten in Unternehmen und Einschränkungen des Vertriebs von Produkten[359]. Hier gilt umgekehrt, dass es sich um unternehmerische Entscheidungen handelt, die nur mittelbar Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt haben. Sowenig Arbeitsmarktentscheidungen der Kartellkontrolle unterliegen, weil sie

---

unklar *ders.*, in: FS Bauer, S. 116, der auf S. 117 dennoch wieder eine Abwägung vornehmen möchte.

355 Siehe BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 973.

356 Das BVerfG 9.6.2004 – 1 BvR 636/02 – NJW 2004, 2363, 2366 geht inzident von einer Inhaltsnorm aus; für so eine auf den Wettbewerb Rücksicht nehmende Auslegung plädieren auch *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 965.

357 *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 146.

358 KG 21.2.1990 – Kart U 4357/89 – NZA 1991, 24, 25: »eine sich auf den Markt für Waren oder gewerbliche Leistung beziehende wettbewerbsbeschränkende Bestimmung«; BKartA, Brief vom 31.1.1961 »Sonnabendarbeitszeit«, WuW/E BKartA 339, 340; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 193, 208; *Jarass*, NZA 1990, 505, 506; für einen Fall auf europäischer Ebene: Kommission 30.9.1986 – IV/31.362 »Irish Banks' Standing Committee« – ABl. 1986, L 295/28, 30; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81 EG Rn. 15; *Rieble*, Arbeitsmarkt- und Wettbewerb, Rn. 471; *von Wallwitz*, Tarifvertrag und Wettbewerb, S. 140 ff.; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 217 mit weiteren Nachweisen; unzutreffend BAG 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – NZA 1996, 1214, 1215; anders bei einem parallelen Fall in den Vereinigten Staaten: U.S. Supreme Court – »Meat Cutters v. Jewel Tea« – 381 U.S. 676 (1965).

359 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 57; weitere Beispiele bei *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1100.

mittelbar auch den Güter- oder Dienstleistungsmarkt regeln, sowenig ist eine Entscheidung auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt von der Kartellkontrolle freigestellt, weil sie mittelbar auch Arbeitsbedingungen (mit-)regelt[360].

Zu einem ähnlich differenzierten Ergebnis sind auch die Kartellreferenten des Bundes und der Länder auf ihrer Tagung vom 8. und 9. Oktober 1964 gelangt, bei der sie sich mit den Bestimmungen in Manteltarifverträgen für das Hotel- und Gaststättengewerbe hinsichtlich der Verpflichtung zur Erhebung von Bedienungsgeldern befasst haben[361]:

- »In Tarifverträgen für das Hotel- und Gaststättengewerbe enthaltene Verpflichtungen der Gastwirte, vom Gast Bedienungsgeldaufschläge zu erheben, sind nicht arbeitsrechtlicher Natur. Sie verstoßen gegen § 1 GWB, weil sie die Hotel- und Gaststättenbetriebe im Preiswettbewerb beschränken«.
- »Kartellrechtlich unbedenklich sind hingegen Regelungen, nach denen die Arbeitgeber lediglich gehalten sind, im Tarifvertrag bestimmte Prozentsätze vom Umsatz den Prozenteempfängern (Bedienungspersonal) als Entlohnung zu zahlen«.

Während die Verpflichtung zur Erhebung von Bedienungszuschlägen den Gütermarkt zwischen Gast und Gastwirt betrifft, greift zweitgenannte Regelung den (Gütermarkt-)Umsatz nur als Bemessungsgrundlage einer dynamischen Vergütung für das Bedienungspersonal auf.

Dass die Tarifmacht nach dem TVG die Reichweite der Kartellierungsbefugnis abschließend regelt, lässt sich schließlich § 12a Abs. 4 TVG entnehmen, der das Rechtsverhältnis zwischen arbeitnehmerähnlichen Handelsvertretern im Sinne des § 84 HGB und ihren Auftraggebern von der Tarifmacht ausnimmt und auf Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung nach § 92a HGB verweist[362]. Tarifverträge griffen stark in die Absatzmittlung und damit den Gütermarkt ein und beeinträchtigten dadurch mittelbar den Wettbewerb zwischen denjenigen Unternehmern, die sich der Hilfe Handelsvertretern bedienen[363]. Deshalb entschied der Gesetzgeber im Rahmen seiner Ausgestaltungsbefugnis[364] für die von Art. 9 Abs. 3 GG erfassten arbeitnehmerähnlichen Personen[365] die Tarifautonomie zurücktreten zu lassen.

360 In diesem Sinne schon *Säcker*, ZHR 137 (1974), 455, 467.
361 BB 1965, 12; zustimmend *Schoch*, BB 1965, 477.
362 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 164.
363 *Löwisch/Rieble*, § 12a TVG Rn. 5.
364 *Löwisch/Rieble*, § 12a TVG Rn. 3.
365 BAG 15.2.2005 – 9 AZR 51/04 – NZA 2006, 223, 228.

[4] Folge für privative Tariftreue

Für privative Tariftreue in schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen bedeutet dies, dass die Kartellgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht eingreift, da sich die Regelungen außerhalb der Tarifmacht der beteiligten Tarifvertragsparteien befinden[366].

Dabei ist auch nicht danach zu differenzieren, ob eine Regelung eine unmittelbare Verpflichtung des Tariftreueschuldners gegenüber seinen Arbeitnehmern begründet und damit formal ein regelbares »Arbeitsverhältnis« bleibt oder ob die Formulierung der Tariftreueregel von vornherein das Gütermarktverhältnis zwischen Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner betrifft (Einwirkungspflicht)[367]. Erstens ergibt die Auslegung der Tariftreueregel auch in erstgenanntem Fall, dass es sich um eine Regelung des Gütermarktverhaltens zwischen Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner handelt, da eine reine Verpflichtung des Tariftreueschuldners von vornherein scheitert, zweitens ist auch die personale Komponente von der Tarifmacht erfasst[368], sodass die Kartellgarantie in jedem Fall ausscheidet.

c. Zwischenergebnis

Das Kartellierungsverbot ist auf privative Tariftreue grundsätzlich anwendbar. Weder das deutsche, noch das europäische Kartellrecht kennen eine geschriebene Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt.

Die ungeschriebene europarechtliche Bereichsausnahme, die der EuGH in der Sache »Albany« entwickelt hat, nimmt Tarifverträge zwar unter bestimmten Bedingungen aus der Kartellkontrolle aus, die näheren Bestimmungen überlässt sie indes dem mitgliedstaatlichen Recht. Das deutsche Recht enthält mit Art. 9 Abs. 3 GG eine Kartellgarantie zugunsten »tariflicher« Regelungen, die sich in die Grundauffassung des EuGH einfügt. Da ohnehin das deutsche Recht die Bereichsausnahme vorgibt, kann letztlich offen bleiben, ob der vom Gesetzgeber mit der 7. GWB-Novelle gewollte Gleichlauf des deutschen mit dem europäischen Kartellrechts zu einer identischen Bereichsausnahme im deutschen Recht zwingen würde.

Die Kartellgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG ist einfachgesetzlich durch das TVG abschließend ausgestaltet und verbietet die Kartellkontrolle sämtlicher Regelungen in Tarifnormen und tarifnormersetzenden Koalitionsvereinbarungen, die von der Tarifmacht der jeweiligen Tarifpartner erfasst sind. Insoweit schaden auch Auswirkungen auf dem Gütermarkt nicht.

366 Oben § 2 A. I. 2, S. 49.
367 So aber *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 113 f.; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 76 f.
368 Oben § 2 A. I. 2. a, S. 49.

Privative Tariftreue kann sich auf diese Bereichsausnahme indes nicht stützen. Sie befindet sich außerhalb der Tarifmacht der beteiligten Tarifpartner. Eine Bereichsausnahme für privative Tariftreue in schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen ist daher nicht gegeben.

2. Adressatenkreis

Weder das europäische noch das deutsche Kartellrecht nehmen ihren Anwendungsbereich gegenüber privativer Tariftreue zurück. Es stellt sich also die Frage, ob die Akteure jener Vereinbarungen Adressaten des Kartellverbots sein können. Sowohl Art. 101 Abs. 1 AEUV als auch § 1 GWB setzen entweder eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen voraus.

a. Unternehmen

Maßgeblich ist zunächst die Reichweite des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Dabei ist der Unternehmensbegriff für das europäische Kartellrecht autonom unionsrechtlich zu bestimmen[369]. Ein Rückgriff auf die mitgliedstaatlichen und damit auch die deutschrechtliche Unternehmensdefinition scheidet aus[370]. Andererseits wollte der deutsche Gesetzgeber mit der 7. GWB-Novelle die Bestimmungen des deutschen Kartellrechts mit denen des europäischen Kartellrechts harmonisieren[371], sodass die Auslegung durch den EuGH grundsätzlich auch im deutschen Kartellrecht zu beachten ist.

aa. Funktional-relativer Ansatz

Sowohl das europäische als auch das deutsche Kartellrecht gehen von einem funktional-relativen Unternehmensbegriff aus und laufen weitgehend parallel. Unternehmen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist nach dem EuGH »jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung«[372]. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH setzt die Unternehmenseigenschaft

369 OLG Düsseldorf 28.8.1998 – U (Kart) 19/98 – NZS 1998, 567; *Frenz*, HdbEuR II, Rn. 343.

370 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 38 f.; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 29.

371 Oben § 3 A. I. 1. b. bb. [1], S. 85.

372 Ständige Rechtsprechung: EuGH 23.4.1991 – Rs. C-41/90 »Höfner und Elser« – Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; EuGH 16.3.2004 – verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 »AOK Bundesverband« – Slg. 2004, I-2493 Rn. 46; siehe auch Art. 2 des Protokolls 22 zum EWR-Abkommen.

nicht einmal eine eigene Rechtspersönlichkeit der Einheit voraus[373]. Die Adressatenstellung wird also nicht am Typus des Marktteilnehmers festgemacht, sondern *funktional* an der (wirtschaftlichen) Natur der von ihm entfalteten Aktivität[374]. Sie ist *relativ*, weil sie streng tätigkeitsbezogen ist. Die Unternehmenseigenschaft kann nicht generell-abstrakt, sondern immer nur für eine bestimmte Tätigkeit festgestellt werden. Das kann zur Folge haben, dass ein und dieselbe Einheit bei der einen Tätigkeit als Unternehmen zu qualifizieren ist, während sie bei einer anderen Tätigkeit nicht Adressat der Kartellvorschriften ist[375].

bb. Arbeitgeber

Die Frage nach der Unternehmenseigenschaft stellt sich zunächst für Arbeitgeber, die an privativer Tariftreue als Tariftreuegläubiger beteiligt sind. In ihrem klassischen wirtschaftlichen Betätigungsfeld bieten sie Waren oder Dienstleistungen an oder fragen solche nach und fallen damit ohne weiteres unter den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff[376]. Arbeitgeber sind aber auch dann unternehmerisch tätig, wenn sie Tarifverhandlungen führen[377] oder Leistungen auf dem Arbeitsmarkt nachfragen[378]. Auch diese Tätigkeit ist ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zuzurechnen[379].

Zu berücksichtigen ist indes die Rechtsprechung des EuGH zur unternehmerischen Qualität der *Nachfrage*tätigkeit öffentlicher Arbeitgeber. Denn »wirtschaftlich« ist nach der Rechtsprechung des EuGH »jede Tätigkeit,

373 EuGH 28.6.2005 – verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P »Dansk Rørindustri« – Slg. 2005, I-5425 Rn. 113.

374 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 31; in diesem Sinne auch GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 »AOK Bundesverband« – Slg. 2004, I-2493 Rn. 25.

375 EuGH 1.7.2008 – Rs. C-49/07 »MOTOE« – Slg. 2008, I-4863 Rn. 25; EuGH 26.3.2009 – Rs. C-113/07 »SELEX« – Slg. 2009, I-2207 Rn. 14; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 12; MünchKommWettbR/*Säcker/Herrmann*, Einl. EU Rn. 1598; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 35.

376 A.A. offenbar nur *Lange*, WuW 2002, 953, 954.

377 MünchKommWettbR/*Säcker*, Einl. EU Rn. 244.

378 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 972; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 977; *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 41; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 138 f.; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 10; a.A. *Roth*, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 13; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1092 mit weiteren Nachweisen.

379 *Jäger*, GWB und Arbeitgeberverbände, S. 137; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 149; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt , Rn. 11; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 197; *ders.*, in: FS Reuter, S. 764 f.

die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten«[380]. Dabei hat der EuGH in seiner Entscheidung in der Sache »FENIN« klargestellt, »dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt«[381]. Mit anderen Worten: es kommt *allein* darauf an, ob die spätere Verwendung des Erzeugnisses – mithin die Angebotstätigkeit – als wirtschaftlich zu charakterisieren ist. Im konkreten Fall kam es daher nicht auf die Einkaufstätigkeit des spanischen *Sistema Nacional de Salud* an, sondern allein darauf, dass dieses die Erzeugnisse nicht wirtschaftlich verwendet hat, sondern Teil des nationalen Systems der sozialen Sicherheit war. Später hat der EuGH entschieden, dass diese Ansicht nicht auf soziale Einrichtungen beschränkt ist, sondern auf jede Einrichtung übertragbar ist, die Güter für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten einkauft[382]. Folgt man dieser Rechtsprechungslinie des EuGH, fallen hoheitliche und soziale Nachfrager von vornherein aus der Kartellkontrolle heraus.

Insoweit divergiert die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union mit derjenigen des BGH. Nach Letzterem begründet, um im Hinblick auf die Zwecksetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerb umfassend zu schützen, grundsätzlich »jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr«[383] die Unternehmenseigenschaft der jeweiligen Einheit und damit auch die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand (§ 130 Abs. 1 GWB)[384]. In der (deutschen) Literatur wurde die europäische Rechtsprechung kritisiert, da der damit vorgenommene Kurswechsel Schutzlücken in das Kartellrecht schlägt obwohl es für den Anbieter keinen Unterschied macht, ob dem Anbieter ein Wirtschaftsunternehmen oder ein (marktstarker) hoheitlicher oder sozialer Nachfrager gegenübersteht[385].

380 EuGH 16.6.1987 – Rs. 118/85 »Kommission/Italien« – Slg. 1987, 2599 Rn. 7; EuGH 12.9.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 »Pavlov u.a« – Slg. 2000, I-6451 Rn. 75.

381 EuGH 11.7.2006 – Rs. C-205/03 »FENIN« – Slg. 2006, I-6295 Rn. 26; zu den Hintergründen: *Bornkamm*, in: FS Blaurock, S. 42 ff.

382 EuGH 26.3.2009 – Rs. C-113/07 »SELEX« – Slg. 2009, I-2207 Rn. 17.

383 BGH 26.10.1961 – KZR 1/61 »Gummistrümpfe« – NJW 1962, 196, 199 f.; BGH16.12.1976 – KVR 5/75 »Architekten-Gebühren« – GRUR 1977, 739, 741; BGH 11.4.1978 – KZR 1/77 »Gaststättenverpachtung« – WuW/E BGH 1521; BGH 5.5.1981 – KZR 9/80 »Ganser-Dahlke« – WuW/E BGH 1841, 1842.

384 BGH 12.11.2002 – KZR 11/01 »Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge« – GRUR 2003, 633, 634; BGH 21.2.1989 – KZR 7/88 »Krankentransportbestellung« – GRUR 1989, 430.

385 MünchKommWettbR/*Säcker/Herrmann*, Einl. EU Rn. 1629; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG

Für die Unternehmenseigenschaft von Arbeitgebern dürfte dies nur selten relevant werden, da es sich in aller Regel um (auch) marktanbietende Wirtschaftsunternehmen handelt. Nur bei reinen Nachfrageunternehmen (z.B. sozialen Einrichtungen) kann sich eine Divergenz zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht ergeben. Dann wird die Kartellrechtswidrigkeit gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 nur von Art. 101 Abs. 1 AEUV und der diesbezüglichen Auslegung des EuGH beantwortet; daneben kommt nur eine gleichsinnige parallele Anwendung des § 1 GWB in Betracht (siehe auch § 22 Abs. 1 und 2 GWB)[386]. Unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle kann hingegen auch auf die reine Angebotstätigkeit abgestellt werden, um die Unternehmenseigenschaft zu begründen. Zu bedenken bleibt freilich der gesetzgeberische Wille, die Wertungen des GWB auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle an das europäische Kartellrecht anzupassen[387]. Allerdings ist zu bedenken, dass – anders als etwa nach sec. 60 *Competition Act*[388] des Vereinigten Königreichs – eine normative Festschreibung europäischer Auslegungsgrundsätze im Rahmen der 7. GWB-Novelle im Bundesrat scheiterte[389].

Das Bundeskartellamt sieht durch die (abweichende) Rechtsprechung des EuGH keinen Anlass von der Rechtsprechung des BGH abzuweichen[390]. Der BGH hat die Frage, ob »Anlass besteht, die gefestigte Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht einer Überprüfung zu unterziehen, [...] im summarischen Verfahren nicht beantwortet«[391]. Die Literatur ist sich uneinig[392], auch wenn sie betont, dass eine Abkehr von

Rn. 48; Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Rn. 5 f. mit zahlreichen Nachweisen; Langen/*Bunte*, § 1 GWB Rn. 19; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 18; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 45 ff.; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 10.

386 Riesenhuber/*Ackermann*, § 21 Rn. 32; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 6.

387 Oben § 3 A. I. 1. b. bb. [1], S. 85.

388 Competition Act 1998 (ch. 41), 9th November 1998.

389 Empfehlungen des Wirtschaftsausschuss (federführend) vom 18.4.2005, BR-Drucks. 210/1/05, S. 2.

390 BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, BT-Drucks. 16/5710, S. 52.

391 BGH 19.6.2007 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung III« – WuW/E DE-R 2161, 2163; ähnlich BGH 5.6.2012 – X ZR 161/11 – NZBau 2012, 652, Rn. 17; für die Übertragung der FENIN-Doktrin aber die Vorinstanz: OLG München 11.11.2010 – U (K) 2872/10 – BeckRS 2012, 17077; kritisch hinsichtlich der Zurückhaltung des BGH: *Bornkamm*, in: FS Blaurock, S. 48 f.

392 Für die Übernahme: *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 7 mit weiteren Nachweisen; dagegen: *Bornkamm*, in: FS Blaurock, S. 54 f.

der deutschen Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft bei Fällen unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle nicht zwingend sei[393].

Unabhängig von den umstrittenen (Einzel-)Fällen, die für privative Tariftreue kaum relevant sein dürften, sind Arbeitgeber damit Unternehmen im Sinne des Kartellrechts und dem Kartellierungsverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB unterstellt.

cc. Verbände

Darüber hinaus können auch Verbände Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein. Dem steht nicht die Tatsache entgegen, dass die Eigenschaft als gleichermaßen vom Kartellrecht adressierte Unternehmens*vereinigung* näher liegt[394].

[1] Eigene wirtschaftliche Betätigung

Nach dem funktional-relativen Unternehmensbegriff setzt die Unternehmenseigenschaft eines Verbands voraus, dass er sich selbst wirtschaftlich betätigt. Zu verneinen ist dies bei der Interessenvertretung im Rahmen der Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen[395]. Anders ist es freilich, *soweit* der Verband *eigene* wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet[396], etwa Immobilien vermietet[397] oder eine Sterbekasse einrichtet[398]. Nach

393 *Ackermann*, Diskussionsbeitrag zu ders., in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 50; *Bornkamm*, in: FS Blaurock, S. 54.

394 Dazu unten § 3 A. I. 2. b, S. 115.

395 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 971; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 27; Däubler/*Schiek*, Einleitung Rn. 471.

396 BGH 29.10.1970 – KZR 3/70 »Hamburger Volksbühne« – GRUR 1971, 171, 172 für einen Volksbühnen-Verein; GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-67/96, C. 115-/97 bis C-117/97 und C-219/96 »Albany u.a.« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 221; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 63; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 27; Langen/*Bunte*, § 1 GWB Rn. 35; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 24; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 979; *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 39; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 133; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 10; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 196; *ders.*, in: FS Reuter, S. 764; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 182.

397 Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Rn. 9.

398 OLG Hamburg 11.11.1954 – 6 U 77/54 »Gewerkschafts-Sterbekasse« – WuW/E OLG 79, 80; vgl. auch OLG Bremen 24.2.1955 – 2 U 86/54 »Bestattungsversicherung« – VersR 56, 773, 774; etwas anderes soll nur bei Dienstleistungen mit Arbeitsmarktbezug gelten, etwa sie ihren Mitgliedern aufgrund ihrer Arbeitnehmerrolle Rechtsschutz vor den Arbeits- und Sozialgerichten gewähren: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 556; *Reichold*, in: Kartellrecht und

der Monopolkommission sollen Gewerkschaften zudem als Unternehmen zu qualifizieren sein, wenn und soweit sie für ihre Mitglieder entgeltliche Vertretungsleistungen gegenüber den Arbeitgebern erbringen[399].

Eigene wirtschaftliche Aktivitäten der Gewerkschaft sind freilich von Seiten der Verbände im Rahmen privativer Tariftreue nicht ersichtlich. Sie setzen nicht auf eigene wirtschaftliche Betätigung, sondern möchten die Marktmacht des Tariftreuegläubigers nutzen, um Tarifgleichheit bei seinen Vertragspartnern durchzusetzen. Ebenso scheiden daher die von der Monopolkommission befürworteten Vertretungsleistungen gegenüber den Mitgliedern aus. Dies betrifft das Innenverhältnis zum Arbeitgeber. Gütermarktsteuerung lässt sich hierunter nicht fassen.

[2] Regelung des Gütermarktverhaltens anderer Unternehmen

Nach einer im Vordringen befindlichen Meinung können Gewerkschaften aber auch dann als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts qualifiziert werden, wenn und soweit sie das Arbeitgeberverhalten auf deren Güter- und Dienstleistungsmärkten steuern[400]. Zum Güter- und Dienstleistungsmarkt gehören gerade auch die Vertragsbedingungen zwischen Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner, die durch privative Tariftreue teilweise vorbestimmt werden sollen. Dabei geht es aus Sicht des funktional-relativen Unternehmensbegriffs nur um die Frage, ob die Gewerkschaft punktuell für jene Fremdsteuerung als Unternehmen anzusehen ist.

Arbeitsmarkt, Rn. 10; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 196; *ders.*, in: FS Reuter, S. 764; a.A. *Kulka*, WuW 1987, 5, 18.

399 Monopolkommission, Hauptgutachten XVIII, Rn. 1027; a.A. *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1096 (in Fn. 82).

400 Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rn. 9; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 980; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 57; *Immenga*, Ausnahmebereich Arbeitsrecht, S. 46 ff.; *Breideneichen*, Gütermarktregulierende Tarifvereinbarungen, S. 35; *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, S. 39 f.; *Kulka*, WuW 1987, 5, 17 f.; *ders.*, RdA 1988, 336, 339; *Nacken*, WuW 1988, 475, 484 f.; *Reuter*, EzA Nr. 94 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 22; *Roth*, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 14; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 185 ff.; in diese Richtung auch *Neumann*, Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, S. 126; a.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 104; *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 95 ff.; nach *Poth*, NZA 1989, 626, 630 sprengt diese Ansicht die Grenzen des noch zulässigen Wortsinns des Merkmals Unternehmen.

[a] Rechtsprechung des BGH zur Gaststättenverpachtung u.a.

Ein erster Anhaltspunkt hierfür lässt sich aus der Rechtsprechung des BGH zur Gaststättenverpachtung[401] gewinnen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt übertrug der (private) Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses samt Gaststätte im Erdgeschoss einem Automatenaufsteller das alleinige Aufstellrecht in der Gaststätte für die Dauer von zehn Jahren. Darüber hinaus verpflichtete er sich, dem jeweiligen Pächter des Lokals die Vertragsbedingungen durch Aufnahme in seinem Mietvertrag aufzuerlegen und diesen zum Eintritt in den Automatenvertrag zu verpflichten. Der BGH bejahte – ausgehend vom funktionalen Unternehmensbegriff – die Unternehmenseigenschaft der Privatperson, da diese sich nicht auf die bloße Verpachtung (und damit bloße private Vermögensverwaltung) beschränkt hatte, sondern durch den Abschluss des Automatenaufstellvertrags selbst aktiv im Wirtschaftsverkehr tätig geworden und im geschäftlichen Verkehr als Nachfrager für die Automatenaufstellung in Gaststätten aufgetreten sei. Er habe durch Abschluss des Automatenaufstellvertrags – über die bloße äußere Einrichtung der Gaststätte hinausgehend – den Betriebszuschnitt und die Betriebsführung der Gaststätte mitgestaltet und insoweit einen Teil der unternehmerischen Entscheidung des Gaststättenpächters vorweggenommen[402]. Dies ist vergleichbar mit dem Zugriff eines Verbands auf unternehmerische Entscheidungen der Arbeitgeber. Jeweils wird fremdes Marktverhalten gesteuert[403].

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, im Falle der Gaststättenverpachtung frage der Privatmann gewerbliche Leistungen nach und reiche sie weiter, während die Verbände die Arbeitsbedingungen bei den Tariftreueschuldnern durch Tariftreueauferlegungspflichten beeinflussen, nicht als Nachfrager einer gewerblichen Leistung auftreten und demgemäß auch keine im gewerblichen Kontext eingegangenen Vertragsbindungen durchreichen

401 BGH 11.4.1978 – KZR 1/77 »Gaststättenverpachtung« – WuW/E BGH 1521; BGH 14.7.1980 – KZR 19/79 »Mallendarer Bürgerstube« – WuW/E BGH 1745; BGH 5.5.1981 – KZR 9/80 »Ganser-Dahlke« – WuW/E BGH 1841.

402 BGH 11.4.1978 – KZR 1/77 »Gaststättenverpachtung« – WuW/E BGH 1521, 1522; offengelassen in der Vorentscheidung BGH 25.11.1965 – KZR 11/64 »Bierbezug« – GRUR 1966, 277, 278, in der sich die Verpächterin lediglich einseitig verpflichtete, etwaigen Nachpächtern den Eintritt in den eine Bezugsbindung enthaltenen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag zwischen Brauerei und derzeitigen Pächtern aufzuerlegen; bejaht von *Lehmpfuhl* in seiner Anmerkung hierzu, GRUR 1966, 277, 280.

403 *Kulka*, RdA 1988, 336, 339.

würden[404]. Auf das Nachfragen und Durchreichen der Leistung kam es nicht an. Tragend war vielmehr der letzte Teil der Urteilsbegründung, in dem es heißt, der Eigentümer habe einen Teil der unternehmerischen Entscheidung des Gaststättenpächters vorweggenommen, namentlich den Betriebszuschnitt und die Betriebsführung der Gaststätte mitgestaltet. Das begründete die »Hochstufung« zur wettbewerbsrechtlich relevanten Unternehmenseigenschaft.

Das zeigen auch die Folgeurteile des Kartellsenats des BGH: In einem Fall verpflichtete sich der (private) Verpächter gegenüber der Brauerei, künftige Pächter im Bierbezug zu binden[405], in einem weiteren Fall verpflichtete sich der Eigentümer gegenüber der Brauerei, künftigen Pächtern eine Getränkebezugsbindung aufzuerlegen und die Reklame der Brauerei an dem Gebäude zu dulden[406]. In beiden Fällen stellte der BGH unter Verweis auf sein Urteil in der Sache »Gaststättenverpachtung« darauf ab, dass der Verpächter auf die Betriebsführung und den Zuschnitt der Gaststätte maßgeblich Einfluss nehme und damit eine unternehmerische Entscheidung des künftigen Gaststättenbetreibers vorwegnehme[407]. Keine Rede mehr war hingegen davon, dass er »im geschäftlichen Verkehr als Nachfrager« auftrat, wie es noch in der Ausgangsentscheidung hieß[408]. Dies zeigt, dass es allein auf die vorweggenommene unternehmerische Entscheidung ankam, die die funktionale Unternehmenseigenschaft begründete.

Schon 1962 befassten sich die Kartellreferenten der Länder bei ihrer Arbeitstagung beim Bundeskartellamt mit einem ähnlichen Fall[409]: Ein Schaustellerverband mietete zur Veranstaltung eines Volksfestes das benötigte Gelände, um es an die teilnehmenden Schausteller weiterzuvermieten. Darüber hinaus schloss er mit einer Brauerei einen Vertrag, wonach sich diese bereit erklärte, für den Reklamefonds des Verbands zu dem Volksfest einen bestimmten Betrag zu zahlen sowie für eine ordentliche und saubere Bestuhlung der sich auf dem Volksfest befindenden Schankbetriebe zu sorgen. Der Verband verpflichtete sich seinerseits, in den von ihm mit den Schankbetrieben des Volksfestes zu schließenden

404 So die Kritik von *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 96; ähnlich auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 104 und *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1096 (in Fn. 82).

405 BGH 14.7.1980 – KZR 19/79 »Mallendarer Bürgerstube« – WuW/E BGH 1745 f.

406 BGH 5.5.1981 – KZR 9/80 »Ganser-Dahlke« – WuW/E BGH 1841.

407 BGH 14.7.1980 – KZR 19/79 »Mallendarer Bürgerstube« – WuW/E BGH 1745, 1747; BGH 5.5.1981 – KZR 9/80 »Ganser-Dahlke« – WuW/E BGH 1841, 1842 f.

408 BGH 11.4.1978 – KZR 1/77 »Gaststättenverpachtung« – WuW/E BGH 1521, 1522.

409 Siehe dazu den Bericht, WRP 1962, 91.

Verträgen, die Verpflichtung einzuhalten, dass während der Zeit des Festes ausschließlich Bier der Vertragsbrauerei zum Ausschank gelangt. Die Teilnehmer der Tagung zogen daraus den Schluss, dass ein Vertrag, durch den ein Vertragspartner verpflichtet wird, Dritten, mit denen er seinerseits Verträge abschließt, Bindungen der in § 18 Abs. 1 GWB a.F. bezeichneten Art aufzuerlegen, nicht nach § 15 GWB a.F. nichtig seien aber – bei Vorliegen der Voraussetzungen – nach § 18 GWB a.F. von der Kartellbehörde für unwirksam erklärt werden könne. Von der Unternehmenseigenschaft des Verbands sind sie offenbar ausgegangen.

Ganz konkret wird in den genannten Fällen die Unternehmenseigenschaft allein durch die Steuerung fremder unternehmerischer Entscheidungen begründet: Es werden Automatenaufstellentscheidungen bzw. Bierbezugsentscheidungen vorweggenommen.

[b] Rechtsprechung des BGH zur Gruppenversicherung

Ein weiterer Anhaltspunkt lässt sich aus der Rechtsprechung des BGH zum unlauteren Wettbewerb ableiten. Dort gab er einem Unterlassungsantrag nach § 1 UWG a.F.[410] gegen eine Gewerkschaft statt, die kraft ihrer Satzung ihren Mitgliedern auch ohne deren Zustimmung Familien- und Wohnrechtsschutz bei einer bestimmten Rechtsschutzversicherung verschaffte[411]. Der BGH erkannte, dass sich die Gewerkschaft im geschäftlichen Verkehr in Wettbewerbsförderungsabsicht zugunsten der bevorzugten Rechtsschutzversicherung bewegt hatte und beanstandete die unlautere Koppelung von Gewerkschaftsmitgliedschaft und Gruppenversicherungsschutz[412].

Für die kartellrechtliche Unternehmenseigenschaft hat dies zwar keine unmittelbare Bedeutung, da das UWG kein Handeln von Unternehmen voraussetzt. Allerdings erfüllt das Tatbestandsmerkmal des Handelns »im

410 § 1 UWG in der Fassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909, RGBl. 1909, S. 499 (gültig bis 7.7.2004): »Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden«.

411 BGH 25.1.1990 – I ZR 19/87 »HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz« – ZIP 1990, 670; dazu: *Göller*, Gewerkschaftliche Gruppenrechtsschutzversicherungen, S. 94 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 448; *Piper*, in: FS von Gamm, S. 149 ff.; *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 52.

412 BGH 25.1.1990 – I ZR 19/87 »HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz« – ZIP 1990, 670, 671; kritisch *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 448, da die Gewerkschaft im Eigeneinteresse gehandelt hat.

geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs« eine vergleichbare Funktion wie der Unternehmensbegriff des GWB[413].

[c] Rechtssache »Cassa di Risparmio di Firenze«

Einen weiteren Anhaltspunkt bietet die Entscheidung des EuGH in der Sache »Cassa di Risparmio di Firenze« (Sparkasse Florenz)[414]. Der Entscheidung lag zugrunde, dass in Italien die Sparkassen privatisiert und in das Eigentum gemeinnützig agierender Bankstiftungen überführt worden waren. Da den Stiftungen der Gewinn der Sparkassen zustand, stellte sich die Frage, ob sie als Unternehmen zu qualifizieren seien, was zur Folge hätte, dass bestimmte Steuervergünstigungen als unzulässige Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV anzusehen wären.

In der Urteilsbegründung präzisierte der EuGH die »wirtschaftliche Tätigkeit« seines funktionalen Unternehmensbegriffs: »Meistens ist die wirtschaftliche Tätigkeit eine Tätigkeit, die unmittelbar auf dem Markt erbracht wird. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie auf einen unmittelbar auf dem Markt operierenden Wirtschaftsteilnehmer und mittelbar auf eine andere Einheit zurückzuführen ist, die diesen Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen einer von ihnen gebildeten wirtschaftlichen Einheit kontrolliert«[415]. Zwar soll der bloße Besitz von Beteiligungen – auch von Kontrollbeteiligungen – noch keine wirtschaftliche Tätigkeit der Einheit darstellen, wenn damit nur die Ausübung der Mitgliedschafts- und Dividendenrechte einhergeht, da letztere bloße Früchte des Eigentums an einem Gut seien[416]. Bloße Vermögenverwaltung stellt daher in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht keine wirtschaftliche Tätigkeit dar. »Übt dagegen eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft hält, diese Kontrolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft aus, ist sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt anzusehen«[417].

---

413 *Kulka*, WuW 1987, 5, 18; ausführlich *Immenga*, Ausnahmebereich Arbeitsrecht, S. 49 ff.

414 EuGH 10.1.2006 – Rs. C-222/04 »Cassa di Risparmio di Firenze« – Slg. 2006, I-289.

415 EuGH 10.1.2006 – Rs. C-222/04 »Cassa di Risparmio di Firenze« – Slg. 2006, I-289 Rn. 109 f.

416 EuGH 10.1.2006 – Rs. C-222/04 »Cassa di Risparmio di Firenze« – Slg. 2006, I-289 Rn. 111.

417 EuGH 10.1.2006 – Rs. C-222/04 »Cassa di Risparmio di Firenze« – Slg. 2006, I-289 Rn. 112 ; ähnlich: Kommission 26.7.1976 – IV/28.996 »Reuter/BASF« – ABl. 1976, L 254/40, 45; Kommission 10.1.1979 – »Vaessen/Moris«, ABl. 1979, L 19/32, Rn. 12.

Da der EuGH aus der (Fern-)Steuerung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines anderen Akteurs die (der kartellrechtlichen identische beihilfenrechtliche[418]) Unternehmenseigenschaft der gemeinnützigen Bankstiftung begründete, wird vertreten, dass bei Gewerkschaften nicht anders verfahren werden dürfe, wenn sie (tarif-)vertraglich Vorgaben für das Verhalten der Arbeitgeber auf deren Güter- und Dienstleistungsmärkten machen[419].

Dem wird entgegengehalten, die Fälle seien nicht vergleichbar, da im Fall der Sparkasse Florenz die Unternehmenseigenschaft einer Konzernobergesellschaft in Frage stünde, bei der die Bejahung der Unternehmenseigenschaft *als solche* unmittelbar einleuchte; die Gewerkschaft hingegen übe in einem Tarifvertrag erstens nur sehr punktuell und zweitens nicht kraft gesellschaftsrechtlich vermittelter Macht Einfluss auf einzelne Entscheidungen der Mitgliedsunternehmen der Arbeitgeberverbände aus[420]. Außerdem kontrolliere die Stiftung die Sparkasse aus rein wirtschaftlichen Zielen, während mit den in Frage stehenden Tarifvertragsregelungen gewerkschaftspolitische Ziele verfolgt würden[421].

Darauf ist zu erwidern, dass es auf die Zielsetzung der agierenden Stiftung bzw. Gewerkschaft nicht ankommt. Es geht gerade darum, die Unternehmenseigenschaft durch Einflussnahme auf fremde unternehmerische Entscheidungen zu begründen. Welche Zwecke damit verfolgt werden, spielt keine Rolle[422]. So kann sich ein Unternehmen nicht mit dem Argument der Kartellkontrolle entziehen, seine (unternehmerische) Betätigung verfolge sozialpolitische Ziele[423]. Einzig könnte die Gewerkschaftsbetätigung als solche unter dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG stehen und jede Kartellkontrolle verbieten, was für privative Tariftreue verneint wurde[424]. Das ist indes keine Frage der Unternehmenseigenschaft.

Auch die nur punktuelle Einflussnahme durch die Gewerkschaft schließt die Unternehmenseigenschaft nicht *per se* aus. Das ist gerade Kennzeichen des funktionalen Unternehmensbegriffs, der auch nur einzelne Betätigungen erfassen kann. Dies bestätigt die Rechtsprechung zur punktuellen Unternehmenseigenschaft bei eigener wirtschaftlicher Betätigung[425]

418 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*von Wallenberg/Schütte*, Art. 107 AEUV Rn. 39.
419 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 57; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13.
420 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 104; *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 97.
421 *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 97 f.
422 *Kulka*, WuW 1987, 5, 18 und *ders*. RdA 1988, 336, 339 für das GWB.
423 Unten § 3 A. I. 5. a, S. 136.
424 Oben § 3 A. I. 1. b. bb. [2], S. 86.
425 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [1], S. 101.

und auch der EuGH machte in genannter Entscheidung keine Angaben zur Kontrolldichte.

Auch steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen, dass der Einfluss der Stiftung auf die Sparkasse gesellschaftsrechtlich vermittelt war. Allein die konzernrechtliche Einflussnahmemöglichkeit führt nicht zur Unternehmenseigenschaft der Stiftung. Wie der EuGH betonte, begründet das bloße Halten von Anteilen – selbst von Kontrollbeteiligungen – nicht die wirtschaftliche Tätigkeit. Relevant ist allein die konkrete Einflussnahme auf unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsleitung. Auf welcher Machtbasis die Einflussnahme beruht, macht keinen Unterschied. Ebenso wenig, ob diese rechtlich oder faktisch erfolgt[426].

Zwar setzt mittelbare wirtschaftliche Betätigung voraus, dass der unmittelbare Wirtschaftsteilnehmer vom mittelbaren Wirtschaftsteilnehmer »im Rahmen einer von ihnen gebildeten wirtschaftlichen Einheit kontrolliert« wird[427], und es fällt auf den ersten Blick schwer in Gewerkschaft, Arbeitgeberverband und Mitgliedsunternehmen, bzw. in Gewerkschaft und Unternehmen bei der Hauskoalitionsvereinbarung, eine »wirtschaftliche« Einheit zu sehen, wie sie für Konzernkonstellationen bejaht wird[428]. Doch nimmt der Tariftreueveranlasser gerade die Marktmacht des Tariftreuegläubigers in seinen Dienst und usurpiert dessen wirtschaftliche Tätigkeit. Sie verschmelzen punktuell zu einer funktionalen Entscheidungseinheit[429], weswegen auch nicht der Unterschied zwischen der Definition eines unternehmerischen Willensbildungszentrums und der Einwirkung auf dieses von außen vernachlässigt wird[430]. Gerade weil der Begriff der »wirtschaftlichen Einheit« in unterschiedlichen Zusammenhängen und zu unterschiedlichen Zwecken Anwendung findet[431], ist eine Engführung[432] gegenüber der Usurpation fremder unternehmerischer Betätigung abzulehnen. Das Kartellrecht gebietet insoweit eine weite Auslegung, um sämtliche Beschränkungen des Wettbewerbs erfassen zu können.

426 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 38.

427 EuGH 10.1.2006 – Rs. C-222/04 »Cassa di Risparmio di Firenze« – Slg. 2006, I-289 Rn. 110.

428 EuG 17.5.2011 – Rs. T-299/08 »Elf Aquitaine« – Slg. 2011, II-2149 Rn. 45 ff.; ausführlich zu den Konzernkonstellationen: FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 119 ff.

429 Sogleich unter § 3 A. I. 2. a. [2] [f], S. 111.

430 *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1096 (in Fn. 82).

431 Ausführlich: FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 107 ff.

432 Grundlegende Kritik des extensiven Gebrauchs des Begriffs der »wirtschaftlichen Einheit« aufgrund der Verschleierung unterschiedlicher Problemlagen: FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 106.

[d] Spanische Wettbewerbsbehörde zu Mindestpreisvereinbarungen

Darüber hinaus ist die Entscheidungspraxis der spanischen Wettbewerbsbehörde zu beachten, die keine Bedenken hatte, (auch) Gewerkschaften aufgrund tarifvertraglicher Mindestpreisvereinbarungen Bußgelder wegen Verstoßes gegen das spanische Wettbewerbsgesetz und gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV aufzuerlegen[433]. Sie ging offensichtlich von der Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaften aus, die unternehmerische Entscheidungen der vom Tarifvertrag erfassten Unternehmen (mit-)entschieden. Die Usurpation fremder unternehmerischer Entscheidungen begründete daher auch nach spanischem Rechtsverständnis zu Art. 101 Abs. 1 AEUV und den wegen Art. 3 VO 1/2003 gleich auszulegenden spanischen Wettbewerbsvorschriften die Unternehmenseigenschaft der usurpierenden Einheit.

[e] Verbände als »Kartellwächter«

Interessant ist schließlich auch die neuere Entwicklung der bußgeldrechtlichen Verantwortung sogenannter »Kartellwächter«. Am 10. Dezember 2003 belegte die Europäische Kommission unter anderem AC Treuhand, eine schweizerische Unternehmensberatung, im Verfahren »Organische Peroxide« mit einem symbolischen Bußgeld in Höhe von 1.000 Euro[434]. Die Klage vor dem EuG blieb erfolglos[435].

AC Treuhand war nicht Partei der Kartellabrede sondern lediglich Beratungsunternehmen, das das Kartell unterstützte und logistisch begleitete, indem es unter anderem Zusammenkünfte organisierte und daran teilnahm, Marktstatistiken erstellte und Beweise für die Zuwiderhandlung verborgen hielt[436]. Sie war unstreitig nicht auf dem Markt für organische Peroxide tätig. Dennoch bejahten Kommission und EuG die Tätereigenschaft durch extensive Auslegung des Unternehmensbegriffes[437]. Das war insoweit erforderlich, als das europäische Kartellbußgeldrecht keine Beihilfestrafbarkeit kennt[438].

In der Literatur wird kritisiert, dass Kommission und EuG den Täterbegriff weit in den Bereich der Beihilfe ausgedehnt und somit einen extensi-

433 Dokumentiert bei *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1097.
434 Kommission 10.12.2003 – COMP/E-2/37.857 »Organische Peroxyde« – WuW EU-V 1017; zu den vorherigen Fällen: *H. Hamann*, Unternehmen als Täter, S. 21 ff.
435 EuG 7.7.2008 – Rs. T-99/04 »AC Treuhand« – Slg. 2008, II-1501.
436 EuG 7.7.2008 – Rs. T-99/04 »AC Treuhand« – Slg. 2008 II-1501 Rn. 153.
437 Immenga/Mestmäcker/*Dannecker/Biermann*, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 136.
438 Dazu *Koch*, ZWeR 2009, 370, 380 ff.

ven Einheitstäterbegriff begründet hätten[439]. Insbesondere wird bemängelt, dass ein Kartellwächter kein Unternehmen ist, das am Wettbewerb auf dem in Frage stehenden Markt teilnimmt und es damit keine spezifischen wettbewerbsrechtlichen Pflichten trifft[440]. Es wird also teilweise eine Tätigkeit gerade am *konkreten* Markt verlangt, um die Unternehmenseigenschaft im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bejahen zu können. Dies ist vom relativ-funktionalen Unternehmensbegriff gesehen nur konsequent.

Die Unternehmenseigenschaft auf gerade dem kartellierten Markt vorauszusetzen bedeutet aber die abstrakte Unternehmenseigenschaft von AC Treuhand (auf dem Beratungsmarkt) nicht ausreichen zu lassen[441]. Dann macht es keinen Unterschied, ob die zu bebußende Einheit auf einem anderen Markt als Unternehmen zu qualifizieren ist oder ob außer der in Frage stehenden Kartellwächtertätigkeit keine unternehmerische Betätigung erfolgt.

Während die Kommission noch die abstrakte Unternehmenseigenschaft der AC Treuhand prüfte[442], beschäftigte sich das EuG mit der Frage nicht mehr näher, sondern begründete nur die »Extension« auf den kartellierten Markt. Freilich war Ersteres auch nicht erforderlich, da AC Treuhand unstreitig abstrakt Unternehmen (auf dem Beratungsmarkt) war. Der vom EuG unterstellten abstrakten Unternehmenseigenschaft ist daher kein allzu großes Gewicht beizumessen. Insbesondere lässt sich dem nicht entnehmen, dass dies konstitutives Merkmal bei Kartellwächterkonstellationen ist.

Richtigerweise kann es keinen Unterschied machen, ob der Kartellwächter auf einem anderen Markt als Unternehmen tätig ist oder ob keine eigene – *abstrakte* – Unternehmenseigenschaft gegeben ist, da allein die Kartellkoordinierung der beteiligten Unternehmen funktional unternehmerisches Handeln darstellt. Die Unternehmenseigenschaft auf einem anderen Markt zu verlangen wird dem Unternehmensbegriff nicht gerecht, der den

439 FK/*Kindhäuser*, Art. 81 Bußgeldrechtliche Folgen Rn. 110; *Koch*, ZWeR 2009, 370 ff.; *Dannecker*, ÖZK 2010, 171 ff.; *Weitbrecht/Baudenbacher*, EuR 2010, 230.

440 Immenga/Mestmäcker/*Dannecker/Biermann*, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 137; *Tiedemann*, in: FS Jescheck, S. 1424; auch schon *H. Hamann*, Unternehmen als Täter, S. 189: »im Geschäftsbereich des Unternehmens«; zustimmend FK/*Kindhäuser*, Art. 81 Bußgeldrechtliche Folgen Rn. 110.

441 Diese »abstrakte« Unternehmenseigenschaft fordert aber *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 98.

442 Kommission 10.12.2003 – COMP/E-2/37.857 »Organische Peroxyde« – WuW EU-V 1017, Rn. 373.

Wettbewerb vor all jenen Akteuren schützen will, die *ihn* beeinträchtigen[443].

Jene Steuerungs- und Hilfstätigkeiten können auch ohne weiteres von Berufsverbänden übernommen werden[444], indem absatz- oder einkaufsrelevante Daten zwischen den Mitgliedsunternehmen verteilt werden. Das führt zur Unternehmenseigenschaft des Verbands[445]. Diese funktionale Zuweisung der Unternehmenseigenschaft beruht auf dem Gedanken fremder Gütermarktsteuerung. Der Kartellwächter beeinflusst durch bestimmte Handlungen aufgrund faktischer Verbandsmacht unternehmerische Entscheidungen seiner Mitgliedsunternehmen, ohne selbst auf dem entsprechenden Markt tätig zu sein.

[f] Folge für privative Tariftreue

Jene Anhaltspunkte aus der europäischen und deutschen Rechtsprechung können unter Geltung des funktionalen Unternehmensbegriffs herangezogen werden, um die Unternehmenseigenschaft von Verbänden bei fremder unternehmerischer Steuerung zu begründen. Es geht nicht darum, die Unternehmenseigenschaft des Verbandes *an sich* zu begründen. Nur funktional bei Einflussnahme auf fremde unternehmerische Gütermarkttätigkeit ist der Verband als Unternehmen zu qualifizieren. Die »Dammbruchkritik« von *Wessely*, der Unternehmensbegriff würde uferlos[446], ist nicht berechtigt. Wenn und soweit die fremde Unternehmenseigenschaft tatsächlich usurpiert wird, führt das zur kartellrechtlichen Unternehmenseigenschaft. Sein genanntes Beispiel, ob auch Greenpeace zum Unternehmen würde, wenn ein Unternehmensverband (oder ein einzelnes Unternehmen) im Rahmen seiner *Corporate Social Responsibility* mit Greenpeace eine Vereinbarung schließen würde, bestimmte als umweltschädlich angesehene Produkte nicht mehr zu führen oder keine Waren von Herstellern mehr zu kaufen, die Kinderarbeit einsetzen, ist differenziert zu beantworten. Wird das oder werden die Unternehmen durch diese Vereinbarung weder rechtlich noch faktisch gebunden, fehlt es an der Fremdsteuerung; die Unternehmenseigenschaft wird nicht usurpiert. Die Unternehmen können immer noch frei entscheiden, ob sie der »Richtlinie« folgen. Anders wäre es aber, wenn Greenpeace eine solche Machtposition über ein Unternehmen erlangen würde, welche das Unternehmen faktisch zur Be-

443 So deutet es das EuG selbst an: EuG 7.7.2008 – Rs. T-99/04 »AC Treuhand« – Slg. 2008 II-1501 Rn. 127.

444 Angedeutet bei Kartellblog vom 16.11.2009, AC Treuhand – »Kartellgehilfen« im EG-Kartellrecht, http://kartellblog.de/2009/11/16/ac-treuhand-kartellgehilfen-im-eg-kartellrecht/.

445 Freilich ist der Verband in diesen Fällen in der Regel bereits Unternehmensvereinigung, sodass es auf die Unternehmenseigenschaft nicht mehr ankommt.

446 *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 99.

folgung zwingen würde. Das könnte tatsächlich, aber auch rechtlich geschehen, z.B. durch die Vereinbarung einer hohen, aber noch rechtmäßigen (§ 348 HGB) Vertragsstrafe[447]. Dies ist praktisch aber eher fernliegend.

Anders ist es aber bei privativer Tariftreue. Verbände haben mitunter starkes (tatsächliches) Einwirkungspotential gegenüber Tariftreuegläubigern. Da privative Tariftreue auf die Beeinflussung unternehmerischer Marktentscheidungen zielt, mithin bestimmte Bedingungen vertraglich in Güter- und Dienstleistungsverträge aufgenommen werden sollen, sind Verbände insoweit als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen. Dass dabei letztlich Arbeitsbedingungen bei Tariftreueschuldnern durchgesetzt werden, ändert nichts an der Tatsache, dass dies auf einer unternehmerischen Entscheidung des Tariftreuegläubigers beruht. Auch der Umstand, dass Gewerkschaften letztlich Mitgliederinteressen verfolgen und unter dem Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit agieren[448], ändert an der separat zu beantwortenden Frage der Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaft nichts[449].

Funktional treten die Verbände für jene Entscheidung »in das Lager« des Tariftreuegläubigers. Für die in Frage stehende Entscheidung bilden Tariftreueveranlasser und in Dienst genommener Arbeitgeber eine »funktionale Entscheidungseinheit« ähnlich der »wirtschaftlichen Einheit« bei Konzernsachverhalten[450].

Für die Frage der Verantwortung ist die Rechtsprechung des EuG[451] und des EuGH[452] zu beachten, die zwischen dem materiellrechtlichen Normadressat, mithin der »wirtschaftlichen Einheit« und dem verfahrensrechtlichen Entscheidungsadressat, also derjenigen natürlichen oder juristischen Person, die für das Verhalten zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung

447 Dazu noch unten § 4 A. I. 3. b. bb. [3], S. 171.

448 Oben § 3 A. I. 1. b. cc, S. 88.

449 Im Ergebnis auch *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 191.

450 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [c], S. 106; ähnlich FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 38, ausführlich zu den Konzernsachverhalten Rn. 119 ff.

451 EuG 17.12.1991 – Rs. T-6/89 »Enichem Ani« – Slg. 1991, II-1623 Rn. 235 f.; EuG 10.3.1992 – Rs. T-11/89 »Shell« – Slg. 1992, II-757 Rn. 311; EuG 20.4.1999 – verb. Rs. T-305/94 bis T-307/94, T-313/94 bis T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94 »Limburgse Vinyl Maatschappij« – Slg. 1999, II-931 Rn. 978; EuG 14.12.2006 – verb. Rs. T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02 »Raiffeisen Zentralbank Österreich« – Slg. 2006, II-5169 Rn. 331; EuG 12.12.2007 – Rs. T-112/05 »Akzo Nobel« Slg. 2007, II-5049 Rn. 57 ff.

452 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-280/06 »ETI« – Slg. 2007, I-10893 Rn. 38 ff.

verantwortlich ist und zur Rechenschaft gezogen wird, unterscheiden[453]. Letztere muss eine *Person* sein, nicht zuletzt, damit die Entscheidung vollstreckt werden kann[454]. Das ist bei privativer Tariftreue im Falle einer funktionalen Entscheidungseinheit nur der Tariftreueveranlasser, hier also der oder die Verbände, wenn und soweit sie die Unternehmenseigenschaft des Tariftreuegläubigers usurpieren.

Dieser Sichtweise steht nicht entgegen, dass die Verbände nach herkömmlicher Betrachtung hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 GWB, § 830 Abs. 2, 1 GWB nur als Anstifter gesamtschuldnerisch mithaften könnten[455]. Die »Beteiligung« des Tariftreueveranlassers geht bei privativer Tariftreue durch Indienstnahme des Tariftreuegläubigers über die bloße Teilnahme hinaus und begründet aufgrund der funktionalen Entscheidungseinheit eine eigene Täterverantwortlichkeit des Tariftreueveranlassers.

[3] Zwischenergebnis

Verbände sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, wenn sie eigenen wirtschaftlichen Betätigungen nachgehen, was für privative Tariftreue keine Rolle spielt. Sie sind nach richtiger Auffassung aber auch dann als Unternehmen zu qualifizieren, wenn sie fremdes unternehmerisches Handeln steuern, etwa den Tariftreuegläubiger in den Dienst der Tariftreuedurchsetzung bei Tariftreueschuldnern nehmen. Sie bilden mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit, die eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Unternehmensdefinition ist.

dd. Betriebsrat

Fraglich ist, ob auch der Betriebsrat als Tariftreueveranlasser Adressat des Kartellrechts sein kann. Das ist einmal zweifelhaft im Hinblick auf die Frage, ob der Betriebsrat wirtschaftliche Tätigkeiten entfaltet. Diese Frage ist indes gleichermaßen wie bei den Verbänden zu beantworten und kann bei privativer Tariftreue hinsichtlich der Regelung des Gütermarktverhaltens des Unternehmens bejaht werden. Der Betriebsrat nimmt die Marktmacht des Tariftreuegläubigers in seinen Dienst, usurpiert dessen »wirtschaftliche Tätigkeit« und bildet mit ihm die funktionale Entscheidungseinheit[456]. Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit ist schließlich weit zu sehen. Auf die Rechtsform kommt es ebenso wenig an wie auf die Art der

453 Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Rn. 14; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 10.

454 Sehr klar: GA *Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-280/06 »ETI« – Slg. 2007, I-10893 Rn. 69.

455 Zur Anstifterhaftung unten § 3 A. III, S. 155.

456 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.

Finanzierung. Das Subjekt muss nicht rechtsfähig sein, um zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten fähig zu sein[457], weswegen auch die funktionale Entscheidungseinheit zwischen Betriebsrat und Tariftreuegläubiger darunter fällt.

Beim Betriebsrat als Tariftreueveranlasser ist freilich die Verantwortlichkeit problematisch. Der Betriebsrat als solcher ist keine juristische Person, sondern nur Repräsentant der Belegschaft[458]. Er nimmt seine Beteiligungsrechte als rechtlich verfasste Einheit wahr[459]. In seinem Wirkungskreis ist er Rechtssubjekt[460]. Außerhalb seines Wirkungskreises kann er nicht handeln; er ist insoweit nicht vermögensfähig, da ihn die Rechtsordnung nicht als selbstständigen Rechtsträger verfasst hat[461].

Trotzdem ist der Betriebsrat selbstständig und kein rechtlich unselbstständiger Unternehmensteil ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Er ist den Weisungen des Arbeitgebers nicht unterworfen. Er kann eigene – gegebenenfalls auch *ultra vires* – Entscheidungen faktisch gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen[462]. Insoweit weicht die Situation deutlich von derjenigen der unselbstständigen Betriebsabteilung ab.

Zwar ist er in das zivilrechtliche Haftungssystem einbezogen[463], jedoch kann sein Verhalten mangels Organeigenschaft dem Unternehmen nicht nach §§ 30, 31 BGB zugerechnet werden[464]. Erfüllt er den Tatbestand einer unerlaubten Handlung – etwa des § 33 GWB –, so stößt der Deliktsschutz auf die immanente Grenze der Vermögensunfähigkeit des Betriebsrats. Schadensersatzansprüche gegen den Betriebsrat scheiden aus[465], was auch nicht durch die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nach § 40 Abs. 1 BetrVG überwunden werden kann, die nur bei rechtmäßiger Betriebsratstätigkeit greift[466]. Unberührt bleibt jedoch der Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung[467]. Die einzelnen Betriebsratsmitglieder haben wiederum keine Einstandspflicht für das Fehlverhalten des Betriebsrats[468]. Hat

457 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 39.
458 *Richardi*, Einl. Rn. 108.
459 *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 222 f.
460 *Veit*, Zuständigkeit des Betriebsrats, S. 130.
461 *Richardi*, Einl. Rn. 114.
462 Oben § 2 B. IV, S. 80.
463 Richardi/*Thüsing*, Vor § 26 BetrVG Rn. 9.
464 Richardi/*Thüsing*, Vor § 26 BetrVG Rn. 17.
465 *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 287 f.; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch, Rn. 116.
466 *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 288; Richardi/*Thüsing*, Vor § 26 BetrVG Rn. 13.
467 Richardi/*Thüsing*, Vor § 26 BetrVG Rn. 12.
468 Richardi/*Thüsing*, Vor § 26 BetrVG Rn. 14; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch, Rn. 117.

der Betriebsrat seine Pflichten verletzt, so sind dafür nur diejenigen Betriebsratsmitglieder verantwortlich, die gehandelt haben[469]. Das gleiche gilt für die Bußgeldhaftung.

Schadensersatz- und bußgeldrechtlich haften bei betrieblicher privativer Tariftreue demnach nur diejenigen Betriebsratsmitglieder die gehandelt haben.

ee) Zwischenergebnis

Arbeitgeber sind in ihrem originären wirtschaftlichen Betätigungsfeld ohne weiteres Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Aber auch die Nachfrage nach Arbeit ist eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne. Verbände und Betriebsräte sind nur dann Unternehmen, wenn sie mit dem in Dienst genommenen Tariftreuegläubiger aufgrund Usurpation dessen unternehmerischer Betätigung eine funktionale Entscheidungseinheit bilden.

b. Unternehmensvereinigung

aa. Arbeitgeberverband

Das Kartellverbot adressiert in Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB nicht nur Unternehmen, sondern auch Vereinigungen von Unternehmen. Nach Ansicht der Kommission ist Unternehmensvereinigung »toute groupment volontaire d'entreprises, doté d'organes habilités à exprimer une volonté collective«, mithin jede auf freiwilliger Basis entstandene Gruppe von Unternehmen, welche Organe hat und fähig ist, einen gemeinsamen Willen kundzutun[470]. Es muss sich also um eine Vereinigung von Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln, die in der Lage ist, auf ihre Mitglieder einzuwirken, wobei es möglich sein muss, direkten Einfluss auf das unternehmerische Verhalten der Mitgliedsunternehmen zu nehmen[471].

Arbeitgeberverbände fallen damit ohne weiteres unter die Definition der Unternehmensvereinigung[472], da ihre Mitgliedsunternehmen (Arbeitgeber)

469 *Belling*, Haftung des Betriebsrats, S. 288 f.; *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmissbrauch, Rn. 117

470 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 63.

471 BKartA 2.9.1994 – B6-747000-A-105/92 »Fußball-Fernsehübertragungungsrechte I« – WuW/E BKartA 2682, 2689; *Waelbroeck/Frigani*, Commentaire J. Mégret 4, p. 133; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 76.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 64, § 1 GWB Rn. 37; Langen/*Bunte*, § 1 GWB Rn. 37.

472 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 972; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 76; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-*

in aller Regel Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne sind[473] und sie aufgrund ihrer rechtlichen und faktischen Stellung in der Lage sind, Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen ihrer Mitgliedsunternehmen zu nehmen[474].

bb. Gewerkschaft

Gewerkschaften können nur dann Unternehmensvereinigungen sein, wenn man Arbeitnehmer als Unternehmen qualifiziert. Arbeitnehmer sind freilich dann Unternehmen, wenn und soweit sie sich außerhalb ihres Arbeitsverhältnisses etwa im Nebenberuf unternehmerisch betätigen[475]. Dies folgt aus dem relativen Unternehmensbegriff[476]. Darüber hinaus sind Arbeitnehmer auch dann als Unternehmen im Rahmen einer funktionalen Entscheidungseinheit zu qualifizieren, wenn sie fremdes unternehmerisches Verhalten steuern[477]. Das betrifft aber jeweils nicht die hier relevante Frage, ob sie in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer Unternehmen sind und damit als Gewerkschaftsmitglieder die Unternehmensvereinigungseigenschaft der Gewerkschaft begründen können.

Die Unternehmenseigenschaft der Arbeitnehmer als solche und folglich auch die Unternehmensvereinigungseigenschaft der Gewerkschaften wird von der überwiegenden Auffassung verneint, da Arbeitnehmer weisungsabhängig sind und keine selbstständige Arbeit leisten[478].

Freilich würde auch die Arbeitnehmertätigkeit zur Unternehmensdefinition passen, da die Grunddefinition des BGH – »jedwede Tätigkeit im ge-

---

Fournier/Mojzesowicz, § 1 GWB Rn. 39; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 EG Grundfragen Rn. 62; *Jäger*, GWB und Arbeitgeberverbände, S. 137; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 11.

473 Oben § 3 A. I. 2. a. bb, S. 98.

474 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 178.

475 Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rn. 9; Langen/*Bunte*, § 1 GWB Rn. 34; Däubler/*Schiek*, Einleitung Rn. 472; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 52.

476 Oben § 3 A. I. 2. a. aa, S. 97.

477 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.

478 *Mestmäcker/Schweitzer*, EuWettbR, § 8 Rn. 31; MünchKommWettbR/*Säcker*, Einl. EU Rn. 244; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 29; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 26; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81 EG Rn. 14; *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 6 ff.; Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rn. 9; Däubler/*Schiek*, Einleitung Rn. 471 f.; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 978; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 429; *von Wallwitz*, Tarifvertrag und Wettbewerb, S. 146; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 126 ff., 134 f.; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 8, 10; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 196; *ders.*, in: FS Reuter, S. 763 f.; *Denzel*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 15.

schäftlichen Verkehr« – und des EuGH – »jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit« – auch unselbstständig handelnde Personen einbeziehen würde, das Kartellrecht jedoch davon ausgeht, dass der Wettbewerb von autonomen Marktteilnehmern getragen wird[479]. Deswegen nimmt der BGH die Selbstständigkeit in die Definition des Unternehmens auf und verlangt eine »selbständige, aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben«[480]. Auch der EuGH sah in Personen, die als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV einer abhängigen Beschäftigung nachgingen, keine Unternehmen, da sie während der Dauer des Arbeitsverhältnisses in das Unternehmen des Arbeitgebers eingegliedert sind und mit diesem eine wirtschaftliche Einheit bilden[481]. Zu bedenken bleibt, dass der EuGH seit dem Urteil in der Sache »Albany« bei Tarifverträgen nicht mehr auf die Eigenschaft als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigung der beteiligten Parteien eingeht, sondern ausschließlich auf die gefundene Bereichsausnahme[482] abstellt; die Unionspraxis hat sich also noch nicht endgültig festgelegt[483].

Diese überwiegende Auffassung, die die Unternehmenseigenschaft der Arbeitnehmer verneint, ist nicht unbestritten. Denn nach der selbst geschaffenen Definition des EuGH – auch in seiner Einschränkung auf selbstständige Tätigkeiten – können Arbeitnehmer als Anbieter (unselbstständiger) Arbeitsleistungen auf dem Arbeitsmarkt unter den Unternehmensbegriff subsumiert werden[484]. Zwar wird der herrschenden Meinung

479 Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 29, 38; Langen/*Bunte*, Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rn. 9;

480 BGH 5.5.1981 – KZR 9/80 »Ganser-Dahlke« – WuW/E BGH 1841, 1842.

481 EuGH 16.9.1999 – Rs. C-22/98 »Becu« – Slg. 1999, I-5665 Rn. 26; trägt ein an sich selbstständiger Handelsvertreter weder das Geschäftsrisiko und kann er auf die Vertragsgestaltung keinen Einfluss nehmen gilt selbst er nicht als selbstständiger Wirtschaftsteilnehmer: EuGH 16.12.1975 – verb. Rs. 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 »Suiker Unie« – Slg. 1975, 1663; EuGH 24.10.1995 – Rs. 266/93 »Volkswagen und VAG Leasing« – Slg. 1995, I-3477 Rn. 19.

482 Oben § 3 A. I. 1. b. bb, S. 85.

483 Ausführlich FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 51.

484 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 53 ff. mit weiteren Nachweisen; *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 32 ff.; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 12; *Denzel*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 31 ff.; das räumt auch GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-67/96, C. 115-/97 bis C-117/97 und C-219/96 »Albany u.a.« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 210 ein; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 57 schließen von der Unselbstständigkeit einzelner Unternehmensabteilungen auf die entsprechende Behandlung von Arbeitnehmern und übersehen dabei, dass Abteilungen ihren Unternehmen keine marktvermittelten Leistungen anbieten.

insoweit zugestimmt, als das Ergebnis der Tätigkeit des Arbeitnehmers unselbstständig ist. Davon strikt zu trennen sei aber die Bereitschaft der Arbeitnehmer zur Erbringung von Arbeitsleistungen, die sie gegenüber ihren Arbeitgebern marktförmig anböten. Hier existiert ein (Angebots-)Wettbewerb zwischen Arbeitnehmern; zugleich herrscht ein Nachfragewettbewerb zwischen den Arbeitgebern um deren Arbeitsleistungen. Insoweit handele es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffes.

Die dagegen vorgebrachten Einwände können nicht überzeugen: Das übliche Sprachverständnis (Arbeitnehmer ungleich Unternehmen) kann nicht zur Einschränkung der funktionalen Betrachtung herangezogen werden[485], da es auf die institutionelle Betrachtung gerade nicht ankommt. Auch die Differenzierung im Rahmen der Grundfreiheiten zwischen selbstständiger (Art. 49, 56 AEUV) und unselbstständiger Tätigkeit (Art. 45 AEUV) präjudiziert nicht den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff[486]. Dass Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis begründen möchten, der Dienstleistungserbringer etwa hingegen ein Dienstverhältnis, unterscheidet nur die Märkte auf denen die Leistung marktförmig angeboten wird. Auch dass der Arbeitnehmer in der Regel nur ein Arbeitsverhältnis begründen möchte, nimmt der Entscheidung nichts von ihrer Qualität als autonome wirtschaftliche Entscheidung[487] und beschreibt nur typische Gegebenheiten. Ebenso gut kann der Arbeitnehmer mehrere (Teilzeit-)Arbeitsverhältnisse haben und der Dienstleistungserbringer nur einen (Groß-)Auftrag. Darüber hinaus vermeidet die Ansicht schwierige Abgrenzungen zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen z.B. im Bereich des Berufssports[488], wo etwa die kartellrechtliche Adressatenstellung des selbstständigen Tennisprofis zu bejahen, diejenige des angestellten Profifußballers aber zu verneinen ist[489].

Trotz der überzeugenden Kritik in der Literatur ist weiterhin davon auszugehen, dass Arbeitnehmer keine Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne sind und Gewerkschaften damit keine Unternehmensvereinigungen. An dieser Stelle von einer anderen Prämisse auszugehen, würde die Ergebnisse stark verzerren und dem praktischen Anspruch der Arbeit nicht gerecht. Überzeugender ist es, dem oben erarbeiteten Modell der fremden

485 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 54.

486 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 54; so aber Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 53; wohl auch *Reichold*, in: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 8; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 196; *ders.*, in: FS Reuter, S. 763.

487 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 54.

488 *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 12.

489 Zur Abgrenzung im Berufssport: MünchKommWettbR/*Säcker/Herrmann*, Einl. EU Rn. 1612b.

Gütermarktsteuerung und der daraus folgenden funktionalen Entscheidungseinheit zu folgen und privative Tariftreue unter diesen Gesichtspunkten am Kartellverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB zu messen.

c. Zwischenergebnis

Arbeitgeber sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Arbeitgeberverbände sind demnach Unternehmensvereinigungen. Da Arbeitnehmer nach herrschender Meinung keine Unternehmen sind, sind Gewerkschaften keine Unternehmensvereinigungen. Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften und Betriebsräte sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, wenn sie fremdes Gütermarktverhalten im Rahmen einer funktionalen Entscheidungseinheit steuern.

3. Mittel

Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verbieten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

a. Vereinbarung oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweise

aa. Voraussetzung: Element der Abstimmung

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union liegt eine Vereinbarung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV dann vor, wenn die betreffenden Unternehmen ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten[490]. Der rechtliche Rahmen, in dem die Vereinbarung geschlossen wurde, ist ebenso unerheblich wie die rechtliche Einordnung dieses Rahmens[491]. Auch spielt es keine Rolle, dass ein starker Vertragspartner einem schwachen Vertragspartner die Bedingungen »diktiert«[492]. Überdies gilt

490 EuG 17.12.1991 – Rs. T-7/89 »Hercules Chemicals« – Slg. 1991, II-1711 Rn. 256; EuG 26.10.2000 – Rs. T-41/96 »Bayer« – Slg. 2000, II-3383 Rn. 67; EuG 3.12.2003 – Rs. T-208/01 »Volkswagen« – Slg. 2003, II-5141 Rn. 30; EuG 9.7.2009 – Rs. T-450/05 »Peugeot und Peugeot Nederland« – Slg. 2009, II-2533 Rn. 168; in diesem Sinne schon EuGH 15.7.1970 – Rs. 41/69 »ACF Chemiefarma« – Slg. 1970, 661 Rn. 112; EuGH 29.10.1980 – Rs. 209/78 bis 215/78, 218/78 »van Landewyck« – Slg. 1980, 3125 Rn. 86; vgl. auch GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-67/96, C. 115-/97 bis C-117/97 und C-219/96 »Albany u.a.« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 241 ff.

491 EuGH 30.1.1985 – Rs. 123/83 »BNIC« – Slg. 1985, 391 Rn. 17.

492 EUGH 12.7.1979 – verb. Rs. 32/78 und 36/78 bis 82/78 »BMW Belgium u.a./ Kommission – Slg. 1979, 2435 Rn. 36; Langen/*Bunte*, § 1 GWB Rn. 52; Grabitz/ Hilf/Nettesheim/*Stockenhuber*, Art. 101 AEUV Rn. 88.

das Vereinbarungsverbot über den Wortlaut der Art. 101 Abs. 1 AEUV hinaus auch für die Beteiligung von Unternehmensvereinigungen[493], sodass Arbeitgeberverbände auch »als Unternehmensvereinigung« an der Vereinbarung beteiligt sein können. Schwierig ist nur die – praktisch bedeutungslose – Abgrenzung zum abgestimmten Verhalten. Erforderlich für die Verwirklichung des Kartelltatbestands ist jedenfalls ein Element der Abstimmung; nicht ausreichend ist zufälliges Parallelverhalten[494]. Das deutsche Recht folgt derselben Abgrenzung[495].

bb. Konstellationen

Fraglich ist, in welchen Konstellationen privativer Tariftreue eine Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen gefunden werden kann.

[1] Horizontale Verhaltensabstimmung

Bei Tarifverträgen ließe sich eine horizontale Verhaltensabstimmung über die Verbandsmacht konstruieren[496]. Dabei geht es nicht darum, im Tarifvertrag selbst eine Abstimmung zwischen Unternehmen zu sehen. Ohne die funktionale Entscheidungseinheit handelt es sich hierbei nur um einen Vertrag zwischen dem Arbeitgeberverband als einer Unternehmensvereinigung und der Gewerkschaft als Nicht-Unternehmen. Es geht vielmehr darum, eine Verhaltensabstimmung zwischen den im Arbeitgeberverband versammelten Unternehmen auf horizontaler Ebene zu finden[497].

Zwar handelt ein Arbeitgeberverband nach der Verbandstheorie nicht als Stellvertreter seiner Mitgliedsunternehmen[498], jedoch tragen die Arbeitgeber den Tarifabschluss kraft ihrer Verbandsmitgliedschaft und der darin liegenden privatautonomen Regelungsermächtigung[499]. Letzteres gilt frei-

493 EuG 23.2.1994 – Rs. T-39/92 »CB« – Slg. 1994, II-49 Rn. 76 ff.; Kommission 30.11.1994 – IV/33.126 und IV/33.322 »Zement« – ABl. 1994, L 343/1, 97 ff.; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 54 f.

494 *Mestmäcker/Schweitzer*, EuWettbR, § 9 Rn. 28; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 81 EG Rn. 50; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 96.

495 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 67; siehe auch Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 77 f.

496 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 198.

497 *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 140; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 197; *ders.*, in: FS Reuter, S. 766.

498 Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG Rn. 175 ff.

499 *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 197; *ders.*, in: FS Reuter, S. 766; »Außenwirkung der Verbandsmitgliedschaft im Sinne einer Regelungsermächtigung«: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 1206; *ders.*, ZfA 2000, 5, 14; »unwiderrufliche [verdrängende] Ermächtigung der Verbandsmitglieder«: *Picker*, in: Recht und Freiheit, S. 59;

lich nur bei unmittelbar geltenden Tarifnormen nach § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG und nur im Rahmen der Verbandsmacht. Beides ist hier nicht erfüllt, da privative Tariftreue nur schuldrechtlich vereinbart werden kann[500] und regelmäßig nicht von der Satzung des Arbeitgeberverbands gedeckt ist[501]. Allerdings setzt die horizontale Verhaltensabstimmung nicht voraus, dass die Tariftreuegläubiger zur Befolgung der Regel verpflichtet sind, solange sie sich faktisch daran gebunden fühlen und dem Tariftreueauferlegungsverlangen folgen, was regelmäßig der Fall ist[502].

Ob darin indes ein Element der Abstimmung zu sehen ist, könnte an sich dahingestellt bleiben, gibt es doch noch den Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbands als Beschluss einer Unternehmensvereinigung[503]. Allerdings fehlt es dann an einer originären Verantwortung der ursprünglich privative Tariftreue veranlassenden Gewerkschaft. Richtigerweise ist das Element der Abstimmung aufgrund der Usurpation der Unternehmenseigenschaft der Mitgliedsunternehmen im Sinne funktionaler Entscheidungseinheiten zu konstruieren, die sich in den Verbänden »bündelt«.

Eine horizontale Verhaltensabstimmung lässt sich mit den gleichen Argumenten auch bei gleichgeschalteten Hauskoalitionsvereinbarungen begründen: Indem die Gewerkschaft die Unternehmenseigenschaft mehrerer Tariftreuegläubiger insoweit usurpiert, als von deren Vertragspartnern Tariftreue verlangt wird, schafft das eine rein horizontale Verhaltensabstimmung zwischen den Tariftreuegläubigern. Die Gewerkschaft, die aufgrund der Usurpation der Unternehmenseigenschaften, »im Lager« der Tariftreuegläubiger steht, ist an dieser Verhaltensabstimmung als Unternehmen beteiligt, begründet durch die Bündelung das Abstimmungselement und ist als Tariftreueveranlasser selbst verantwortlich.

Richtigerweise müssten auch Unternehmen, die als Tariftreueveranlasser agieren und ihren Vertragspartnern die Tariftreueauferlegungspflicht gleichförmig auferlegen aufgrund der insoweiten Usurpation der Unternehmenseigenschaft eine rein horizontale Verhaltensabstimmung begründen können, um nicht besser zu stehen als Tariftreueveranlasser, die ohne

implizit auch EuGH 21.9.1999 – Rs. C-67/96 »Albany« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 59 und GA *Jacobs* 28.1.1999 – verb. Schlussanträge in den Rs. C-67/96, C. 115-/97 bis C-117/97 und C-219/96 »Albany u.a.« – Slg. 1999, I-5751 Rn. 241 ff.

500 Oben § 2 A. II, S. 56.

501 Oben § 2 A. II. 2, S. 57; so auch *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 199 für den Stahltarif Nordwestdeutschland.

502 *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 143.

503 Unten § 3 A. I. 3. b, S. 127; so auch der Vorschlag von *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 197; *ders.*, in: FS Reuter, S. 766.

diese Konstruktion keine Unternehmen sind. Die Frage wird freilich nicht virulent, da das Unternehmen auch bei einer gemischt horizontal-vertikalen Verhaltensabstimmung Unternehmen bleibt[504].

In den übrigen Fällen privativer Tariftreue fehlt es an einer unmittelbaren horizontalen Abstimmung zwischen den Tariftreuegläubigern. Bei der einsam gebliebenen Hauskoalitionsvereinbarung fehlen horizontale Abstimmungsparteien[505], es käme allenfalls eine vertikale Verhaltensabstimmung in Betracht[506]. Das Gleiche gilt für das Unternehmen, das nur einem Tariftreuegläubiger die Tariftreueauferlegungspflicht auferlegt. Ebenso »bindet« die faktische betriebliche Abrede nur den Arbeitgeber, dem der Betriebsrat zugehörig ist.

[2] Gemischt horizontal-vertikale Verhaltensabstimmung

Eine horizontale Verhaltensabstimmung kann sich aber auch aus einer Mehrzahl gebündelter Vertikalverträge ergeben[507]. Insbesondere sogenannte »Sternverträge« (auch: »Hub and Spoke«) bei denen sich Unternehmen über einen Dritten abstimmen, sind aufgrund der wettbewerbsfunktionalen Auslegung der Kartellverbotsnormen ohne weiteres als horizontale Abstimmung verboten[508] und damit auch nicht nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung[509] freigestellt[510].

Darunter fallen insbesondere Vereinbarungen mit Unternehmensvereinigungen, da dadurch eine Vielzahl von Marktteilnehmern gleichförmig gebunden werden[511]. Konstruktiv mittelt die Unternehmensvereinigung die Vereinbarungen zwischen dem Dritten und den Mitgliedsunternehmen. Für privative Tariftreue durch Verbandskoalitionsvereinbarung ist die Situation damit so zu betrachten, als hätte die Gewerkschaft mit jedem Mitglied des Arbeitgeberverbands eine gleichlautende Vereinbarung getrof-

504 Unten § 3 A. I. 3. a. bb. [2], S. 122.
505 Insoweit richtig: *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 103; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 72 f.
506 Unten § 3 A. I. 3. a. bb. [3], S. 124.
507 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 200.
508 Statt vieler: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 118 f.; die Figur anerkennt auch der EuGH 3.7.1985 – Rs. 243/83 »Binon« – Slg. 1985, 2015 Rn. 15 ff.
509 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1.
510 MünchKommWettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 58.
511 MünchKommWettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 57.

fen. Verbandskoalitionsvereinbarungen und gleichförmige Hauskoalitionsvereinbarungen sind damit gleich zu behandeln[512].

Die Betrachtung als gemischt horizontal-vertikale Verhaltensabstimmung bietet insbesondere den Vorteil, dass die Unternehmenseigenschaft der Mitte des »Sterns« nicht verlangt wird, soweit die Unternehmen auf horizontaler Ebene koordiniert werden[513]. Eine eigene Verantwortlichkeit der Gewerkschaft als Unternehmen ist hingegen nur gegeben, wenn man die Gewerkschaft hinsichtlich der Tariftreueforderung gegenüber dem Tariftreueschuldner als die Unternehmenseigenschaft der Tariftreuegläubiger usurpierend ansieht und damit eine rein horizontale Verhaltensabstimmung begründen kann. Bei Sternenverträgen besteht die Vereinbarung, namentlich die Hauskoalitionsvereinbarungen bzw. die im Rahmen der Verbandskoalitionsvereinbarung über den Arbeitgeberverband gemittelten Vereinbarungen, zwischen der Gewerkschaft als Nicht-Unternehmen und den in Dienst genommenen Arbeitgebern als Unternehmen. Betrachtete man die Gewerkschaft auch beim Sternvertrag als Unternehmen, fehlte es schon an vertikalen Vereinbarungen im Sinne der Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB, da die Gewerkschaft mit dem Unternehmen, dessen Unternehmenseigenschaft sie übernimmt, eine funktionale Entscheidungseinheit bildet[514] und mit diesem nicht zugleich eine Vereinbarung zwischen Unternehmen schließen kann, da es ansonsten an der erforderlichen »Zweistufigkeit« fehlt[515].

Anders ist es freilich beim tariftreueveranlassenden Unternehmen gegenüber seinen Vertragspartnern. Es bleibt auch bei gemischt horizontal-vertikaler Verhaltensabstimmung als Unternehmen voll verantwortlich.

Schwierigkeiten bereitet hingegen der Betriebsrat, solange er nur mit »seinem« Arbeitgeber Tariftreueauferlegungspflichten vereinbart und sich nicht mit Betriebsräten anderer Unternehmen zu einem »Betriebsräte-Arbeitskreis« zusammenschließt[516]. Gleiches gilt für das Unternehmen, das Tariftreue nur von einem Tariftreuegläubiger verlangt und die einsam gebliebene Hauskoalitionsvereinbarung[517]. Geht man in diesen Fällen eine

512 Für Tarifverträge ausdrücklich: *Immenga*, Ausnahmebereich Arbeitsrecht, S. 43 f.

513 *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 59.

514 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.

515 Dazu sogleich unter § 3 A. I. 3. a. bb. [3], S. 124.

516 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 393, 475; *ders.*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 59.

517 Zu Letzterem: *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 981; Letzteres erkennt auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 105, der es allerdings »erstaunlich« findet, dass der erste Tarifvertrag kartellrechtlich unbedenklich sein soll, während weitere Firmentarifverträge unzulässig sind und damit verkennt, dass

Marktstufe tiefer, kann die Tariftreueauferlegungspflicht durch den Tariftreuegläubiger als Tariftreueveranlasser zweiter Stufe weitergereicht werden. Das ist dann aber ein Fall des zuvor genannten Unternehmens als Tariftreueveranlasser – gegebenenfalls in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Betriebsrat. Hinsichtlich der ersten Marktstufe kommt hingegen nur Anstiftung in Betracht[518].

Ob bei einer solchen sternförmigen, eine horizontale Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens bewirkenden, Vertragskonstellation eine darüber hinausgehende Abstimmung der einzelnen Tariftreuegläubiger untereinander erforderlich ist oder ob schon aufgrund der Gleichförmigkeit der Sternverträge auf eine solche Abstimmung geschlossen werden kann, hat der BGH ausdrücklich offen gelassen[519].

Indizien für die horizontale Verhaltensabstimmung ergeben sich unter anderem daraus, dass die Verträge wechselseitig aufeinander Bezug nehmen[520] oder zeitlich eng aufeinander folgen[521]. Richtigerweise genügt es, dass die Unternehmen davon wissen, dass ihr Wettbewerbsverhalten sternförmig gleichgeschaltet wird[522], was bei gleichförmigen Firmentarifverträgen gegeben ist, wenn die gewerkschaftliche Kampagne öffentlichwirksam betrieben wird. Bei der Koordinierung der »nächsten« Stufe durch ein Unternehmen wird es daran eher fehlen[523].

[3] Vertikale Verhaltensabstimmung

Seit mit der 7. GWB-Novelle das Tatbestandsmerkmal »zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen« gestrichen wurde, erfasst § 1 GWB – wie zuvor schon Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. dessen Vorgängervorschrift – auch vertikale Bindungen[524]. Vorher existierte für vertikale Vereinbarungen kein grundsätzliches Verbot, vielmehr nur vereinzelte Verbotstatbestände in den §§ 14 ff. GWB a.F.

---

im Fall bei gleichförmigen Firmentarifverträgen letztlich alle Firmentarifverträge aufgrund des Gesamtplans erfasst sind.

518 Unten § 3 A. III, S. 155.

519 BGH 11.5.2004 – KZR 37/02 »Nachbauvergütung« – GRUR 2004, 763, 76.

520 *Biedenkopf*, BB 1966, 1113, 1117

521 Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1965 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet vom 21.4.1966, BT-Drucks. V/530, S. 25.

522 In diesem Sinne *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 982.

523 Zum Problem des Nachweises der horizontalen Abstimmung: MünchKomm-WettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 57; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 121.

524 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 78; *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 52.

Unzulässige vertikale Bindungen können insbesondere Inhalts- und Preisbindungen sein. Der Erstvertrag, also die vertikale Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB, diktiert den Inhalt der Verträge, die das vom Erstvertrag gebundene Unternehmen mit Dritten schließt[525]. Dies setzt allerdings eine gewisse Erheblichkeit der Preis- bzw. Inhaltsbindung voraus; die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Gebundenen muss spürbar beeinträchtigt sein[526]. Die vertikale Bindung kann aber auch das »Ob« des Abschlusses der Zweitverträge betreffen[527].

Phänotypisch beschreibt dies privative Tariftreue: Tariftreuegläubiger werden vertikal von Verbänden, Betriebsräten oder anderen Unternehmen dazu gedrängt, in Verträgen mit Tariftreueschuldnern Tariftreue zu verlangen, der Vertragsinhalt damit vorbestimmt. Auch im Fall der Berliner Vergabepraxis, wonach Straßenbauarbeiten nur an solche Unternehmen vergeben werden durften, die sich verpflichten, ihre Arbeitnehmer nicht unterhalb der jeweils geltenden Berliner Bautarife zu vergüten, bejahten Bundeskartellamt und KG einen Verstoß gegen § 15 GWB a.F.[528]. Die Betrachtung der vertikalen Vereinbarung hat zudem den Vorteil, dass Hauskoalitionsvereinbarungen und Vereinbarungen zwischen Unternehmen und deren Vertragspartnern auch dann erfasst würden, wenn sie einsam geblieben sind und eine rein horizontale oder gemischt horizontal-vertikale Betrachtung daher nicht in Betracht käme. Ebenso würde der Betriebsrat als Veranlasser privativer Tariftreue erfasst. Nicht zuletzt aufgrund dieser weitreichenden Erfassung vertikaler Vereinbarungen wird der gemischt horizontal-vertikalen Betrachtung weitgehend der verbleibende Anwendungsbereich abgesprochen. Sie soll nur in Fällen relevant bleiben, in denen die rein vertikale Bindung (gruppen-)freigestellt ist[529]. Anders als bei horizontalen Verhaltensabstimmungen geht es freilich nicht um gleichförmiges Verhalten auf Stufe der Tariftreuegläubiger, sondern um Vorbestimmung des Verhältnisses zu den Tariftreueschuldnern.

Allerdings unterliegt die vertikale Betrachtung deutlichen Anwendungsschranken: Soweit der Tariftreueveranlasser nicht ohnehin Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigung ist, fehlt es an einer Vereinbarung bzw. einer abgestimmten Verhaltensweise zweier Unternehmen. Die Gewerkschaft (im Falle der Hauskoalitionsvereinbarung) oder der Betriebsrat können nicht einerseits die Unternehmenseigenschaft des Tariftreuegläu-

525 *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 55 f.
526 *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 57; so auch schon die Rechtsprechung des BGH vor der 7. GWB-Novelle: BGH 8.4.2003 – KZR 3/02 »1 Riegel extra« – WRP 2003, 899, 902.
527 *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 60 ff.
528 BKartA 3.11.1997 – B 5 – 75123 – VX – 61/95 – NJWE-WettbR 1998, 68, 72; KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1608.
529 MünchKommWettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 58.

bigers usurpieren, gleichzeitig aber mit diesem Unternehmen eine Vereinbarung »zwischen Unternehmen« schließen. Wie beim Sternvertrag[530] fehlt es an einer vertikalen *Vereinbarung* im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB, da die Gewerkschaft oder der Betriebsrat mit dem Unternehmen, dessen Unternehmenseigenschaft sie oder er übernimmt, eine funktionale Entscheidungseinheit bildet. Diese zwingend erforderliche »Zweistufigkeit« bei der Vereinbarung wird von denjenigen, die bisher schon die Unternehmenseigenschaft durch Regelung des Gütermarktverhaltens anderer Unternehmen bejahen[531], übersehen.

Eine vertikale Verhaltensabstimmung kommt daher nur durch ein »echtes« Unternehmen oder durch den Arbeitgeberverband als Unternehmensvereinigung in Betracht. Daneben ist die notwendige Zweistufigkeit gewahrt, wenn das Tariftreueauflegungsverlangen eine Weitergabe an die Leistungserbringer und -empfänger des Tariftreueschuldners verlangt und man – wie bei der gemischt horizontal-vertikalen Vereinbarung – eine Marktstufe weiter geht[532]. Die Gewerkschaft oder der Betriebsrat bildet in diesem Fall mit dem primären Tariftreuegläubiger die funktionale Entscheidungseinheit, indem sie vom primären Tariftreueschuldner zugleich die (sekundäre) Tariftreuegläubigerfunktion verlangen. Hinsichtlich der ersten Marktstufe kommt hingegen nur Anstiftung in Betracht[533].

Für diejenigen Fälle, in denen eine vertikale Verhaltensabstimmung zu bejahen ist, kann auch nicht auf die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung abgestellt werden, da es sich um eine nach Art. 4 lit. a ausgeschlossene (mittelbare) Preisfestsetzung handelt.

cc. Zwischenergebnis

Eine horizontale Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen besteht somit im Fall der Verbandskoalitionsvereinbarung sowie bei gleichförmigen Hauskoalitionsvereinbarungen und beim Betriebsräte-Arbeitskreis. Gleiches gilt, wenn sich ein »soziales« Unternehmen zum Aufbau eines Tariftreuenetzes entscheidet. »Echte« Unternehmen können zudem von der Konstellation der vertikalen Verhaltensabstimmung erfasst sein.

Bei einsam gebliebenen Hauskoalitionsvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen muss man hingegen eine Marktstufe tiefer gehen, um eine Verantwortlichkeit des Tariftreueveranlassers zu erreichen. Der Tariftreueveranlasser bildet in diesem Fall mit dem primären Tariftreuegläubiger die funktionale Entscheidungseinheit, indem sie vom primären Tarif-

530 Oben § 3 A. I. 3. a. bb. [2], S. 122.
531 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2], S. 102.
532 Oben § 3 A. I. 3. a. bb. [2], S. 122.
533 Unten § 3 A. III, S. 155.

treueschuldner zugleich die (sekundäre) Tariftreuegläubigerfunktion verlangen.

b. Beschluss einer Unternehmensvereinigung

aa. Zustimmungsbeschluss

Für Verbandskoalitionsvereinbarungen kann man kartellrechtlich auch ausschließlich auf die Verbände zurückgreifen. Denn Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verbieten auch ausdrücklich Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Beschlüsse in diesem Sinne bedürfen weder einer bestimmten Form, noch müssen sie rechtlich verbindlich sein[534], solange sie nur den Willen der Vereinigung zum Ausdruck bringen, das Verhalten der Mitglieder zu koordinieren[535]. Entscheidend ist der Grad der tatsächlichen Einflussmöglichkeit, sodass der Unternehmensvereinigung selbst satzungswidriges Verhalten zugerechnet werden kann[536].

Der Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbands zum Verbandstarifvertrag ist damit als »Beschluss einer Unternehmensvereinigung« im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB zu qualifizieren[537]. Schon der Abschluss des Tarifvertrags bringt den Willen des Arbeitgeberverbands zum Ausdruck, seine Mitgliedsunternehmen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen[538]. Dem steht nicht entgegen, dass der Tarifschluss nicht

534 EuGH 15.5.1975 – Rs. 71/74 »Frubo« – Slg. 1975, 563 Rn. 29 ff.; EuG 13.12.2006 – verb. Rs. T-217/03 und T-245/03 »FNCBV« – Slg. 2006, II-4987 Rn. 89; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 51.

535 OLG Düsseldorf 8.6.2007 – VI-Kart 15/06 (V) »Deutscher Lotto- und Totoblock« – WuW/E DE-R 2003, Rn. 83; Kommission 5.6.1996 – IV/34.983 »FENEX« – ABl. 1996, L 181/28, Rn. 40; *Waelbroeck/Frigani*, Commentaire J. Mégret 4, p. 133; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 103.

536 EuG 15.3.2000 – Rs. T-25/95 u.a. »Cimenteries CBR« – Slg. 2000, II-491 Rn. 923 ff., 1313; BKartA 21.12.2007 – B 3 – 6/05 »Arzneimittelhersteller« – WuW/E DE-V 1539, 1542; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gippini-Fournier/Mojzesowicz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 64; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 37; kritisch *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 144.

537 *von Wallwitz*, Tarifvertrag und Wettbewerb, S. 152 ff.; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 144; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 14; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 197; *ders.*, in: FS Reuter, S. 766; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 207; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1096 f.; im Ergebnis auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 107; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 74.

538 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 103; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 144; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 13; *ders.*, ZESAR 2010, 195, 197; *ders.*, in: FS Reuter, S. 766; a.A. *Mestmäcker/Schweitzer*, EuWettbR, § 9 Rn. 10.

von der Mitgliederversammlung beschlossen worden ist; vielmehr wenden sich Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB auch gegen wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse der Mitgliederversammlung nachgeordneter Organe[539], wie etwa der Tarifkommission. Auch dass sich der Verband dabei nicht mehr im Rahmen der Verbandsmacht bewegt, spielt keine Rolle[540]. Die Verbandskoalitionsvereinbarung führt zu einer faktischen Bindungs- und Befolgungswirkung bei den Mitgliedsunternehmen und koordiniert deren Verhalten. Selbst bei evident rechtswidrigen schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft besteht innerhalb des Verbandes eine erhebliche »soziale« Erwartung, den Frieden mit der Gewerkschaft nicht aufs Spiel zu setzen[541].

bb. Verhältnis zur Verbandskoalitionsvereinbarung

Greift man den Beschluss des Arbeitgeberverbands an, stellt sich als nächstes die Frage, welche Auswirkungen dies für die Koalitionsvereinbarung hat.

Bei Tarifverträgen ist man sich uneinig, ob der Tarifvertrag als Ausführungsvertrag einzustufen ist und daher ebenfalls nach Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 134 BGB nichtig ist[542] oder ob er als bloßer Folgevertrag zu qualifizieren ist, der von der Nichtigkeit des Beschlusses nicht erfasst wird[543], wobei das BAG in diesen Fällen davon ausgeht, dass es widersprüchlich sei, dass der Beschluss, einen Tarifvertrag abzuschließen, nach § 1 GWB unwirksam sein soll, obwohl die gleiche Vorschrift einen solchen Tarifvertrag nicht verbietet[544].

Richtig ist freilich erstgenannte Auffassung, und zwar in jedem Fall wenn und soweit der Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbands Wirksamkeitsvoraussetzung des Tarifvertrags ist[545], richtigerweise aber generell, da Zustimmungsbeschluss und Vereinbarung zu einer »Funktions-

539 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 50; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 77.

540 Anders wohl nur *Poth*, NZA 1989, 626, 630.

541 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 208.

542 *Immenga*, Ausnahmebereich Arbeitsrecht, S. 40 f.; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 209 f.; *von Wallwitz*, Tarifvertrag und Wettbewerb, S. 59; *Viol*, Anwendbarkeit des Kartellrechts, S. 188 f.; *Kulka*, RdA 1988, 336, 346; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1097.

543 *Bechtold*, RdA 1983, 99; *Anzinger/Koberski*, NZA 1989, 737, 745; wobei teilweise auch vertreten wird, dass auch Folgeverträge unwirksam sind: *Säcker*, ZWeR 2008, 348 ff.; *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1097.

544 BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969, 972; kritisch *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 209 f.

545 *Immenga*, Ausnahmebereich Arbeitsrecht, S. 41; ebenso *Roth*, in: Tarifautonomie und Kartellrecht, S. 16 (Fn. 58).

einheit« gehören und dasselbe Schicksal teilen[546]. Letztlich bedarf es der Konstruktion »Folgevertrag« auch nicht, da auf Grundlage des Tarifvertrags geschlossene Arbeitsverträge als im Bestand geschützte Folgeverträge in jedem Fall wirksam bleiben[547].

Für Koalitionsvereinbarungen kann letztlich nichts anderes gelten. Auch bei ihnen hängt die Vereinbarung eng mit dem Zustimmungsbeschluss zusammen. Ein »Schutz« etwaiger auf dieser Grundlage abgeschlossener Arbeitsverträge bedarf es schon deswegen nicht, weil die Koalitionsvereinbarung keine unmittelbare Wirkung im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbands entfaltet.

c. Zwischenergebnis

Bei privativer Tariftreue besteht eine horizontale Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen im Fall der Verbandskoalitionsvereinbarung, bei gleichförmigen Hauskoalitionsvereinbarungen, beim Betriebsräte-Arbeitskreis sowie im Fall des »sozialen« Unternehmens, das ein Tariftreuenetz aufbaut. »Echte« Unternehmen können zudem von der Konstellation der vertikalen Verhaltensabstimmung erfasst sein. Bei einsam gebliebenen Hauskoalitionsvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen muss man hingegen eine Marktstufe tiefer gehen, um eine Verantwortlichkeit des Tariftreueveranlassers zu erreichen. Der Tariftreueveranlasser bildet in diesem Fall mit dem primären Tariftreuegläubiger die funktionale Entscheidungseinheit, indem sie vom primären Tariftreueschuldner zugleich die (sekundäre) Tariftreuegläubigerfunktion verlangen. Beim Arbeitgeberverband kann zudem auf den Zustimmungsbeschluss zurückgegriffen werden.

4. Wettbewerbsbeschränkung

Um vom Kartellierungsverbot betroffen zu sein, müsste privative Tariftreue wettbewerbsbeschränkend wirken, mithin die Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Nach der überwiegenden Auffassung im europäischen[548] und deutschen[549] Kartellrecht besteht kein inhaltlicher Unterschied zwischen den drei Tatbestandsalternativen »Verhinderung«, »Einschränkung« und

546 *Kulka*, RdA 1988, 336, 346.
547 *Immenga*, Ausnahmebereich Arbeitsrecht, S. 41; *Kulka*, RdA 1988, 336, 346.
548 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gonzales Díaz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 104 mit weiteren Nachweisen.
549 Statt aller: Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 149.

»Verfälschung«[550]. Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit als Anbieter oder Nachfrager[551].

Das europäische Kartellrecht setzt zudem voraus, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten betroffen ist (Zwischenstaatlichkeitsklausel). Dies kann auch durch nationale Kartelle geschehen, wenn sie den grenzüberschreitenden Verkehr nur mittelbar, aber spürbar betreffen[552]. In den übrigen Fällen kommt nur das deutsche Kartellrecht zur Anwendung. Auswirkungen hat das im Hinblick auf die Frage, ob allein die Nachfragetätigkeit die Unternehmenseigenschaft begründen kann[553] sowie auf die Zuständigkeit der Kartellbehörde (Landeskartellbehörde und Bundeskartellamt bzw. Europäische Kommission).

a. Mittelbare Produktpreiskartellierung

Privative Tariftreue legt den Preis der Ware oder Dienstleistung im Verhältnis der Tariftreuegläubiger zu seinen Vertragspartnern mittelbar fest, denn die Arbeitsentgelte, die Unternehmen ihren Arbeitnehmern zu zahlen haben, sind neben sonstigen Kosten Preisbestandteil ihrer Produkte oder Dienstleistungen[554]. Je nach Durchsetzungskraft des Tariftreuegläubigers erhöht sich in der Nachfragesituation durch den Tariftreuegläubiger der Preis der Waren oder Dienstleistungen der Tariftreueschuldner[555]. Das beschränkt den Nachfragewettbewerb der Tariftreuegläubiger und – je nachdem welchem Konzept der Wettbewerbsbeschränkung man folgt[556] – auch (oder einzig relevant) den Angebotswettbewerb der Tariftreueschuldner. In der Angebotssituation senkt privative Tariftreue den Preis der Waren oder Dienstleistungen, die der Tariftreuegläubiger anbietet,

550 Differenzierend: *Mestmäcker/Schweitzer*, EuWettbR, § 10 Rn. 2 ff.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 97; *Emmerich*, Kartellrecht[11], § 4 Rn. 47 ff.; *ders.*, in: FS Koppensteiner, S. 382.

551 BGH 13.12.1983 – KZR 10/83 »Holzschutzmittel« – WuW/E BGH 2049 f.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gonzales Díaz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 108; *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 28; grundlegend zum europäischen Kartellrecht: EuGH 28.5.1998 – Rs. C-7/95 P –»John Deere« – Slg. 1998, I-3111 Rn. 86.

552 EuGH 11.7.1989 – Rs. 246/86 »Belasco« – Slg. 1989, 2117 Rn. 33; EuGH 23.11.2006 – Rs. C-238/05 »Asnef-Equifax und Administración del Estado« – Slg. 2006, I-11125 Rn. 37; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 179.

553 Oben § 3 A. I. 2. a. bb, S. 98.

554 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 211.

555 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 120; so auch das KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1608, für die Berliner Vergabepraxis.

556 Ausführlich Dauses/*Emmerich*, H.I. § 2 Rn. 30 f.

was den Angebotswettbewerb der Tariftreuegläubiger und folglich auch den Nachfragewettbewerb der Tariftreueschuldner beschränkt.

Diese mittelbare Produktpreiskartellierung ist gegeben, wenn Tariftreuegläubigern eine Hinwirkungspflicht gegenüber Tariftreueschuldnern auferlegt wird. Der Produktpreis wird aber gleichermaßen mittelbar festgesetzt – wenn auch nicht so offensichtlich –, wenn den Tariftreuegläubigern aufgegeben wird, nur noch mit solchen Leistungserbringern und -empfängern zu kontrahieren, die dem Tariftreuediktat folgen, da Tariftreuegläubiger auch in dieser Variante hinsichtlich ihres Marktverhaltens koordiniert werden[557].

Horizontale Preisfestsetzungen fallen gemäß. Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV unter die Kategorie der Kernbeschränkungen (*hardcore restraint*). Nach der Kommission sind sie *per se* Einschränkungen des Wettbewerbs[558]. Auch wenn privative Tariftreue nicht verbindlich ist, bleibt doch in vielen Fällen die faktische tatsächliche Befolgung als Wettbewerbsbeschränkung[559].

Inwieweit sich die Veränderung des Preises tatsächlich auf die Nachfrage bzw. das Angebot auswirkt, hängt letztlich von dessen Elastizität ab[560]. Für den praktisch besonders relevanten Fall der Arbeitnehmerüberlassung spricht zwar die Flexibilität des Einsatzes von Leiharbeitnehmern für eine eher geringe Preiselastizität der Nachfrage[561]. Dies gilt jedoch nur im Rahmen gewisser Grenzen[562]: Werden Leiharbeitnehmer deutlich teurer, verlieren sie ihren Preisvorteil gegenüber den Stammarbeitnehmern. Ihr Einsatz lohnt sich dann nur mehr für vorübergehende Personalengpässe. Gleichzeitig wird die Auswahlfreiheit eingeschränkt, wenn nicht alle Tariftreuschuldner bereit sind, dem Tariftreueverlangen zu folgen.

557 *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 103.

558 Kommission 18.7.2001 – IV/30.810 »Graphitelektroden« – ABl. 2002, L 100/1, Rn. 109; ähnlich die Rechtslage in den Vereinigten Staaten: *Viol*, Anwendbarkeit des Kartellrechts, S. 93.

559 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 213.

560 Zur Preiselastizität: Durlauf/Blume/*Newman*, The New Palgrave Dictionary of Economics Online, Second Edition (2008), http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000058, »elasticity«.

561 Umfassend zur Motivation der Entleiher: *Eifler*, Sektorale Deregulierungen, S. 29 ff.; vgl. auch *Pfarr/Bothfeld/Bradtke/Kimmich/Schneider/Ullmann*, BB 2004, 602, sowie den Elften Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (11. AÜG-Bericht), BT-Drucks. 17/464, S. 34. Die IG Metall geht davon aus, dass das Flexibilitätsargument nicht mehr ausschlaggebend ist: http://www.gleichearbeitgleichesgeld.de/leiharbeit/gegenargumente/.

562 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 214.

Für Tariftreueschuldner, die das »neue« Entgelt nicht zahlen können oder nicht zahlen wollen, hat privative Tariftreue sogar eine marktverdrängende Wirkung[563]. Aus ökonomischer Sicht gehen damit Wohlfahrtverluste einher (*deadweight loss of monopoly*)[564].

b. Unmittelbare Arbeitsbedingungenkartellierung

Gleichzeitig werden die Arbeits(einkaufs)bedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner festgelegt[565]. Um mit den Tariftreuegläubigern zu kontrahieren, sind sie gezwungen ihren Arbeitnehmern bestimmte Arbeitsbedingungen zu gewähren. Dem steht aus unionsrechtlicher Sicht des Kartellrechts nicht entgegen, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein muss[566], da der Begriff des Handels weit zu verstehen ist und auch den Personenverkehr umfasst[567].

Zwar sind die in Rede stehenden Arbeitsbedingungen in aller Regel tariflich regelbar, die insoweit abgeleitete Bereichsausnahme des Kartellrechts reicht aber freilich nur soweit die Tarifmacht der Tarifpartner reicht[568]. Hierbei wird die Wechselwirkung zur Tariffreistellung sichtbar: Einmal scheidet die Bereichsausnahme aus, soweit es sich nicht um nach § 2 TVG berufene Tarifvertragsparteien handelt, etwa wenn das Tariftreueauferlegungsverlangen vom Betriebsrat oder einem Unternehmen ausgeht. Andererseits müssen die Tarifvertragsparteien berufen sein, für die jeweiligen Arbeitnehmer Tarifnormen zu setzen. Gewerkschaft und Arbeitgeberverband fehlt aber (in der Regel) die Tarifmacht hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner. Gleiches gilt, wenn die Gewerkschaft von Tariftreuegläubigern unmittelbar per Firmenkoalitionsvereinbarung verlangt, dass diese von ihren Vertragspartnern Tariftreue zu verlangen haben.

Die Situation ist nicht anders als bei einseitig festgelegten Arbeitsbedingungen durch die Arbeitgeberseite[569]. Durch den Arbeitgeberverband vorgegebene Höchstlöhne sind kartellrechtlich nicht deshalb ausgenommen, weil es sich um einen Arbeitsmarktvorgang handelt[570]. Das »Gagenstoppabkommen« hatte das Bundeskartellamt 1962 noch deswegen passieren

563 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 215.
564 *Mestmäcker/Schweitzer*, EuWettbR, § 7 Rn. 11; *Ackermann*, Diskussionsbeitrag zu Reichold, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 29.
565 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 181; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 216; *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 102.
566 Oben § 3 A. I. 4, S. 129.
567 *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 177 f. mit weiteren Nachweisen.
568 Oben § 3 A. I. 1. b. cc. [3], S. 91.
569 *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 33.
570 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 974.

lassen, weil § 1 GWB in seiner damaligen (Ursprungs-)Fassung verlangte, dass die Vereinbarung den »Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen« beschränkt. Da das Gagenstoppabkommen den Inhalt von Arbeitsverhältnissen regelte, Arbeits- und Dienstleistungen abhängiger Arbeitnehmer aber keine gewerblichen Leistungen sind, fand § 1 GWB nach Auffassung des Bundeskartellamts keine Anwendung[571]. Heute hat das keine Bedeutung mehr, da grundsätzlich auch Arbeitsbedingungen Gegenstand einer Kartellvereinbarung sein können[572].

Im Hinblick auf Höchstarbeitsbedingungen wird das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG als Grenze der Kartellierungsbefugnis des Tarifvertrags gesehen[573]. Da Höchstarbeitsbedingungen tariflich (und tarifnormersetzend[574]) an § 4 Abs. 3 TVG scheitern, bewegen sie sich von vornherein außerhalb des tariflich Regelbaren und können daneben auch kartellrechtlich beanstandet werden[575]. Gleichzeitig ist die Kartellkontrolle nicht auf Höchstarbeitsbedingungen beschränkt. Mindestarbeitsbedingungen, die von Parteien vereinbart werden, die ihre Tarifmacht nach dem TVG überschreiten, sind ebenso kartellrechtlich kontrollierbar wie eben solche Höchstarbeitsbedingungen.

c. Spürbarkeit

Die Wettbewerbsbeschränkung setzt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zudem die Spürbarkeit des Kartellverstoßes voraus. Weniger problematisch ist dies für die (mittelbare) horizontale Produktpreiskartellierung. Im Rahmen solcher Kernbereichsbeschränkungen kommt es auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr an[576]. Auch die vertikale Produktpreiskartellierung und das unmittelbare Drittkonditionenkartell hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner sind Preiskartellierungen. In vertikalen Preisbindungen ist aber nicht *per se* eine Wettbewerbsbeschränkung zu sehen[577].

571 Brief des BKartA vom 6.8.1962 – B 4 – 751000 – A – 409/61 »Gagenstoppabkommen« – WuW/E BKartA 502 f.

572 Oben § 3 A. I. 1. a. cc, S. 84.

573 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 478.

574 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1201; *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 94 mit weiteren Nachweisen.

575 *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 479; a.A. *Säcker/Oetker*, ZfA 1996, 85, 109 ff. mit Nachweisen zum Streitstand, allerdings noch zu § 1 GWB a.F., der »Waren oder gewerbliche Leistungen« voraussetzte, dazu oben § 3 A. I. 1. a. bb, S. 83.

576 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gonzales Díaz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 111 ff., 164.

577 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gonzales Díaz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 116 f.

Die Spürbarkeit setzt voraus, dass die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit geeignet ist, in einer praktisch ins Gewicht fallenden Weise die Marktverhältnisse zu beeinflussen[578]. Bei Art. 101 Abs. 1 AEUV ist darüber hinaus zu beachten, dass sich die Spürbarkeit auch auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel[579] bezieht[580]. Abzustellen ist auf den Marktanteil, der durch die Kartellierung beeinflusst wird. Eine feste Marktanteilsgrenze existiert nicht, dürfte jedoch sowohl im deutschen als auch im europäischen Kartellrecht bei mindestens fünf Prozent liegen[581].

Es kommt somit auf die Bestimmung des sachlich und räumlich relevanten Marktes an. Nach der Bekanntmachung der Kommission, die diese entsprechend der Rechtsprechung des EuG erließ, zählen zum »sachlich [relevanten] Produktmarkt [...] sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die [...] hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden«[582]. »Der geographisch relevante Markt umfaßt das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet«[583]. Der relevante Markt wird damit nach Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit bestimmt[584]. Es müsste mithin geprüft werden, welche Produkt-, Dienstleistungs- und gegebenenfalls Arbeitsmärkte durch die jeweilige Vereinbarung spezifisch betroffen wären[585]. Insbesondere wäre problematisch, dass

578 BGH 14.10.1976 – KZR 36/75 »Fertigbeton I« – NJW 1977, 804, 805; BGH 13.1.1998 – KVR 40/96 »Carpartner« – NJW 1998, 2825, 2828; BGH 8.5.2001 – KVR 12/99 »Ost-Fleisch« – NJW 2001, 3782, 3786.

579 Oben § 3 A. I. 4, S. 129.

580 Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 143; MünchKommWettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 2; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 141; *Bechtold*, § 1 GWB Rn. 37.

581 EuGH 9.7.1969 – Rs. 5/69 »Völk/Vervaecke« – Slg. 1969, 295; EuGH 1.2.1978 – Rs. 19/77 »Miller International« – Slg. 1978, 131 Rn. 8 ff.; EuGH 25.10.1983 – Rs. 107/82 »AEG Telefunken« – Slg. 1983, 3151 Rn. 58; Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001, ABl. 2001, C 368/7, Rn. 8; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gonzales Díaz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 118 ff.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 GWB Rn. 142; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 166 ff.; Däubler/*Schiek*, Einl. Rn. 458.

582 Marktdefinitionsbekanntmachung der Kommission vom 9.12.1997, ABl. 1997, C 372/5, Rn. 7.

583 Marktdefinitionsbekanntmachung der Kommission vom 9.12.1997, ABl. 1997, C 372/5, Rn. 8.

584 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Gonzales Díaz*, Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 168.

585 *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 180 f. für Tarifverträge.

sowohl Wettbewerber als auch Nichtwettbewerber beschränkt sein können[586]. Während die Literatur davon ausgeht, dass Verbandstarifverträge durchaus die Erheblichkeitsschwelle überschreiten können[587], wird bei Haustarifverträgen die Spürbarkeit eher verneint[588]. Allerdings können auch Haustarifverträge – je nach Marktmacht des Unternehmens – und insbesondere bei Anwendbarkeit der Bündeltheorie[589] zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führen[590].

Für den Stahltarif Nordwestdeutschland würde sich etwa die Frage stellen, ob es auf die Nachfrage nach Zeitarbeit nur durch tarifgebundene Stahlunternehmen ankommt. In diesem Fall dürfte die Spürbarkeitsschwelle deutlich überschritten sein[591]. Geht es hingegen um die gesamtdeutsche Nachfrage nach Zeitarbeit, so dürften die (damals) 3.000 Leiharbeitnehmer in der Stahlindustrie[592] keine nennenswerte Rolle spielen. Allerdings spricht einiges dafür, dass die Stahlarbeiter aufgrund der Spezialisierung ihrer Tätigkeiten in der Stahlindustrie auch innerhalb der Arbeitnehmerüberlassung einen eigenen Markt bilden[593]. Hierfür kommt es auf den Qualifizierungsgrad der Leiharbeitnehmer und die diesbezüglichen Verleihausweichmöglichkeiten der Verleiher an. Dies müsste durch eine empirische Analyse der tatsächlich ausgeführten Tätigkeiten der in die Stahlindustrie entsandten Arbeitnehmer belegt werden.

d. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue beschränkt den Wettbewerb. Für die mittelbare horizontale Kartellierung des Preises der Ware oder Dienstleistung auf Ebene der Tariftreuegläubiger kommt es auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr an. Soweit man indes auf die vertikale Kartellierung des Produkt- oder Arbeitspreises abstellt, müsste privative Tariftreue im Einzelfall die Marktverhältnisse in einer praktisch ins Gewicht fallenden Weise beeinflussen.

586 *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 181.
587 Däubler/*Schiek*, Einl. Rn. 487; *von Wallwitz*, Tarifvertrag und Wettbewerb, S. 166 ff.; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 181; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 8.
588 *von Wallwitz*, Tarifvertrag und Wettbewerb, S. 172 f.; *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 181.
589 EuGH 28.2.1991 – Rs. C-234/89 »Delimitis« – Slg. 1991, I-935.
590 MünchKommWettbR/*Säcker/Herrmann*, Einl. EU Rn. 1598.
591 Hierzu *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 221.
592 Financial Times Deutschland vom 30.9.2010, http://www.ftd.de/unternehmen/industrie/:nach-warnstreiks-leiharbeiter-profitieren-von-stahl-tarifeinigung/50176392.html.
593 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 221.

5. Ausnahmetatbestände

Soweit man einen Kartellverstoß annimmt, stellt sich die Frage, ob dieser gerechtfertigt werden kann.

a. Sozialpolitische Güterabwägung

Hierfür kämen insbesondere sozialpolitische Ziele in Betracht. So verlangt die IG Metall mit ihrer Kampagne »Leiharbeit fair gestalten« gleiches Geld für gleiche Arbeit[594].

Inwieweit es dabei tatsächlich um das Wohl der Leiharbeitnehmer geht kann aber dahingestellt bleiben, denn sozialpolitische Ziele und andere Rechtsgüter außerhalb des Kartellrechts können Kartellverstöße nach allgemeiner Meinung nicht im Wege einer Gesamtabwägung rechtfertigen[595]. Dies folgt auch aus einem Umkehrschluss aus § 25 GWB in der Fassung bis zur 7. GWB-Novelle, der die Stellungnahmen nicht auf kartellrechtliche Belange beschränkte[596]. Überdies müssten Tarifvertragsparteien auch auf Wettbewerbsfreiheit verpflichtet werden, wenn man ihnen sozialpolitischen Einfluss auf das Kartellrecht eröffnen möchte[597].

b. Freistellung

In Betracht käme allenfalls eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB. Eine Gruppenfreistellung kommt aufgrund der Preiskartellierung nicht in Betracht[598]. Eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB anerkennt das Kartellrecht zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts. Allerdings setzt die Freistellung voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung zu objektiven wirtschaftlichen Effizienzgewinnen quantitativer oder qualitativer Art führt[599]. Nichtwirtschaftliche Vorteile scheiden aus, was im Hinblick auf die wettbewerbsfunktionale Schutzrichtung des Kartellrechts nur konsequent ist[600].

---

594 Oben § 1 D. II. 1, S. 45.

595 MünchKommWettbR/*Säcker*, § 1 GWB Rn. 53; Immenga/Mestmäcker/*Zimmer*, § 1 GWB Rn. 195 ff; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 1 Rn. 246; *Säcker/Oetker*, Tarifautonomie, S. 223 f.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 21 Rn. 50, 57; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rn. 472 ff.

596 Hierzu und zum Folgenden: *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 48.

597 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 224.

598 Oben § 3 A. I. 4, S. 129.

599 Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG vom 27.4.2004 – ABl. 2004, C 101/97, Rn. 59 ff.

600 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 2 GWB Rn. 19.

Wirtschaftliche Effizienzgewinne wird man bei privativer Tariftreue nicht nachweisen können[601]. Sie führt zu keiner erkennbaren Steigerung der Produktivität. Im Gegenteil müssen die Tariftreuegläubiger im Falle der Nachfragetätigkeit zusätzliche Kosten in Kauf nehmen, um mit den Tariftreueschuldnern weiterhin kontrahieren zu können oder – im Falle der Angebotstätigkeit – auf Einnahmen verzichten[602]. Sind sie hierzu nicht bereit, werden sie ihr Angebot bzw. ihre Nachfrage senken.

Man könnte allenfalls über die Querschnittsklausel des Art. 147 Abs. 2 AEUV beschäftigungspolitische Vorteile in den Freistellungstatbestand »hineinlesen«[603]. Aber selbst wenn man dem folgt[604], müsste privative Tariftreue positive Beschäftigungseffekte auslösen. Solche sind indes nicht ersichtlich. Die Marktverknappung hat höchstens negative Beschäftigungseffekte bei den Tariftreuschuldnern, soweit ihr Angebot bzw. ihre Nachfrage gegenüber den Tariftreuegläubigern sinkt[605]. Im Falle der Zeitarbeit ist sogar zu erwarten, dass Arbeitnehmer gänzlich vom Markt gedrängt werden[606].

Darüber hinaus setzt die Freistellung voraus, dass die Verbraucher an dem Fortschrittsgewinn angemessen beteiligt werden. Beschäftigungspolitische Vorteile, die die betroffenen Unternehmen belasten, können indes nie durch Preissenkungen an die Verbraucher weitergegeben werden[607]. Allenfalls könnte man daran denken, dass die in den Genuss der Lohnsteige-

601 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 226; allgemein für Tarifverträge: *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 14; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 18; *ders.*, in: FS Reuter, S. 770; ausführlich *Mühlbach*, Kartellkontrolle, S. 182 ff.

602 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.

603 FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 24 mit Nachweisen; *Ackermann*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 14; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 227; *Wessely*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 104; ausführlich *Lenk*, Werbeverbote, S. 286 ff.; a.A. *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 107 ff.

604 So etwa ansatzweise die Europäische Kommission, die soziale Belange teilweise zumindest mitberücksichtigte: Kommission 4.7.1984 – IV/30.810 »Kunstfasern« – ABl. 1984, L 207/17, Rn. 37: »Die Koordinierung der Stillegungen ermöglicht weiter sowohl die Umstrukturierung unter annehmbaren sozialen Bedingungen als auch eine bessere Umsetzung der Beschäftigten«; Kommission 29.4.1994 – IV/34.456 »Stichting Baksteen« ABl. 1994, L 131/15, Rn. 27: »Das gemeinsame Vorgehen bei der Schließung von Produktionsstätten ermöglicht überdies annehmbare soziale Bedingungen und verbessert die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die betroffenen Arbeitnehmer«.

605 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 228.

606 Deswegen kritisch hinsichtlich der Lohngleichheit: *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23.

607 *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 56.

rung kommenden Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner Verbraucher sind. Jedoch versteht man unter einem Verbraucher in diesem Sinne nur jeden unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer im Absatzgefüge[608]. Arbeitnehmer der Leistungserbringer und -empfänger der Tariftreuegläubiger sind hingegen keine Produktabnehmer im Absatzgefüge und damit keine Verbraucher in diesem Sinne[609].

Eine Freistellung kommt somit nicht in Betracht.

c. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue kann, soweit ein Kartellverstoß zu bejahen ist, weder im Rahmen einer sozialpolitischen Güterabwägung gerechtfertigt werden, noch kommt eine Freistellung in Betracht.

6. Zwischenergebnis

Eine geschriebene Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt findet sich weder im deutschen noch im europäischen Kartellrecht. Auch kann sich privative Tariftreue nicht auf die Bereichsausnahme stützen, die der EuGH in der Sache »Albany« entwickelt hat und im Kern auf das nationale Recht verweist. Auch auf die deutschrechtliche Kartellgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG kann sich privative Tariftreue nicht berufen, da privative Tariftreue außerhalb der Tarifmacht der beteiligten Tarifvertragsparteien stattfindet.

Arbeitgeber sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, Arbeitgeberverbände Unternehmensvereinigungen. Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften und Betriebsräte sind ferner Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, wenn sie fremdes Gütermarktverhalten im Rahmen einer funktionalen Entscheidungseinheit steuern.

Bei privativer Tariftreue besteht eine horizontale Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen im Fall der Verbandskoalitionsvereinbarung, bei gleichförmigen Hauskoalitionsvereinbarungen, beim Betriebsräte-Arbeitskreis sowie im Fall des »sozialen« Unternehmens, das ein Tariftreuenetz aufbaut. »Echte« Unternehmen können zudem von der Konstellation der vertikalen Verhaltensabstimmung erfasst sein. Bei einsam gebliebenen Hauskoalitionsvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen muss man

608 Kommission 27.11.1985 – IV/30.846 »Ivoclar« – ABl. 1985, L 369/1, Rn. 23; Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG vom 27.4.2004 – ABl. 2004, C 101/97, Rn. 85; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, § 2 GWB Rn. 90; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Nordemann*, § 2 Rn. 32; Langen/*Bunte*, § 2 GWB Rn. 41.

609 *Kordel*, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht, S. 112; *Reichold*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 18; *ders.*, in: FS Reuter, S. 771.

hingegen eine Marktstufe tiefer gehen, um eine Verantwortlichkeit des Tariftreueveranlassers zu erreichen. Der Tariftreueveranlasser bildet in diesem Fall mit dem primären Tariftreuegläubiger die funktionale Entscheidungseinheit, indem sie vom primären Tariftreueschuldner zugleich die (sekundäre) Tariftreuegläubigerfunktion verlangen. Beim Arbeitgeberverband kann zudem auf den Zustimmungsbeschluss zurückgegriffen werden.

Privative Tariftreue beschränkt den Wettbewerb. Für die mittelbare horizontale Kartellierung des Preises der Ware oder Dienstleistung auf Ebene der Tariftreuegläubiger kommt es auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr an. Soweit man indes auf die vertikale Kartellierung des Produkt- oder Arbeitspreises abstellt, müsste privative Tariftreue im Einzelfall die Marktverhältnisse in einer praktisch ins Gewicht fallenden Weise beeinflussen.

Privative Tariftreue kann weder im Rahmen einer sozialpolitischen Güterabwägung gerechtfertigt werden, noch kommt eine Freistellung in Betracht. Sie verstößt damit – wenn eine horizontale Produktpreiskartellierung gegeben ist oder die vertikale Beschränkung spürbar ist – gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB.

II. Verbot einseitiger Verhaltensweisen

Art. 102 AEUV und §§ 19 ff. GWB[610] adressieren bestimmtes einseitiges Verhalten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Dieselbe Praxis – mithin privative Tariftreue – kann ohne weiteres zu einer Zuwiderhandlung gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen führen und gleichzeitig gegen bestimmte verbotene einseitige Verhaltensweisen verstoßen, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung jeder Bestimmung gegeben sind[611]. Eine Übertragung der Bereichsmaßnahme für Tarifverträge auf die Missbrauchstatbestände, wie sie für das Kartellierungsverbot nach Art. 101 AEUV und § 1 GWB befürwortet wird[612], lehnt

610 Berücksichtigt wurden die §§ 18 ff. GWB in der Fassung der damals noch nicht verabschiedeten 8. GWB-Novelle (Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.7.2013, BGBl. I 2013, S. 1738).

611 EuGH 16.3.2000 – Rs. C-395/96 »Companie maritime belge transports« – Slg. 2000, I-1365 Rn. 33, 130.

612 Oben § 3 A. I. 1. b, S. 84.

die Monopolkommission ab[613]. Selbst wenn man den gleichen Maßstab heranziehen würde, käme eine Bereichsausnahme hier nicht in Betracht[614].

1. Adressaten

a. Unternehmen

Für die Anwendbarkeit des Verbots bestimmter einseitiger Verhaltensweisen gelten hinsichtlich des Unternehmensbegriffs grundsätzlich die gleichen Abgrenzungskriterien wie für das Kartellierungsverbot der Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB[615]. Allerdings ist die FENIN-Rechtsprechung für die deutschen Bestimmungen nicht maßgebend, da Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 nur für das Kartellierungsverbot gilt (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003, § 22 Abs. 3 GWB)[616].

Da Verbände und Betriebsräte grundsätzlich keine Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind, kommt eine Verwirklichung des Art. 102 AEUV und der §§ 19 ff. GWB dieser Einheiten *gegenüber* Tariftreuegläubigern nicht in Betracht. Aufgrund der relativ-funktionalen Unternehmenseigenschaft bei Zugriff auf die Unternehmensautonomie der Tariftreuegläubiger können sie aber mit diesen eine funktionale Entscheidungseinheit bilden[617]. In diesem Fall fehlt es aber an der erforderlichen Zweistufigkeit, mithin zwei unterschiedlichen Unternehmen, wie sie auch die »Vereinbarung« nach Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verlangt, weshalb eine vertikale Vereinbarung auf der »ersten« Marktstufe zwischen Gewerkschaft oder Betriebsrat und Tariftreuegläubiger ausscheidet[618].

b. Unternehmensvereinigungen

§§ 20, 21 GWB erweitern den Anwendungsbereich zudem auf Unternehmensvereinigungen. Der Begriff der Unternehmensvereinigung im Sinne des § 21 GWB ist dabei mit demjenigen des § 1 GWB identisch[619] und erfasst auch Arbeitgeberverbände[620].

Zwar erweitert auch § 20 Abs. 1 GWB im Anwendungsbereich relativer Marktmacht den Adressatenkreis des § 19 GWB auf Unternehmensvereinigungen, doch sind Unternehmensvereinigungen im Sinne des § 20

613 Dazu auch Monopolkommission, Hauptgutachten XVIII, Rn. 1021 ff.
614 Oben § 3 A. I. 1. b. cc. [3], S. 91.
615 Oben § 3 A. I. 2. a, S. 97.
616 Riesenhuber/*Ackermann*, § 21 Rn. 32; kritisch *Bornkamm*, in: FS Blaurock, S. 53, der in jedem Fall für einen einheitlichen Unternehmensbegriff plädiert.
617 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.
618 Oben § 3 A. I. 3. a. bb. [3], S. 124.
619 *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 5, 29, 46.
620 Oben § 3 A. I. 2. b. aa, S. 115.

Abs. 1 GWB nur solche, die – ohne selbst Unternehmen zu sein – unmittelbar mit dem Waren- oder Dienstleistungsgeschäft ihrer Mitgliedsunternehmen befasst sind, indem sie etwa als Einkaufs- oder Verkaufskooperation Rahmenverträge für ihre Mitgliedsunternehmen schließen oder für sie als Vermittler tätig werden[621]. Zwar kann man Arbeitgeberverbände, die im Rahmen von Tariftreuekoalitionsvereinbarungen das Gütermarktverhalten ihrer Mitgliedsunternehmen steuern, aufgrund dieser marktzugreifenden Tätigkeit als Unternehmensvereinigung in diesem Sinne einordnen. Allerdings erfasst § 20 Abs. 1 GWB keine nach § 1 GWB verbotenen Kartelle, da nicht angenommen werden kann, dass diese trotz Streichung der Bezugnahme auf § 1 GWB in § 20 Abs. 1 GWB a.F. über § 20 Abs. 2 GWB a.F. dem Verbot des § 20 Abs. 1 GWB a.F. wieder unterstellt werden sollten[622].

Damit käme der Bezugnahme auf Unternehmensvereinigungen in § 20 Abs. 1 GWB für Arbeitgeberverbände nur für diejenigen Fälle eine Auffangfunktion zu, in denen ein Verstoß gegen § 1 GWB ausscheidet. Nach hier vertretener Auffassung ist der Verstoß gegen § 1 GWB indes zu bejahen[623]. An der Unternehmenseigenschaft bei Indienstnahme unternehmerischer Betätigung des Tariftreuegläubigers und der damit verbundenen funktionalen Entscheidungseinheit[624] ändert dies freilich nichts.

c. Zwischenergebnis

Adressaten des Verbots einseitiger wettbewerbswidriger Verhaltensweisen können damit nur Unternehmen oder Verbände und Betriebsräte in funktionaler Entscheidungseinheit mit Unternehmen sein. § 21 GWB adressiert hingegen auch Arbeitgeberverbände als Unternehmensvereinigung.

2. Verbotenes Verhalten marktstarker Unternehmen

Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 Abs. 1 GWB verbieten, eine marktbeherrschende Stellung bzw. relative Marktmacht missbräuchlich auszunutzen und bilden neben dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und der Zusammenschlusskontrolle nach der Fusionskontrollverordnung[625] bzw. §§ 35 ff. GWB die dritte Säule des Kartellrechts[626]. Anders als

621 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 46; MünchKommWettbR/*Westermann*, § 20 GWB Rn. 23; zweifelnd Langen/Bunte/*Nothdurft*, § 20 GWB Rn. 48.

622 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 46; Langen/Bunte/*Nothdurft*, § 20 GWB Rn. 47; *Köhler*, Nachfragemacht, S. 62.

623 Oben § 3 A. I. 6, S. 138.

624 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.

625 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, L 24/1.

sec. 2 *Sherman Antitrust Act* der Vereinigten Staaten kennt das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht kein Monopolierungsverbot, sondern beschränkt sich darauf, die Marktmacht einer Missbrauchskontrolle zu unterwerfen[627].

a. Konstellationen

Das Missbrauchsverbot könnte dabei grundsätzlich zweierlei adressieren:

- Einmal die Tariftreueauferlegungspflicht durch den Tariftreueveranlasser. Dies betrifft nur das »echte« Unternehmen, da Verbände und Betriebsräte jeweils mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit bilden[628] und es deswegen wie bei der Verhaltensabstimmung im Rahmen der Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB an der Zweistufigkeit fehlt[629]. Denkbar ist diese Konstellation dagegen auf tieferen Marktstufen, indem der Tariftreuegläubiger zum neuen Tariftreueveranlasser für die nächste Marktstufe wird.
- Missbräuchlich könnte aber auch die reine Tariftreueverpflichtung des Tariftreue*gläubigers* gegenüber dem Tariftreueschuldner sein. Für privative Tariftreue ist das – entsprechend seiner Definition – aber nur insoweit relevant, als aufgrund der funktionalen Entscheidungseinheit die Dreistufigkeit von Tariftreueveranlasser, Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner aufgegeben wird und Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger gegenüber dem Tariftreueschuldner als funktionale Entscheidungseinheit auftreten.

b. Marktbeherrschung und relative Marktmacht

Art. 102 AEUV und § 19 GWB setzen zunächst eine marktbeherrschende Stellung des Adressaten voraus. Die Marktbeherrschung setzt nach § 18 Abs. 1 GWB voraus, dass das Unternehmen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. In § 18 Abs. 2 bis 7 GWB wird die Marktbeherrschung näher ausgeführt und Vermutungstatbestände aufgestellt. Die relative Marktmacht ist hingegen in § 20 Abs. 1 GWB definiert und setzt voraus, dass von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende oder zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Die marktbeherr-

626 Immenga/Mestmäcker/*Möschel*, § 19 GWB Rn. 1; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Lübbig*, Art. 82 EG Rn. 1.
627 Immenga/Mestmäcker/*Möschel*, § 19 GWB Rn. 1.
628 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.
629 Oben § 3 A. I. 3. a. bb. [3], S. 124.

schende Stellung nach § 19 Abs. 1 GWB verlangt nach § 18 Abs. 1 GWB zudem, dass das Unternehmen »als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen« tätig ist. Die Erweiterung des Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf Unternehmen mit relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1 GWB verlangt hingegen, dass »von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager [...] abhängig sind«.

Die Marktstärke ist für den Tariftreueveranlasser bzw. den Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) anhand einer Marktabgrenzung zu bestimmen[630] und sei nur exemplarisch für den Stahltarif Nordwestdeutschland skizziert: Geht man davon aus, dass Leiharbeitnehmer in der Stahlbranche aufgrund ihrer Spezialisierung einen eigenen Markt bilden[631], so stellt sich die Frage, ob die Stahlunternehmen marktbeherrschend sind oder kleine und mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen umzusteigen, nicht bestehen. Letzteres ist zumindest naheliegend. Großen Stahlunternehmen, die in weitem Umfang auf Zeitarbeit zurückgreifen, kommt gegenüber den überwiegend Klein- und Kleinstverleihern[632] durchaus eine Marktmacht zu, der diese nicht ohne weiteres ausweichen können[633].

c. Missbrauch

Die Generalklauseln der Art. 102 Satz 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB verbieten die missbräuchliche Ausnutzung einer (markt-)beherrschenden Stellung. Art. 102 Abs. 2 AEUV nennt hierfür vier, § 19 Abs. 2 GWB fünf Regelbeispiele. Der Missbrauchsbegriff des Art. 102 AEUV wird dabei weitgehend identisch mit demjenigen des § 19 GWB ausgelegt[634]. Relevant sind hier der Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) und der Behinderungsmissbrauch (Art. 102 Abs. 2 lit. c, Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB).

630 Ausführlich: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Götting*, § 19 GWB Rn. 9 ff.; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 16 ff.; zu Art. 102 AEUV: Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 42 ff.

631 Oben § 3 A. I. 4. c, S. 133.

632 11. AÜG-Bericht (Fn. 561), S. 20 f., 37.

633 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 250.

634 BGH 4.3.2008 – KVR 21/07 »Soda-Club II« – WRP 2008, 823, 824 ff.; *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 74.

aa. Ausbeutungsmissbrauch

Verboten ist zunächst der Ausbeutungsmissbrauch, der den Preis- und Konditionenmissbrauch umfasst. Der Ausbeutungsmissbrauch richtet sich an die Marktgegenseite und verbietet dem (markt-)beherrschenden Unternehmen, Preise oder Konditionen durchzusetzen, die bei hypothetischem Wettbewerb nicht durchzusetzen wären[635].

Auch wenn bei den hier zu betrachtenden Konstellationen der Tariftreueveranlasser bzw. der Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) Tariftreueauferlegung bzw. Tariftreue beim Tariftreuegläubiger bzw. Tariftreueschuldner durchsetzt und die Preise durch die Lohnkostensteigerung beim Tariftreueschuldner mittelbar beeinflusst werden, trifft es die Fallgruppe des Preismissbrauchs nicht ganz. Der Preismissbrauch zielt darauf ab, dass der marktstarke Nachfrager niedrigere Preise, der marktstarke Anbieter höhere Preise durchsetzt[636]. Durch privative Tariftreue steigt indes höchstens der Preis für den Nachfrage-Tariftreuegläubiger bzw. sinkt er für den Angebots-Tariftreuegläubiger gegenüber dem Tariftreueschuldner[637]. Ähnlich wird sich die Beziehung zwischen dem echten Unternehmen als Tariftreueveranlasser und dem Tariftreuegläubiger zulasten des Tariftreueveranlassers gestalten.

Nicht ohne weiteres von der Hand weisen lässt sich hingegen die Fallgruppe des Konditionenmissbrauchs. Letztlich werden Geschäftsbedingungen (Tariftreueauferlegungs- bzw. Tariftreuepflicht) in die Vertragsbeziehungen »eingeführt«, die bei normalen Marktbedingungen nicht zu erzielen sind. Da auch sonstige Konditionen preissensitiv sein können, wie sich an der Tariftreueklausel zeigt[638], lässt sich eine scharfe Trennung zwischen Preis- und Konditionenmissbrauch ohnehin nicht vornehmen[639].

Das Bundeskartellamt begnügte sich im Fall der Berliner Vergabepraxis[640] mit einer Prüfung anhand des Behinderungs- und Diskriminierungsverbot und bejahte einen Verstoß gegen § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB in der Fassung bis zur 6. GWB-Novelle[641]. Einen Ausbeutungsmissbrauch aufgrund von *Nachfrage*macht hält das Bundeskartellamt zudem nur in außergewöhnlichen

635 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Götting*, § 19 GWB Rn. 72 ff.; Langen/Bunte/*Bulst*, Art. 82 EG Rn. 95.
636 *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 84.
637 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.
638 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.
639 *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 84.
640 Oben § 3 A. I. 3. a. bb. [3], S. 124.
641 BKartA 3.11.1997 – B 5 – 75123 – VX – 61/95 – NJWE-WettbR 1998, 68. Ebenso KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600; BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327; a.A. *Schwab*, NZA 2001, 701, 704 f.

Einzelfällen für denkbar[642]. Während Entscheidungen zum Ausbeutungsmissbrauch vereinzelt blieben, gibt es zum Behinderungs- und Diskriminierungsverbot eine Fülle von Rechtsprechung[643].

Die Fallgruppenabgrenzung ist für die Rechtsfolge ohne Belang. Da das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aufgrund der weniger »ausbeutenden« Ausrichtung privativer Tariftreue näher liegt[644] und nach § 20 Abs. 1 GWB auch auf Unternehmen mit relativer Marktmacht anwendbar ist, beschränkt sich die Prüfung im Folgenden hierauf.

bb. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot

Im Gegensatz zum Ausbeutungsmissbrauch richtet sich das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nicht nach dem Verhalten, das bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre. Vielmehr werden marktstarken Unternehmen zusätzliche Rücksichtnahmepflichten auferlegt, die sowohl gegenüber der Marktgegenseite als auch gegenüber der Marktnebenseite einzuhalten sind[645]. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB fasst seit der 8. GWB-Novelle § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F. und § 20 Abs. 1 GWB a.F. zusammen, denen die Praxis letztlich einen identischen Inhalt gab[646]. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verbietet, »ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig [zu behindern] oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders [zu behandeln] als gleichartige Unternehmen«. Entsprechenden Inhalt hat das unionsrechtliche Verbot nach Art. 102 AEUV[647].

[1] Behinderung

Unter einer Behinderung versteht man jede Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb[648]. Ob eine solche gegeben ist, hängt

642 Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1978 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB) vom 7.2.1978, BT-Drucks. 8/2980, S. 34 f.

643 Übersicht bei Immenga/Mestmäcker/*Möschel*, § 19 GWB Rn. 144 ff.

644 Immenga/Mestmäcker/*Möschel*, § 19 GWB Rn. 175.

645 Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Götting*, § 19 GWB Rn. 63; *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 76; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 199.

646 Immenga/Mestmäcker/*Möschel*, § 19 GWB Rn. 113 f.; Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 239; *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 75, *Fritzsche*, DB 2012, 845.

647 Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV Rn. 199 ff.

648 BGH 22.9.1981 – KVR 8/80 »Original-VW-Ersatzteile II« – GRUR 1982, 60, 61; BGH 12.11.1991 – KZR 18/90 »Amtsanzeiger« – GRUR 1992, 191, 194; BGH 7.11.2006 – KZR 2/06 »Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt« – GRUR 2007, 616, Rn. 22; Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 116; MünchKommWettbR/*Westermann*, § 20 GWB Rn. 69; *Loewenheim*/Meessen/

davon ab, inwieweit der Behinderte seine Wettbewerbsvorteile noch ausschöpfen kann. Dabei ist die Behinderung als solche noch wertneutral; die Bewertung des Verhaltens findet erst im Rahmen der Prüfung der Unbilligkeit statt[649].

Betrachtet man den Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) und handelt es sich etwa um privative Tariftreue auf dem Markt der Arbeitnehmerüberlassung (z.B. Airbus Zeitarbeits-Tarifvertrag und Stahltarif Nordwestdeutschland) und müssen faktisch schon die *variablen* Kosten pro überlassenem Arbeitnehmer denjenigen Personaleinzelkosten des Tariftreuegläubigers entsprechen, besteht für den Aufschlag für Fixkosten und Gewinnmarge wenig Raum, da die Bereitschaft der Entleiher, für Leiharbeitnehmer mehr zu zahlen als ihre Stammarbeitnehmer kosten, nicht besonders hoch sein dürfte, soweit nicht ausnahmsweise Beschäftigungsspitzen aufgefangen werden müssen[650] und man dem »Flexibilitätsargument« Bedeutung zumisst[651]. Dies beeinträchtigt den Wettbewerb der Überlassungsunternehmen, da sie aufgrund der Gleichschaltung der Lohnbedingungen gegenüber dem Tariftreuegläubiger ihre individuellen Wettbewerbsvorteile nicht mehr ausspielen können[652]. Auch in anderen Branchen ist auf den Lohnkostenanteil abzustellen und zu prüfen, inwieweit die Lohnstückkosten den Produktpreis beeinflussen. Während in den Dienstleistungssektoren der Personalkostenanteil regelmäßig sehr hoch ist[653], bewegen sich die Personalkosten bei Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes regelmäßig zwischen zehn und 30 Prozent[654].

Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 67; *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 77; § 20 GWB Rn. 41; Langen/Bunte/*Nothdurft*, § 19 GWB Rn. 144.

649 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 116; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 67.

650 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 253.

651 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.

652 Siehe auch KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1606; BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327, 330.

653 Siehe dazu die Kostenstrukturerhebungen des Statistischen Bundesamts im Dienstleistungssektor, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/DienstleistungenFinanzdienstleistungen/ThemaDienstleistungen.html sowie die Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich (Aufwendungen nach Wirtschaftszweigen im Jahr 2010), https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Dienstleistungen/Tabellen/AufwendungenWZ.html.

654 Statistisches Bundesamt, Statistisches Bundesamt, Fachserie 4, Reihe 4.3, Kostenstruktur der Unternehmen des Verarbeitenden Gewerbes sowie des Bergbaus und der Gewinnung von Steinen und Erden, 2010, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/IndustrieVerarbeitendesGewerbe/Strukturdaten/Kostenstruktur2040430107004.pdf?__blob=publicationFile, S. 296 ff.

Soweit »echte« Unternehmen als Tariftreueveranlasser adressiert werden, werden auch Tariftreuegläubiger in ihren wettbewerbsrechtlichen Betätigungsmöglichkeiten begrenzt, da sie faktisch nur noch mit Unternehmen kontrahieren können, die sich dem Tariftreuediktat unterwerfen.

Jedoch wird nicht jeder wirtschaftliche Nachteil, der einem Unternehmen zugefügt wird, als Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb angesehen. Erforderlich ist eine Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen des beeinträchtigten Unternehmens gegenüber *anderen* Nachfragern oder Anbietern[655], die Chance zu Geschäftsabschlüssen mit *Dritten* muss also beeinträchtigt sein[656]. Daran fehlt es bei privativer Tariftreue, soweit Tariftreue vom Tariftreueschuldner gefordert wird. Dessen Wettbewerbschancen auf dem übrigen Markt bleiben unberührt. Anders ist dies freilich im Fall des tariftreueveranlassenden »echten« Unternehmens.

[2] Ungleichbehandlung

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verbietet darüber hinaus, ein anderes Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders zu behandeln als gleichartige Unternehmen.

Betrachtet man den Tariftreuegläubiger, wird zwar von allen Tariftreueschuldnern – oder etwa im Falle des Stahltarif Nordwestdeutschland allen Zeitarbeitsunternehmen, die als »gleichartige Unternehmen« die Vergleichsgruppe bilden[657] – Tariftreue verlangt, doch kommt es darauf an, wie sich der Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) zu den unterschiedlichen Reaktionen der mit dieser Forderung konfrontierten Unternehmen verhält[658]. Da Tariftreueschuldner, die die Tariftreueforderung akzeptieren, anders behandelt werden als solche, die sich weigern, namentlich der Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) im Ergebnis nur noch mit »tariftreuen« Tariftreueschuldnern kontrahiert, liegt eine Ungleichbehandlung vor[659]. Gegenüber solchen Tariftreueschuldnern,

655 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 117; *Köhler*, Nachfragemacht, S. 74.

656 OLG Celle 29.11.2001 – 13 U 32/01 (Kart) »Schülertransport« – WuW/E DE-R 824, 825; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 67.

657 Dazu: Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 122; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 88; *Bechtold*, § 20 GWB Rn. 53.

658 KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1605; BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327, 330; siehe auch *Rieble*, BB 2013, 245, 250; dies verkennt *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 106.

659 Anders *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 251, die die Ungleichbehandlung übersehen.

die der Tariftreueverpflichtung nicht folgen möchten oder können, wird der Markt abgeschottet[660].

Gleiches gilt für das »echte« Unternehmen, das sich als Tariftreueveranlasser geriert und (faktisch) nur mit nur jenen Unternehmen kontrahiert, die sich dem Tariftreueauferlegungsdiktat beugen.

Ebenso wie beim Behinderungstatbestand geht mit der Bejahung der Ungleichbehandlung indes noch kein Unwerturteil einher; die Ungleichbehandlung ist nur missbräuchlich, wenn sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt[661].

[3] Unbilligkeit bzw. Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes

Ob die Behinderung unbillig ist oder die Ungleichbehandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt, entscheidet sich nach gleichen Kriterien[662] aufgrund einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten »unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes«[663].

Dabei ist auf Seite des Tariftreuegläubigers (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) bzw. des Tariftreueveranlassers zu berücksichtigen, dass § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB ein Unternehmen grundsätzlich nicht daran hindern will, »seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie [es] dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet«[664]. Über die kaufmännische Vernünftigkeit entscheidet allein der Markt und nicht der kartellrechtliche Missbrauchstatbestand[665]. Dies gilt allerdings nur, soweit die Verhaltensweise nicht darauf abzielt, gegen rechtliche Wertungen des

660 BKartA 3.11.1997 – B 5 – 75123 – VX – 61/95 – NJWE-WettbR 1998, 68, 72; KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1606; BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327, 330.

661 *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 89.

662 *Bechtold*, § 20 GWB Rn. 54.

663 BGH 27.9.1962 – KZR 6/61 »Grote-Revers« – BGHZ 38, 90, 102; BGH 3.3.1969 – KVR 6/68 »Sportartikelmesse« – BGHZ 52, 65, 71; BGH 7.3.1989 – KZR 15/87 »Staatslotterie« – NJW 1989, 3010, 3012; BGH 13.7.2004 – KZR 40/02 »Standard-Spundfass« – WRP 2004, 1372, 1376; BGH 8.5.2007 – KZR 9/06 »Autoruf-Genossenschaft II« – WRP 2007, 799, 801.

664 BGH 25.10.1988 – KVR 1/87 »Lüsterbehangsteine« – GRUR 1989, 220, 222; BGH 17.3.1998 – KZR 30/96 »Bahnhofsbuchhandel« – WRP 1998, 783, 785 f.; BGH 24.9.2002 – KZR 38/99 »Vorleistungspflicht« – WRP 2003, 1244, 1246; BGH 13.7.2004 – KZR 17/03 »Sparberaterin« – WRP 2005, 109, 110; BGH 11.10.2006 – KZR 45/05 »Lesezirkel II« – NJW 2007, 83, 85.

665 *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 20 GWB Rn. 73.

GWB oder anderer Rechtsvorschriften zu verstoßen; nicht abwägungsfähig ist daher das Interesse an der Durchsetzung von Verhaltensweisen, die gegen das GWB, insbesondere § 1 GWB, verstoßen[666]. Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) könnten sich daher etwa nicht darauf berufen, den gegen § 1 GWB verstoßenden Beschluss ihres Arbeitgeberverbands durchzusetzen[667].

Auf Seite der Tariftreuegläubiger bzw. -schuldner ist die freie Marktbetätigungsmöglichkeit zu berücksichtigen, insbesondere die Preisgestaltungsfreiheit nach Wettbewerbsgesichtspunkten[668].

Danach wird die Abwägung regelmäßig zugunsten Letztgenannter ausfallen, denn auf Seite der Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) bzw. der Tariftreueveranlasser besteht kein berücksichtigungsfähiger Interessensbelang an der Durchsetzung der Tariftreue bzw. Tariftreueauferlegung[669]. Allein die Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Ziele durch das Tariftreueauferlegungsverlangen ist mit der Zielsetzung des GWB nicht vereinbar[670].

d. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt daher gegen Art. 102 Abs. 2 lit. c, Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB; entweder durch ein »echtes« Unternehmen als Tariftreueveranlasser gegenüber Tariftreuegläubigern oder durch Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger in funktionaler Entscheidungseinheit gegenüber Tariftreueschuldnern.

3. Boykottverbot und sonstige Verhaltensverbote

§ 21 GWB schützt den Rechtsverkehr vor weiteren bestimmten Formen einseitigen Wettbewerbsverhaltens. Abs. 1 verbietet den Boykott, während Abs. 2 und Abs. 3 sonstige einseitige Wettbewerbsbeschränkungen verbieten.

a. Boykott

Das Boykottverbot geht – anders als §§ 19, 20 GWB und § 21 Abs. 2 und 3 GWB – von einem Dreipersonenverhältnis aus: dem Verrufer, der einen Anderen zu einer Liefer- oder Bezugssperre auffordert, dem Adressaten

666 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 131 mit weiteren Nachweisen; Langen/Bunte/*Nothdurft*, § 20 GWB Rn. 137.
667 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 257.
668 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 258.
669 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 259.
670 KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1605; *Bechtold*, § 20 GWB Rn. 42.; siehe auch Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 20 GWB Rn. 145.

des Boykottaufrufs und dem Verrufenen[671]. Der Boykott scheint besonders bildhaft bestimmte Situationen privativer Tariftreue zu erfassen, da von Unternehmen verlangt wird, nur noch mit solchen Unternehmen zu kontrahieren, die sich tariftreu verhalten. Allerdings kann der Boykotttatbestand aufgrund der erforderlichen Unternehmenseigenschaft des Verrufers nur »echte« Unternehmen und Unternehmensvereinigungen als Tariftreueveranlasser erfassen. Soweit die Tariftreueauferlegungspflicht durch den adressierten Tariftreuegläubiger allerdings als Tariftreueveranlasser an die Leistungserbringer und -empfänger weitergereicht werden soll, könnten Verbände oder Betriebsräte und Tariftreuegläubiger als funktionale Entscheidungseinheit[672] Verrufer für die nächste Marktstufe sein.

Unter einer Bezugs- bzw. Liefersperre versteht man jeden Versuch, einen anderen Unternehmer dahin zu beeinflussen, dass er bestimmte Lieferbeziehungen nicht eingeht oder nicht aufrechterhält[673]. Die unternehmerische Betätigung des Tariftreueveranlassers zielt aber letztlich in eine andere Richtung. Der Bezug- bzw. die Lieferung bestimmter Waren und Dienstleistungen soll nicht gesperrt werden, sondern lediglich der Inhalt der Vertragsbedingungen zwischen Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner diktiert werden[674]. Eine Sperre und nicht nur bloße Erschwerung wäre nur dann gegeben, wenn Bedingungen aufgezwungen werden, die die Lieferung oder den Bezug unzumutbar machen würden, da sie wirtschaftlich sinnlos würden[675]. Letzteres kann aber nicht bejaht werden. Durch privative Tariftreue können Tariftreueschuldner zwar ihren Vorteil aus dem Lohnkostenwettbewerb verlieren[676], die Vertragsbeziehungen mit den Tariftreuegläubigern werden aber regelmäßig nicht sinnlos, da privative Tariftreue vielfach den Produkt- bzw. Dienstleistungspreis, je nach Nachfrage- oder Angebotssituation, des Tariftreuegläubigers erhöht bzw. senkt[677].

671 BGH 28.9.1999 – KZR 18/98 »Beteiligungsverbot für Schilderpräger« – GRUR 2000, 344, 346.
672 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.
673 BGH 5.7.1995 – KRB 8/95 »Handelsvertretersperre« – WuW/E BGH 3006, 3008; BGH 27.4.1999 – KZR 54/97 »Taxi-Krankentransporte« – WRP 1999, 941, 944.
674 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 234.
675 OLG Schleswig 27.8.1985 – 6 U (Kart.) 48/84 »Import-Arzneimittel« – WuW/E OLG 3780, 3781.
676 Ausführlich unten § 5 A. IV. 2. c, S. 219.
677 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.

Bei privativer Tariftreue fehlt daher die Aufforderung zu einer Bezugs- oder Liefersperre[678], sodass der Boykotttatbestand des § 21 Abs. 1 GWB ausscheidet.

b. Veranlassung zu verbotenem Verhalten

§ 21 Abs. 2 GWB verbietet, anderen Unternehmen Nachteile anzudrohen oder zuzufügen oder Vorteile zu gewähren oder zu versprechen, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach den Vorschriften des GWB oder den Art. 101, 102 AEUV oder einer hierauf ergangenen Verfügung der Europäischen Kommission oder der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden kann. Wie beim Boykottverbot können Täter des § 21 Abs. 2 GWB nur »echte« Unternehmen und Arbeitgeberverbände als Unternehmensvereinigungen sein. Verbände oder Betriebsräte können aber mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit[679] für die nächste Marktstufe bilden.

aa. Lockmittel

Nachteil im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB ist jedes Übel, das bei objektiver Beurteilung geeignet ist, den Willen des anderen Unternehmens zu beeinflussen[680]. An einer solchen Eignung fehlt es, wenn die Maßnahme für das andere Unternehmen ohne Konsequenzen bleibt, weil es die gesperrten Waren problemlos von einem anderen Lieferanten beziehen kann[681]. Unter einem Vorteil im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB versteht man – spiegelbildlich – jede Verbesserung der Situation des anderen Unternehmens[682]. Ein Vorteil kann insbesondere auch darin bestehen, dass ein Nachteil vermieden wird[683]. Die Abgrenzung zwischen angebotenem Vorteil in Form der Vermeidung eines Nachteils und angedrohtem Nachteil ist naturgemäß fließend. Nachteile und Vorteile brauchen jeweils nicht wirtschaftli-

678 Anders wohl *Franzen*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 139 f.

679 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [f], S. 111.

680 BGH 16.12.1976 – KVR 5/75 »Architektenkammer« – GRUR 1977, 739, 741 f.; BGH 19.3.1991 – KVR 4/89 »Warenproben in Apotheken« – GRUR 1991, 622, 624; KG 6.12.1979 – Kart 36/78 »Jeans« – WuW/E OLG 2205; KG 17.9.1992 – Kart 12/91 »Einflußnahme auf die Preisgestaltung« – WuW/E OLG 5053, 5059; OLG Düsseldorf – 29.12.2004 – VI-Kart 17/04 (V) »PPK-Entsorgung« – WuW/E DE-R 1453, 1458.

681 KG 6.12.1979 – Kart 36/78 »Jeans« – WuW/E OLG 2205; KG 17.9.1992 – Kart 12/91 »Einflußnahme auf die Preisgestaltung« – WuW/E OLG 5053, 5059.

682 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 64; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 36; FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 186; auch *Immenga*, in: FS Werner, S. 381 f.

683 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 65; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 37; FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 187.

cher Art zu sein, vielmehr genügen auch andere (Un-)Annehmlichkeiten, etwa gesellschaftlicher Art[684].

Zu den Nachteilen im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB zählen insbesondere der Abbruch oder die Nichtaufnahme von Liefer- oder Bezugsbeziehungen[685]. Das liegt nahe, wenn der Normadressat den Fortbestand der Vertragsbeziehung von der Befolgung der Tariftreue oder Tariftreueauferlegung abhängig macht. Obzwar die Klausel rechtlich unwirksam ist, kann daraus eine faktische Vereinbarungs- bzw. Befolgungspflicht folgen. Das trifft einmal den Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit Gewerkschaft oder Betriebsrat) aber auch das Unternehmen als Tariftreueveranlasser, der die Beziehung zu seinen Vertragspartnern (auch) davon abhängig macht, dass diese als Tariftreuegläubiger agieren.

Tariftreueveranlassende Arbeitgeberverbände könnten ihren Mitgliedsunternehmen interne »Maßnahmen« in Aussicht stellen, sollten sich diese nicht dem »sozialen Frieden« unterwerfen[686].

bb. Zweck

Die Vorteils- oder Nachteilsgewährung muss allerdings den Zweck haben, das andere Unternehmen zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten zu veranlassen; dass die angestrebte Verhaltensweise letztlich durchgeführt wird, verlangt § 21 Abs. 2 GWB hingegen nicht[687]. Dies setzt die Absicht des Normadressaten voraus, mit der Vorteilsgewährung das wettbewerbswidrige Verhalten zu erreichen[688]. Bedingter Vorsatz genügt ebenso wenig[689] wie direkter Vorsatz[690]. Dass der Normadressat neben der Absicht, das wettbewerbswidrige Verhalten der Adressaten zu bewirken, weitere

684 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 58; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 36; FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 165.

685 BGH 24.6.1965 – KZR 7/64 »Brotkrieg II« – BGHZ 44, 279, 281 ff.; BGH 14.7.1980 – KRB 6/79 »market intern« – BB 1980, 1652; KG 17.9.1992 – Kart 12/91 »Einflußnahme auf die Preisgestaltung« – WuW/E OLG 5053, 5059.

686 Siehe etwa zum Stahltarif Nordwestdeutschland: *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 236.

687 *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 39.

688 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 67; FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 195 ff.

689 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 67; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 39; siehe auch OLG Schleswig 27.8.1985 – 6 U (Kart.) 48/84 »Import-Arzneimittel« – WuW/E OLG 3780, 3782; a.A. *Gutzler*, BB 1966, 390, 393; *Belke*, ZHR 138 (1974), 291, 299 ff.

690 FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 196; zustimmend *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 39.

Zwecke verfolgt, ist unschädlich[691]. Auch muss der Täter nicht wissen, dass das angestrebte Vertragsverhalten gegen Wettbewerbsvorschriften des AEUV oder des GWB verstößt. Es genügt die Vorstellung, dass das Verhalten, falls die Beeinflussung Erfolg hat, ein solches ist, dass objektiv dem Tatbestand eines anderen Wettbewerbsbeschränkungsverbot entspricht[692]. Der Subsumtionsirrtum hinsichtlich der angestrebten Verhaltensabstimmung geht zulasten des Veranlassers.

Das anvisierte Verhalten kann nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GWB eine horizontale Bindung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB sein – entweder durch ein »echtes« Unternehmen oder den Arbeitgeberverband. Daneben verbietet § 21 Abs. 2 GWB grundsätzlich auch, Dritte zu Maßnahmen nach §§ 19, 20 GWB zu veranlassen, allerdings nur soweit der Verstoß gemäß §§ 19, 20 GWB durch vertragliche Bindung zustande kommt[693]. Dies scheidet im Verhältnis von Tariftreuegläubiger (in funktionaler Entscheidungseinheit mit dem Tariftreueveranlasser) zum Tariftreueschuldner indes aus, da ein etwaiger Verstoß des Tariftreuegläubigers gegenüber dem Tariftreueschuldner in der Reaktion des Tariftreuegläubigers und nicht aus einer vertraglichen Bindung mit dem Tariftreueschuldner folgt. Deswegen kann § 21 Abs. 2 GWB die für privative Tariftreue relevanten Diskriminierungsmaßnahmen des Tariftreuegläubigers nicht als speziellen »Anstiftungstatbestand« flankieren[694].

Für die anvisierte horizontale Bindung ist die Absicht hinsichtlich der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise indes zu bejahen[695]. Die Tariftreuegläubiger sollen horizontal gleichförmig auf dem Angebots- bzw. Nachfragemarkt als Tariftreuegläubiger auftreten. Kritisch ist nur das Abstimmungselement, das für die Verwirklichung des Tatbestands des Kartellierungstatbestands erforderlich ist[696]. Hier kommt es darauf an, ob diese Abstimmung bezweckt wird. Bei öffentlichwirksamen Kampagnen kann man regelmäßig davon ausgehen, während privativer Tariftreue »im Geheimen« die Zweckrichtung fehlt. In diesem Fall bleibt nur § 21 Abs. 3 GWB.

691 BGH 10.6.1966 – KZR 4/65 »Flaschenbier« – NJW 1966, 1919, 1921; Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 68; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 39; FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 198; *Gutzler*, BB 1966, 390, 392.

692 MünchKommWettbR/*Neef*, § 21 GWB Rn. 51; *Gutzler*, BB 1966, 390, 391.

693 *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 42.

694 Oben § 3 A. II. 2. c. bb. [2], S. 147.

695 *Kulka*, RdA 1988, 336, 341 für das Arbeitszeitende im Einzelhandel; a.A. *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 238 für den Stahltarif Norddeutschland.

696 Oben § 3 A. I. 3. a. aa, S. 119.

c. Unerlaubte Zwangsausübung

§ 21 Abs. 3 GWB verbietet, in der Absicht den Wettbewerb zu beschränken, andere Unternehmen zu zwingen, sich auf dem Markt in bestimmter Weise zu verhalten. Relevant ist dabei nur § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB, der erzwungenes gleichförmiges Verhalten auf dem Markt ins Visier nimmt.

Der BGH versteht unter Zwang im Sinne des § 21 Abs. 3 GWB »eine intensive Beeinflussung [...], die eine Willensbetätigung des Betroffenen zwar nicht schlechthin ausschließt, aber so stark ist, daß ihm allenfalls formell Alternativen gegenüber dem geforderten Verhalten bleiben, denen zu folgen ihm nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Vernunft mit Rücksicht auf die Schwere der angedrohten oder zugefügten Nachteile nicht mehr zugemutet werden kann«[697]. Im Hinblick auf die ansonsten zu erwartenden Konsequenzen kann der Zwang aus der faktischen Befolgungspflicht bei privativer Tariftreue folgen.

Nach § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB darf ein solcher Zwang nicht dazu ausgenutzt werden, andere Unternehmen dazu zu veranlassen, sich auf dem Markt gleichförmig zu verhalten. Die Norm verbietet, dass ein Dritter andere Marktteilnehmer in ein faktisches Kartell zwingt[698]. Im Gegensatz zu § 21 Abs. 2 GWB muss das erzwungene Verhalten nicht selbst kartellrechtswidrig sein[699]. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB erfasst daher anders als § 21 Abs. 2 GWB auch Situationen in denen zwischen den Tariftreuegläubigern das Abstimmungselement fehlt und es sich um bloßes Parallelverhalten handelt[700]. Bei privativer Tariftreue zielt der Zwang darauf ab, dass die Tariftreuegläubiger Tariftreue von ihren Vertragspartnern verlangen. Dieser Zwang des Tariftreueveranlassers oder des Arbeitgeberverbands als Unternehmensvereinigung erfüllt daher die Verhaltenskoordinierung.

Trotz der wenig geglückten Sprachfassung des § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB muss die Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, beim Normadressaten gegeben sein[701]. Diese Absicht kann wie bei § 21 Abs. 2 GWB bejaht werden

697 BGH 7.10.1980 – KZR 25/79 »Rote Liste« – NJW 1981, 634, 636.

698 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 242.

699 Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 82; MünchKommWettbR/*Neef*, § 21 GWB Rn. 62; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 45; *Bechtold*, § 21 Rn. 17.

700 FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 249; anders Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 90, der einen Anwendungsbereich des § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB nur für einen Zwang gegen Außenseiter eines nach §§ 2, 3 oder 28 Abs. 1 GWB freigestellten Kartells sieht; richtig MünchKommWettbR/*Neef*, § 21 GWB Rn. 71, allerdings wieder relativierend in Rn. 72; wohl auch Langen/Bunte/*Nothdurft*, § 21 GWB Rn. 77.

701 MünchKommWettbR/*Neef*, § 21 GWB Rn. 71; *Loewenheim*/Meessen/Riesenkampff, § 21 GWB Rn. 53; Langen/Bunte/*Nothdurft*, § 21 GWB Rn. 77;

und muss sich anders als dort nicht auf das Abstimmungselement beziehen.

d. Zwischenergebnis

§ 21 Abs. 2 und 3 GWB greift gegenüber »echten« Unternehmen als Tariftreueveranlasser und dem Arbeitgeberverband als tariftreueveranlassenden Arbeitgeberverband. Gewerkschaften und Betriebsräte können mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit bilden und als Tariftreueveranlasser für die nächste Marktstufe auftreten. Soweit sich die Absicht des Tariftreueveranlassers auf ein Abstimmungselement zwischen den Tariftreuegläubigern bezieht, greift schon § 21 Abs. 2 GWB. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB kommt daher eine Auffangfunktion zu, soweit die Absicht hinsichtlich des Abstimmungselements fehlt. Der Boykotttatbestand des § 21 Abs. 1 GWB scheitert hingegen jedenfalls an der fehlenden Liefer- oder Bezugssperre.

4. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt gegen Art. 102 Abs. 2 lit. c, Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB; entweder durch ein »echtes« Unternehmen als Tariftreueveranlasser gegenüber Tariftreuegläubigern oder durch Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger in funktionaler Entscheidungseinheit gegenüber Tariftreueschuldnern.

Daneben greift § 21 Abs. 2 und 3 GWB gegenüber »echten« Unternehmen als Tariftreueveranlasser und dem Arbeitgeberverband als tariftreueveranlassende Unternehmensvereinigung. Gewerkschaften und Betriebsräte können mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit bilden und als Tariftreueveranlasser für die nächste Marktstufe auftreten. Soweit sich die Absicht des Tariftreueveranlassers auf ein Abstimmungselement zwischen den Tariftreuegläubigern bezieht, greift schon § 21 Abs. 2 GWB. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB kommt daher eine Auffangfunktion zu, soweit die Absicht hinsichtlich des Abstimmungselements fehlt. Der Boykotttatbestand des § 21 Abs. 1 GWB scheitert hingegen jedenfalls an der fehlenden Liefer- oder Bezugssperre.

III. Exkurs: Mithaftung Nichterfasster

Ohne das Rechtsfolgenregime des Kartellrechts umfassend darstellen zu wollen, ist noch darauf hinzuweisen, dass Gewerkschaften und Betriebsräte – qualifiziert man sie entgegen hier vertretener Auffassung (überhaupt) nicht als Unternehmen – nicht von jeder Mitverantwortung befreit sind.

FK/*Roth*, § 21 GWB Rn. 250; a.A. wohl Immenga/Mestmäcker/*Markert*, § 21 GWB Rn. 90.

Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV oder das GWB führen unter anderem zu zivilrechtlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen der Betroffenen nach § 33 GWB. Auf den Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB ist § 830 BGB anwendbar[702], nach dessen Abs. 2 Anstifter und Gehilfen Mittätern gleichstehen und damit nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Schaden gesamtschuldnerisch mithaften. Teilnehmer können, entsprechend den im Strafrecht geltenden Grundsätzen[703], auch diejenigen Personen sein, die nicht Täter des Sonderdelikts sein können[704]. Gewerkschaften oder Betriebsräte haften für den gegebenenfalls kartellrechtswidrigen Beschluss des Arbeitgeberverbands nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 BGB. Aber auch für sämtliche Fälle, in denen Tariftreueveranlasser auf der ersten Marktstufe mangels Unternehmens- oder Unternehmensvereinigungseigenschaft nicht selbst verantwortlich sind, sondern erst auf der nächsten Marktstufe aufgrund der funktionalen Entscheidungseinheit mit dem Tariftreuegläubiger »Unternehmen« sind, greift für die erste Marktstufe die gesamtschuldnerische Mithaftung nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 BGB. Das gilt für das zweiseitige Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ebenso wie für das Verbot bestimmter einseitiger Verhaltensweisen.

Anderes gilt für die (deutsche) Bußgeldhaftung. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 OWiG gilt im Ordnungswidrigkeitenrecht der Einheitstäterbegriff[705]. Zwar haften mehrere Beteiligte auch wenn Ihnen besondere persönliche Merkmale fehlen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 OWiG), doch gilt dies nach dem in Bezug genommenen § 9 Abs. 1 OWiG nur für den Vertreter. Gegen die sonderdeliktischen Kartellordnungswidrigkeiten[706] können nur Unternehmen verstoßen. Ähnlich ist es bei der unionsrechtlichen Bußgeldhaftung: Auch Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 gilt nur für Unternehmen[707], wobei die neuere

702 Begründung zu § 28 GWB a.F.: BT-Drucks. 2/1158, S. 44; BGH 30.3.2004 – KZR 1/03 »Der Oberhammer« – GRUR 2004, 706; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, § 33 GWB Rn. 42; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Rehbinder*, § 33 GWB Rn. 34; *Köhler*, GRUR 2004, 99, 101; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 40; *ders.*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 62.

703 Zur strafrechtsakzessorischen Interpretation des § 830 BGB: BGH 29.10.1974 – VI ZR 182/73 – NJW 1975, 49, 50; BGH 24.1.1984 – VI ZR 37/82 – NJW 1984, 1226, 1228; BGH 4.11.1997 – VI ZR 348/96 – NJW 1998, 377, 381 f.; BGH 25.7.2005 – II ZR 390/03 – NJW 2005, 3137, 3139; BGH 13.7.2004 – VI ZR 136/03 – NJW 2004, 3423, 3425.

704 BGH 26.10.2004 – XI ZR 279/03 – NJW-RR 2005, 556, 557; MünchKommBGB/*Wagner*, § 830 BGB Rn. 13; Schönke/Schröder/*Heine*, § 26 StGB Rn. 26 f., § 27 StGB Rn. 26 f.

705 *Bohnert*, § 14 OWiG Rn. 1.

706 Immenga/Mestmäcker/*Dannecker/Biermann*, § 81 GWB Rn. 26, 32, 77, 94, 113, 135, 247, 263.

707 Immenga/Mestmäcker/*Dannecker/Biermann*, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 5.

unionsrechtliche Entwicklung der bußgeldrechtlichen Verantwortung sogenannter »Kartellwächter« zu beachten ist[708].

IV. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt – wenn eine horizontale Produktpreiskartellierung gegeben ist oder die vertikale Beschränkung spürbar ist – gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB.

Privative Tariftreue verstößt ferner gegen Art. 102 Abs. 2 lit. c, Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB; entweder durch ein »echtes« Unternehmen als Tariftreueveranlasser gegenüber Tariftreuegläubigern oder durch Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger in funktionaler Entscheidungseinheit gegenüber Tariftreueschuldnern. Daneben greift § 21 Abs. 2 und 3 GWB gegenüber »echten« Unternehmen als Tariftreueveranlasser und dem Arbeitgeberverband als tariftreueveranlassende Unternehmensvereinigung. Gewerkschaften und Betriebsräte können mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit bilden und als Tariftreueveranlasser für die nächste Marktstufe auftreten. Soweit sich die Absicht des Tariftreueveranlassers auf ein Abstimmungselement zwischen den Tariftreuegläubigern bezieht, greift schon § 21 Abs. 2 GWB. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB kommt daher eine Auffangfunktion zu, soweit die Absicht hinsichtlich des Abstimmungselements fehlt. Der Boykotttatbestand des § 21 Abs. 1 GWB scheitert hingegen jedenfalls an der fehlenden Liefer- oder Bezugssperre.

Soweit die Kartelltatbestände einzelne Akteure mangels Unternehmens- bzw. Unternehmensvereinigungseigenschaft nicht erfassen, können diese zivilrechtlich als Anstifter oder Gehilfen nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 BGB mithaften.

B. Lauterkeits- und Zivilrecht

I. Lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände

Neben den Behinderungstatbeständen des GWB, verbietet auch das UWG in §§ 3, 4 Nr. 10 UWG Boykott und andere Formen gezielter Behinderung sowie in §§ 3, 4 Nr. 1 UWG die Ausübung von Druck durch unangemessenen unsachlichen Einfluss. Die lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestände sind neben dem Kartellrecht anwendbar[709] und bieten den Vorteil, dass

708 Oben § 3 A. I. 2. a. cc. [2] [e], S. 109.

709 BGH 27.4.1999 – KZR 54/97 »Sitzender Krankentransport« – GRUR 1999, 1031, 1032; BGH 28.9.1999 – KZR 18/98 »Beteiligungsverbot für Schilderpräger« – GRUR 2000, 344, 347; BGH 7.2.2006 – KZR 33/04 »Probeabonne-

der unlauter Handelnde kein Unternehmen sein muss[710] und damit Verbände und Betriebsräte auch unabhängig von ihrer Bewertung als Unternehmen erfasst sind.

Allerdings setzt das Lauterkeitsrecht voraus, dass die Behinderungshandlung zu Wettbewerbszwecken erfolgt. Erfasst sind nur geschäftliche Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, mithin jedes Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Zwar lässt sich ein Verhalten im Hinblick auf ein fremdes Unternehmen feststellen, indem die Inhalte der Verträge zwischen Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner diktiert werden, doch liegt darin weder eine Förderung des Bezugs noch des Absatzes der Waren oder Dienstleistungen, sondern wirkt privative Tariftreue vielmehr absatz- und bezugsdämpfend[711].

Damit scheidet ein Verstoß des Tariftreueveranlassers gegen die lauterkeitsrechtlichen Behinderungstatbestände aus.

II. Zivilrechtliches Wettbewerbsrecht

Außerhalb des Wettbewerbsrechts bleiben Tatbestände des Zivilrechts, die wettbewerbswidriges Verhalten verbieten und sanktionieren.

1. Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

§ 823 Abs. 1 BGB schützt den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als »sonstiges Recht«. Eingriffe führen zur Schadensersatzpflicht des Schädigers. Allerdings nur dann, wenn der Eingriff zielgerichtet ist, sich also gegen den Betrieb als solchen richtet[712]. Dies ist beim Aufruf zum Boykott zu bejahen, da Dritte dazu aufgefordert werden, gezielt keine Waren oder Dienstleistungen mehr von dem Verrufenen zu beziehen. Bei privativer Tariftreue fehlt es indes an einer Boykottaufforderung, es werden nur die Vertragsmodalitäten diktiert[713]. Schädigungen der Tariftreueschuldner können zudem nur mittelbar aufgrund geringerer Nachfrage bzw. ge-

ment« – GRUR 2006, 773, Rn. 17; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Omsels*, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 222; *Köhler*/Bornkamm, § 4 UWG Rn. 10.127.

710 MünchKommUWG/*Jänich*, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 159; Piper/*Ohly*/Sosnitza, § 4.10 UWG Rn. 10/87; *Köhler*/Bornkamm, § 4 UWG Rn. 10.127.

711 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 264.

712 MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 BGB Rn. 194 mit weiteren Nachweisen.

713 Oben § 3 A. II. 3. a, S. 149.

ringeren Angebots entstehen[714]. Es fehlt damit an der unmittelbaren Betriebsbezogenheit des Eingriffs[715].

2. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Daneben verbleibt die Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung. Sie kann auch dann einschlägig sein, wenn ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mangels Betriebsbezogenheit ausscheidet[716]. Zwar wird § 826 BGB aufgrund § 21 GWB nur noch ein eingeschränkter Anwendungsbereich zugesprochen, insbesondere bei Schäden der vom Boykott mittelbar Betroffenen[717], doch beweist gerade privative Tariftreue, dass es durchaus Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs des § 21 GWB gibt. Insofern ist die Formulierung, für § 826 BGB sei nur noch dort Raum wo Verrufer *und* Boykottierter keine Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen sind[718], zumindest missverständlich. Doch kann die genaue Abgrenzung zwischen § 826 BGB und § 21 GWB letztlich dahinstehen: Wie bereits im Rahmen des § 21 GWB dargelegt, enthält privative Tariftreue keine »echten« Bezugs- bzw. Liefersperre[719], sodass der Boykotttatbestand jedenfalls aus diesem Grund ausscheidet.

Auch die Kontrolle wirtschaftlichen Verhaltens von Monopolisten ist heute primär eine Angelegenheit des Kartellrechts, insbesondere der §§ 19 ff. GWB, die hierfür ein ausdifferenziertes System vorsehen[720]. Dies schließt zwar die Anwendbarkeit des § 826 BGB nicht aus[721], allerdings kann § 826 BGB in diesem Zusammenhang keine neue Erkenntnisse bringen, da die §§ 19 ff. GWB privative Tariftreue durch »echte« Unternehmen als Tariftreueveranlasser oder Verbände und Betriebsräte in funktionaler Entscheidungseinheit mit den Tariftreuegläubigern voll erfassen[722]. § 826 BGB tritt dahinter zurück.

3. Zwischenergebnis

Ansprüche des zivilrechtlichen Wettbewerbsrechts scheiden damit aus.

---

714 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.
715 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 268.
716 BeckOK-BGB/*Spindler*, § 823 BGB Rn. 108.
717 Staudinger/*Oechsler*, § 826 BGB Rn. 407.
718 MünchKommBGB/*Wagner*, § 826 BGB Rn. 133.
719 Oben § 3 A. II. 3. a, S. 149.
720 MünchKommBGB/*Wagner*, § 826 BGB Rn. 134.
721 BGH 25.2.1959 – KZR 2/58 – NJW 1959, 880 f.; BGH 2.4.1964 – KZR 10/62 – NJW 1964, 1617, 1619; Immenga/Mestmäcker/*Emmerich*, § 33 GWB Rn. 113.
722 Oben § 3 A. II. 2, S. 141.

C. Ergebnis

Privative Tariftreue verstößt – je nach Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung – gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB.

Privative Tariftreue verstößt ferner gegen Art. 102 Abs. 2 lit. c, Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB; entweder durch ein »echtes« Unternehmen als Tariftreueveranlasser gegenüber Tariftreuegläubigern oder durch Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger in funktionaler Entscheidungseinheit gegenüber Tariftreueschuldnern. Daneben greift § 21 Abs. 2 und 3 GWB gegenüber »echten« Unternehmen als Tariftreueveranlasser und dem Arbeitgeberverband als tariftreueveranlassende Unternehmensvereinigung. Gewerkschaften und Betriebsräte können mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit bilden und als Tariftreueveranlasser für die nächste Marktstufe auftreten. Soweit sich die Absicht des Tariftreueveranlassers auf ein Abstimmungselement zwischen den Tariftreuegläubigern bezieht, greift schon § 21 Abs. 2 GWB. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB kommt daher eine Auffangfunktion zu, soweit die Absicht hinsichtlich des Abstimmungselements fehlt.

Soweit die Kartelltatbestände einzelne Akteure mangels Unternehmens- bzw. Unternehmensvereinigungseigenschaft nicht erfassen, können diese zivilrechtlich als Anstifter oder Gehilfen nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 BGB mithaften.

Ein Verstoß privativer Tariftreue gegen lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände oder das zivilrechtliche Wettbewerbsverbot scheidet hingegen aus.

§ 4 Autonomieschutz

Neben den wettbewerbsrechtlichen Schranken enthält das deutsche Recht weitere Regelungen, welche vor Fremdbestimmung schützen. Neben vertragsrechtlichen Grenzen sichern »echte« Autonomieschutzvorschriften die individuelle und kollektive Autonomie von privativer Tariftreue betroffener Personen.

A. Vertragsrechtliche Grenzen

Dabei stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die Vereinbarung der Tariftreueauferlegungspflicht an vertragsrechtliche Grenzen stößt.

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Gegenüber dem Tariftreuegläubiger kommt zunächst die AGB-Kontrolle in Betracht. Die »Unterwerfung« des Tariftreuegläubigers unter Allgemeine Geschäftsbedingungen des Vertragspartners – speziell des Tariftreueveranlassers – ist nicht immer Ergebnis freier und eigenverantwortlicher Entscheidung, weswegen die AGB-Kontrolle Defiziten der durch die Vertragsfreiheit intendierten Vertragsgerechtigkeit entgegenwirkt[723]. AGB-rechtlich relevant sind dabei die Tariftreueauferlegungspflicht, die Nachunternehmerweitergabe sowie die etwaige Ausfallhaftung.

1. Anwendbarkeit

a. Klauseln von Unternehmen

Klauseln von Unternehmen, die als Tariftreueveranlasser auftreten, sind regelmäßig allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB[724]. Sie sind meist für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und werden vom Verwender gestellt, da er beabsichtigt, seine Vertragspartner systematisch an die Tariftreueauferlegungspflicht (samt Nebenpflichten) zu binden. Dem steht nicht entgegen, falls der Verwender die Klausel nicht selbst entwickelt hat, sondern seinerseits zur Weitergabe privativer Tariftreue verpflichtet wurde. Es genügt, dass er deren Einbeziehung veranlasst hat und die andere Vertragspartei, namentlich der Tariftreuegläubiger, über den Inhalt der Vertragsbedingung nicht frei entscheiden kann[725].

723 MünchKommBGB/*Basedow*, Vor. 305 BGB Rn. 4.
724 So auch *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131 für Compliance-Klauseln.
725 BeckOK-BGB/*J. Becker*, § 305 BGB Rn. 25.

b. Klauseln sonstiger »Veranlasser«

Gleiches gilt bei einer Vielzahl gleichförmiger (Haus-)Koalitionsvereinbarungen. Die Bereichsausnahme nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB steht dem nicht entgegen, da sie für schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen nur insoweit gilt, als es sich um tariflich regelbare Gegenstände handelt[726].

Allerdings wird man im Einzelfall untersuchen müssen, inwieweit die Tariftreueauferlegungspflicht in der Koalitionsvereinbarung »gestellt« wurde, d.h. vom Verwender einseitig festgelegt und ihre Einbeziehung der Verwendergegenseite abverlangt wurde[727], denn nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurden. Dies ist der Fall, soweit der Vertragsinhalt nicht nur vom Verwender, sondern ebenso vom Kunden in seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen wurde, und somit als Ausdruck seiner rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung gewertet werden kann[728]. Es reicht allerdings nicht aus, dass die Verwendungsgegenseite die jeweilige Vertragsbedingung lediglich zur Kenntnis genommen hat und ihr Inhalt erläutert und erörtert wurde[729]. Ein »Aushandeln« ist nur dann gegeben, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen »gesetzesfremden« Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt, mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen[730]. Wurde die Tariftreueauferlegungsklausel also in den Tarifrunden ernsthaft zur Disposition gestellt, scheidet eine Kontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB aus.

Privative Tariftreue, die vom Betriebsrat ausgeht, unterliegt zwar ebenso wenig der Bereichsausnahme nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, da sie über die Regelungsbefugnisse des BetrVG hinausgeht, es fehlt jedoch am Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen für eine *Vielzahl* von Verträgen. Vielmehr bleibt es typischerweise nur bei der einen Betriebsvereinbarung mit dem Arbeitgeber. Etwas anders gilt nur dann, wenn ein Betriebsräte-Arbeitskreis die Klausel »ausarbeitet«. Auch bei der Gewerkschaft, die nur einen Arbeitgeber in den Dienst nimmt bzw. nehmen möchte sowie bei der

726 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1185 f.
727 BGH 29.1.1982 – V ZR 82/81 – NJW 1992, 1035.
728 BGH 27.3.1991 – IV ZR 90/90 – NJW 1991, 1678, 1679.
729 BGH 9.10.1986 – VII ZR 245/85 – NJW-RR 1987, 144, 145.
730 BGH 3.7.1985 – IVa ZR 246/83 – NJW-RR 1986, 54; BGH 30.9.1987 – IVa ZR 6/86 – NJW 1988, 410; BGH 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110, 1111.

Verbandskoalitionsvereinbarung fehlt es an einer geplanten Vielzahl von Verträgen, in die die Klausel einbezogen werden soll.

2. Einbeziehungskontrolle

§ 305 Abs. 2 BGB findet nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB regelmäßig keine Anwendung, da das Tariftreueauferlegungsverlangen gegenüber Unternehmen, namentlich den Tariftreuegläubigern, verwendet werden soll. Es genügt daher jede Einbeziehungsvereinbarung[731]. Bei kollidierenden AGB, also insbesondere wenn die gleichermaßen einbezogenen Bedingungen der Tariftreuegläubiger eine (Tariftreue-)Abwehrklausel enthalten, bleibt der Vertrag hingegen regelmäßig nur hinsichtlich des individualvertraglich Vereinbarten wirksam[732].

Schließlich kann die Klausel überraschend sein, und nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil werden[733], wenn sie nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen braucht. Zwischen dem Inhalt und den Erwartungen der Verwendergegenseite muss also eine deutliche Diskrepanz bestehen. Dass die Klausel unüblich ist genügt ebenso wenig wie die Tatsache, dass sie für den Kunden unerwartet kommt[734]. Daneben kann die Klausel überraschend sein, weil sie einen ungewöhnlichen Zuschnitt hat oder an einer ungewöhnlichen Stelle erscheint[735]. Wird die Verwendergegenseite auf die Klausel hingewiesen, entfällt der Überraschungseffekt[736]. Von Letztgenanntem ist jedenfalls auszugehen, wenn das Tariftreueauferlegungsverlangen durch Koalitionsvereinbarung auferlegt wird. Im Übrigen kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des Güter- oder Dienstleistungsvertrags an.

3. Inhaltskontrolle

a. Anwendungsbereich

aa. Keine deklaratorischen Klauseln

§ 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie die §§ 308, 309 BGB gelten nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur für Bestimmungen, durch die von Rechtsvorschrif-

731 BeckOK-BGB/*J. Becker*, § 305 BGB Rn. 80.
732 MünchKommBGB/*Basedow*, § 305 BGB Rn. 105 ff.
733 Speziell zum Vergaberecht: Immenga/Mestmäcker/*Dreher*, Vor § 97 GWB Rn. 148.
734 MünchKommBGB/*Basedow*, § 305c BGB Rn. 10.
735 BGH 21.7.2010 – XII ZR 189/08 – NJW 2010, 3152, 3154.
736 BGH 10.11.1989 – V ZR 201/88 – NJW 1990, 576, 577; BGH 18.2.1992 – XI ZR 126/91 – NJW 1992, 1822, 1823; BGH 4.10.1995 – XI ZR 215/94 – NJW 1996, 191, 192; BGH 24.6.1997 – XI ZR 288/96 – NJW 1997, 2677.

ten abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Begriff der Rechtsvorschrift umfasst das gesamte geschriebene Recht im materiellen Sinn sowie die ungeschriebenen Rechtsgrundsätze[737] und erfasst daher auch den normativen Teil von Tarifverträgen[738]. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB ist daher deklaratorisch. Privative Tariftreue auf den nächsten Marktstufen, aufgrund originärer privativer Tariftreue in Koalitionsvereinbarungen, ist allerdings nicht kontrollfrei. Es handelt sich um keine Tarifnormen, die zudem auch nur insoweit für den »Rechtslagenvergleich«[739] herangezogen werden könnten, als arbeitsvertragliche Regelungen den branchengültigen Tarifvertrag insgesamt in Bezug nehmen[740]. Auch die faktische betriebliche Abrede kann nicht von § 310 Abs. 4 BGB profitieren.

Ferner weicht privative Tariftreue von denjenigen Mindestarbeitsbestimmungen ab, die im deutschen Recht ohnehin zwingend gelten[741]. Landesrechtliche Vergabegesetze[742] gelten nur für die öffentliche Hand und sind auf privative Tariftreue daher nicht anwendbar. Darüber hinaus handelt es sich nur um öffentlich-rechtliche Pflichten, aber keine Vorschriften, die bestimmte Leistungsinhalte beschreiben, von denen abgewichen werden könnte. Richtigerweise können landesrechtliche Vorschriften daher schon keine Vertragsgestaltungen vorsehen, die die §§ 305 ff. BGB verletzen[743].

bb. Keine Leistungsbeschreibungen

Darüber hinaus verbietet § 307 Abs. 3 BGB, dass vertragliche Leistungsangebote und Preise einer Inhaltskontrolle unterliegen. Zwar kommt dies im Wortlaut des § 307 Abs. 3 BGB weniger zum Ausdruck, doch folgt es aus dem Grundsatz der Privatautonomie, der den Parteien selbst die Festlegung der unmittelbaren beiderseitigen Leistungen überlässt[744]. Bei Vereinbarungen zwischen Unternehmen tritt der Charakter als Nebenabrede deutlich hervor[745]: privative Tariftreue wird im Rahmen des Güter- oder Dienstleistungsvertrags mitvereinbart. Dass privative Tariftreue den Preis der Ware oder der Dienstleistung je nach Höhe der Lohnstückkosten be-

737 BeckOK-BGB/*H. Schmidt*, § 307 BGB Rn. 71.
738 BAG 7.6.1984 – 2 AZR 602/82 – NJW 1985, 1238, 1239.
739 *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 432.
740 ErfKomm/*Preis*, §§ 305-310 BGB Rn. 12 ff.
741 Oben § 1 D. I, S. 41.
742 Oben § 1 B. I. 5, S. 32.
743 *Löwisch/Rieble*, § 5 TVG Rn. 274; *Löwisch*, in: FS Heldrich, S. 301 f.
744 BeckOK-BGB/*H. Schmidt*, § 307 BGB Rn. 76.
745 So im Ergebnis auch: OLG Hamm 3.8.2006 – 13 U 72/06 – NZBau 2006, 660, 661 und zustimmend *Steiff/André*, NZBau 2008, 364, 366, allerdings jeweils für die letztlich nachgelagerte »Tariftreueauferlegung« des Tariftreuegläubigers (Land) an den Tariftreuschuldner (Unternehmer).

einflusst[746] steht dem nicht entgegen, da alle Nebenbestimmungen (wie etwa Haftungserleichterungen) letztlich in die Hauptleistungen eingepreist werden.

Nicht ganz so deutlich ist es bei Vereinbarungen in gleichförmigen Hauskoalitionsvereinbarungen oder faktischen betrieblichen Abreden, die von einem Betriebsräte-Arbeitskreis ausgearbeitet wurden, etwa wenn allein privative Tariftreue Vertragsgegenstand ist. Allerdings sind sie dadurch nicht als Verträge über (gegenseitige) Leistungen einzustufen. Es fehlt an einem marktwirtschaftlich entstammenden Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis. Vielmehr beruht die Vereinbarung auf Machtausübung und nimmt im Gegenzug nur von weiteren Durchsetzungsmaßnahmen Abstand. Es ließe sich auch vertreten, privative Tariftreue sei als Nebenpflicht zu den »Hautleistungspflichten« eines »echten« Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung einzuordnen. Soweit nur privative Tariftreue Gegenstand der Vereinbarung ist und dennoch keine Individualvereinbarung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB gegeben ist, könnte sie – wie bei einer Rahmenvereinbarung – als Nebenpflicht für bestehende oder künftige Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen gesehen werden.

b. Unangemessene Benachteiligung

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders, entgegen den Geboten von Treu und Glauben, unangemessen benachteiligen. Die speziellen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB finden nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber Unternehmen und damit Tariftreuegläubigern keine Anwendung. Allerdings stellt § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB klar, dass in diesen Fällen auch § 307 BGB zur Unwirksamkeit von Klauseln führen kann, die gegenüber Verbrauchern nach §§ 308, 309 BGB unzulässig wären. § 307 Abs. 2 BGB enthält »typische rechtliche Kriterien«[747] für das Verbot unangemessener Benachteiligung.

aa. Maßstab

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regel, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Das beruht einmal auf den vom BGH anerkannten Grundsatz, wonach Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind,

746 Oben § 3 A. II. 2. c. bb. [1], S. 145.

747 Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 6.8.1975, BT-Drucks 7/3919, S. 23.

wenn durch ihren Inhalt das »Leitbild« abgeändert wird, das für den jeweiligen Vertragstyp in dispositiven Vorschriften niedergelegt ist[748].

Eine unangemessene Benachteiligung liegt nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ferner vor, wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Der Unterschied zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist hingegen gering, da eine Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten regelmäßig auch mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regel unvereinbar ist[749]. Mit § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird daher an eine in der Rechtsprechung behandelte Fallgruppe[750] angeknüpft, in der der entscheidende Grund für die Unwirksamkeit der Klausel darin gesehen wurde, dass der Verwender seine Haftung im Falle der Nichterfüllung einer ihm obliegenden »Kardinalpflicht« ausgeschlossen oder beschränkt hatte[751]. Daneben entfaltet § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor allem für solche Verträge Bedeutung, bei denen ein dispositives gesetzliches Leitbild fehlt und sich ein solches weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch aus einer analogen Anwendung gesetzlicher Regelungen verwandter Vertragsgruppen ableiten lässt[752].

Nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Vertragsbestimmung schließlich unangemessen, »wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen«[753]. Hierzu bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung, bei der eine generalisierende, typisierende Betrachtungsweise geboten ist[754].

bb. Klauseln

[1] Tariftreueauferlegungspflicht

Fraglich ist, ob Tariftreuegläubiger unangemessen benachteiligt werden, wenn sie verpflichtet werden, in ihren Verträgen mit Tariftreueschuldnern Tariftreue zu verlangen.

---

748 MünchKommBGB/*Wurmnest*, § 307 BGB Rn. 65 mit Nachweisen.
749 MünchKommBGB/*Wurmnest*, § 307 BGB Rn. 70.
750 BGH 3.3.1988 – X ZR 54/86 – NJW 1988, 1785, 1786; zum Begriff der Kardinalpflicht: BGH 20.7.2005 – VIII ZR 121/04 – NJW-RR 2005, 1496, 1505.
751 MünchKommBGB/*Wurmnest*, § 307 BGB Rn. 70.
752 Staudinger/*Coester*, § 307 BGB Rn. 261; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, § 307 BGB Rn. 238; MünchKommBGB/*Wurmnest*, § 307 BGB Rn. 70.
753 Ständige Rechtsprechung: BGH 25.4.2001 – VIII ZR 135/00 – NJW 2001, 2331.
754 BGH 4.7.1997 – V ZR 405/96 – NJW 1997, 3022, 3024.

[a] Kein Leitbild und keine Verletzung von Kardinalpflichten

Für privative Tariftreue kann ein Leitbild im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht ausgemacht werden, da sie keinen eigenen Austauschvertrag bildet, aber auch keinen *bestimmten* Vertragstypus modifiziert, sondern an sämtliche Güter- oder Dienstleistungsverträge anknüpfen kann oder durch die Gewerkschaft oder den Betriebsrat aufgezwungen wird.

Auch Landesvergabegesetze bestimmen keinen Vertragspflichten, sondern normieren öffentlich-rechtliche Pflichten für die öffentliche Hand bei der Vergabe[755]. Schließlich können »allgemeine Vorschriften« wie etwa die unionsrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit[756] nicht als (Vertrags-)Leitbild privativer Tariftreue herangezogen werden, da sie nur generelle unionsrechtliche Grenzen enthalten.

Die Tariftreueauferlegungspflicht zielt auch weder darauf ab, Kardinalpflichten des Tariftreueveranlassers gegenüber den Tariftreuegläubigern zu beschränken, noch handelt es sich um leitbildlose Verträge, sondern vielmehr gewöhnliche Liefer- oder Dienstleistungsverträge, die durch Tariftreueauferlegungspflichten ergänzt werden. Die Tariftreueauferlegungspflicht ist damit allein anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu überprüfen.

[b] Vergleich mit der Weitergabe von Compliance-Richtlinien

Die Tariftreueauferlegungspflicht erinnert an die Weitergabe von Compliance-Richtlinien in der Lieferkette: Der Lieferant unterwirft sich zunächst den Compliance-Richtlinien eines Kunden; daneben verpflichtet er sich, die fremden Compliance-Richtlinien auch seinen Unterlieferanten vorzuschreiben[757].

Die Unterwerfung unter die Compliance-Richtlinien des Kunden ist dabei mit einer Tariftreueklausel vergleichbar, in der sich der Lieferant gegenüber dem Kunden verpflichtet, seinen Arbeitnehmern bestimmte Arbeitsbedingungen zu gewähren. Die Weitergabe der Compliance-Richtlinien durch den Kunden an *seine* Lieferanten entspricht hingegen der Tariftreueauferlegungspflicht: Der Veranlasser privativer Tariftreue verpflichtet den Tariftreuegläubiger, von seinen Vertragspartnern Tariftreue zu verlangen.

---

755 Oben § 1 B. I. 5, S. 32.

756 Davon geht aber das OLG Hamm in seinem Vorlagebeschluss zur Entscheidung des EuGH in der Sache »Rüffert« aus: OLG Hamm 3.8.2006 – 13 U 72/06 – NZBau 2006, 660, 661.

757 *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131, 133; zur Nutzung solcher Compliance-Richtlinien als soziales Druckmittel siehe die dargestellten Sachverhalte bei *Rieble*, BB 2013, 245 f.

Die Weitergabepflicht der Compliance-Richtlinien verstößt nach Stimmen in der Literatur, außerhalb bloßer Bemühensklauseln, gegen § 307 BGB[758].

Überzeugend ist dies, soweit der Lieferant sich gegenüber seinem Kunden verpflichtet, dass der Unterlieferant die Compliance-Richtlinien *einhält*. Zwar ist eine diesbezügliche Verpflichtung des Lieferanten mit der Privatautonomie vereinbar und stellt keinen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter dar[759], da allein der Lieferant auf ein unter Umständen unmögliches Ziel verpflichtet wird, eine unmittelbare Rechtspflicht des Unterlieferanten aber nicht begründet werden soll. Dies stellt jedoch eine unzumutbare Benachteiligung des Lieferanten dar, da er letztlich eine Garantiehaftung für ein Verhalten übernimmt[760], welches er nicht steuern kann. Es ist indes ein wesentlicher Grundgedanke im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten besteht, wobei dieser allgemeine Grundsatz des Haftungsrechts als Ausdruck des Gerechtigkeitsgebots gleichermaßen für vertragliche wie für gesetzliche Ansprüche gilt[761].

Richtigerweise stellt aber allein die Verpflichtung, den Vorlieferanten zur Einhaltung der (fremden) Compliance-Richtlinien zu verpflichten, noch keine unangemessene Benachteiligung des Lieferanten dar[762], da die Rechtsfolgen zunächst begrenzt sind: Zwar verstößt der Lieferant bei Nichtverpflichtung seines Nachlieferanten gegen die vertragliche Nebenpflicht aus dem Vertrag mit dem Kunden, doch hat er das seinerseits Erforderliche getan, indem er den Nachlieferanten zur Befolgung verpflichtet hat und haftet damit nicht bei Verstößen des Vorlieferanten gegen die Compliance-Richtlinien.

[c] Vergleich mit Landestariftreuegesetzen

Daneben bietet sich ein Vergleich privativer Tariftreue mit den Landestariftreuegesetzen an, die vielfach vorsehen, dass Bau- oder Auftragsleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern diejenigen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die beim Auftraggeber gelten[763].

---

758 *Moosmayer*, Compliance, S. 77; *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131, 133 f.; zustimmend *Hölters*, § 93 AktG Rn. 110.

759 A.A. *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131, 133.

760 Im Ergebnis *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131, 134.

761 BGH 5.10.2005 – VIII ZR 16/05 – NJW 2006, 47, 49.

762 Hauschka/*Herb*, Compliance, § 19 Rn. 19; a.A. *Gilch/Pelz*, CCZ 2008, 131, 133 f.: Verpflichtungen, die über ein bloßes Bemühen des Lieferanten hinausgehen, unterliegen rechtlichen Bedenken.

763 Oben § 1 B. I. 5, S. 32.

Zwar entbinden *landes*rechtliche Vorschriften nicht von den *bundes*rechtlichen Vorgaben der §§ 305 ff. BGB, doch handelt es sich um keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Landesgesetzgeber den öffentlichen Auftraggebern »auferlegt«. Aber auch gegen die Einbeziehung der Nachunternehmer, also der Verpflichtung des Auftragnehmers, seine Nachunternehmer gleichermaßen zur Tariftreue zu verpflichten, werden in der Literatur keine grundsätzlichen Einwände erhoben. Es sei nicht unangemessen, im Interesse der Effektivität des von den Gesetzen verfolgten Ziels der Tariftreue, auch Nachunternehmer über den Weg des Auftragnehmers in die Verpflichtung einzubeziehen[764]. In der Tat kann die Tariftreueerklärung des Auftragnehmers einfach umgangen werden, indem er diesen Auftrag nur durch Subunternehmern ausführen lässt.

Daraus lassen sich freilich keine Rückschlüsse für die Angemessenheit privativer Tariftreue entnehmen: Erstens betrifft die Argumentation schon die nächste Stufe der Nachunternehmerweitergabe, die auch für privative Tariftreue gesondert zu untersuchen ist[765], zweitens ist die Argumentation von der grundsätzlichen Zulässigkeit der vorgelagerten *gesetzlichen* Tariftreueauferlegungspflicht geprägt, während sich die konkrete Untersuchung mit der Frage der Angemessenheit der *privatrechtlichen* Tariftreueauferlegungspflicht beschäftigt.

[d] Interessenabwägung

Gewerkschaften und Betriebsräte verfolgen vordergründig sozialpolitische bzw. beschäftigungspolitische Interessen, indem bestimmte Arbeitsbedingungen bei den Leistungserbringern und -empfängern gelten sollen. Interessant ist dies insbesondere im Bereich der Leiharbeit oder bei Werkdienstleistungen, bei denen Stammarbeitnehmer Billigkonkurrenz fürchten müssen. Letztlich geht es darum, diese vor der »Schmutzkonkurrenz« zu schützen[766]. Unternehmen die das Tariftreuenetz initiieren geht es um ihre *Corporate Social Responsibility*[767].

Tariftreuegläubiger, die ihren »Pflichten« als Tariftreuegläubiger (und gegebenenfalls als Tariftreueveranlasser der nächsten Marktstufe) gegenüber dem marktstarken vorgeschalteten Unternehmen, der Gewerkschaft oder dem Betriebsrat nachkommen, haben hingegen ein großes Interesse daran, in ihrer Handlungs- und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit frei zu

764 *Löwisch*, in: FS Heldrich, S. 303.
765 Dazu unten § 4 A. I. 3. b. bb. [2], S. 171.
766 Oben § 1 B. I. 1, S. 28.
767 Oben § 1 B. I. 4, S. 32.

bleiben[768]. Im Gegensatz zur Weitergabe der Compliance-Richtlinien, ist der Tariftreuegläubiger wesentlich stärker in seiner Freiheit beschränkt, da er nur vertragstreu handeln kann, wenn er in der Lage ist, dem Tariftreueschuldner Tariftreue abzuverlangen. Diese echte Vertragspflicht ist mit deutlich größeren Anstrengungen verbunden, als »bloße« Befolgungspflichten hinsichtlich bestimmter Compliance-Richtlinien in den Vertrag aufzunehmen[769]. Während bei Letzterem im Wesentlichen gesetzliche Pflichten als echte vertragliche Nebenpflicht normiert werden und damit (nur) der Pflichtenkreis des Betroffenen erweitert wird[770], führt die Tariftreueauferlegungspflicht zu umfangreichen Organisationsmaßnahmen hinsichtlich des Personals aber auch der Kostenstruktur des Tariftreueschuldners[771]. Der Tariftreueforderung des Tariftreuegläubigers wird der Tariftreueschuldner daher nur nachkommen, wenn ihn der Markt faktisch dazu zwingt, weil Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen oder in gleichem Maße unzumutbar sind.

Gleichzeitig ist das Interesse des Tariftreueveranlassers nicht schützenswert. Die Landestariftreuegesetze gelten nicht für Aufträge Privater und begründen für privative Tariftreue kein allgemein gültiges Gerechtigkeitsschema. Soweit Landestariftreuegesetze rechtmäßig sind, können sie sich auf § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB stützen[772] und sind damit auch wettbewerbsrechtlich legitimiert[773], während sich privative Tariftreue an Art. 102 AEUV und den §§ 19 ff. GWB messen lassen muss[774], die auch Indizwirkung hinsichtlich der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB haben[775]. Aber auch soweit die §§ 19 ff. GWB gegenüber dem Tariftreueveranlasser nicht anwendbar sind, da dieser kein »echtes« Unternehmen ist, schließt das nicht aus, die Tariftreueauferlegungspflicht aufgrund der Beschränkungs- und Kneblungswirkung beim Tariftreuegläubiger an der – von der Unternehmenseigenschaft unabhängigen – unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB scheitern zu lassen.

768 Ähnlich: BGH 18.4.1984 – VIII ZR 50/83 – NJW 1985, 57: verschuldensunabhängige Vertragsstrafeklausel; BGH 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110, 1112: Laufzeitklausel.

769 Siehe auch Immenga/Mestmäcker/*Dreher*, § 97 GWB Rn. 173 f., der von einer Überforderung kleiner und mittlerer Unternehmen durch vergabefremden Kriterien spricht.

770 *Brouwer/Schreiner*, CCZ 2010, 228, 229; *Rieble*, BB 2013, 245; zu den Möglichkeiten: *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617.

771 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.

772 Langen/Bunte/*Wagner*, § 97 GWB Rn. 85.

773 BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327, 328.

774 Oben § 3 A, S. 82.

775 *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 411 mit weiteren Nachweisen; kritisch Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, Vorb. v. § 307 BGB Rn. 86 f.

Überzeugender erscheint es daher, die Interessen der Tariftreuegläubiger in ihrer Handlungs- und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit überwiegen zu lassen und einen Verstoß der Tariftreueauferlegungspflicht gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen[776].

[2] Nachunternehmerweitergabe

Privative Tariftreue verpflichtet oft nicht nur den Tariftreuegläubiger, seinen Vertragspartnern Tariftreue aufzuerlegen, vielmehr soll der Tariftreuegläubiger seine Vertragspartner auch dazu verpflichten ihren Vertragspartnern die Tariftreueerklärung abzuverlangen. Die Kette lässt sich beliebig weiterdenken und erinnert an den Rückgriff in der Lieferkette beim Verbrauchsgüterkauf nach § 478 Abs. 5 BGB.

Die Nachunternehmerweitergabe kann im Rahmen der AGB-Kontrolle freilich nicht milder beurteilt werden, als die bloße Tariftreueauferlegungspflicht, da sie den Pflichtenkreis des Tariftreuegläubigers gegenüber seinen Vertragspartnern noch erhöht und teilt damit das Schicksal unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

[3] Ausfallhaftung

Fraglich ist darüber hinaus, wie Klauseln zu beurteilen sind, die den Tariftreuegläubiger direkt gegenüber den Arbeitnehmern des Tariftreueschuldners haften lassen, falls diese von ihrem Arbeitgeber (doch) nicht nach dem Tarif des Tariftreuegläubigers bezahlt werden. Eine solche Ausfallhaftung sieht etwa der Stahltarif Nordwestdeutschland vor, wobei dort die Haftung wieder erlischt, wenn der Entleiher nachweist, dass er den Verleiher zur tariftreuen Zahlung verpflichtet hat[777].

Die Ausfallhaftung ist letztlich als Vertragsstrafe zu qualifizieren, da den Arbeitnehmern der Tariftreueschuldner (zunächst) kein eigener Anspruch zugewendet werden soll und damit ein pauschalierter Schadensersatz (zugunsten Dritter) ausscheidet. Eine Vertragsstrafe zugunsten Dritter ist grundsätzlich möglich[778] und formularmäßig gegenüber Unternehmen grundsätzlich wirksam[779]. Vertragsstrafen gegenüber Unternehmen sind regelmäßig nur dann nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie das Verschuldenserfordernis des § 339 BGB ohne wichtigen Grund abbedin-

776 Ähnlich *Rieble*, BB 2013, 245, 248, für die strikte Unterwerfung unter soziale Fremdherrschaft.

777 Oben § 1 C. IV. 1. b, S. 39.

778 Staudinger/*Rieble*, Vor §§ 339 ff. BGB Rn. 39; MünchKommBGB/*Gottwald*, Vor § 339 BGB Rn. 3.

779 BGH 30.6.1976 – VIII ZR 267/75 – NJW 1976, 1886, 1987; BGH 12.3.2003 – XII ZR 18/00 – NJW 2003, 2158, 2161.

gen[780] oder wenn sie der Höhe nach unverhältnismäßig sind, obzwar sie wegen § 348 HGB nicht nach § 343 BGB herabgesetzt werden könnten[781].

Eine verschuldensunabhängige Haftung sieht die hier exemplarisch untersuchte Vertragsstrafeklausel des Stahltarif Nordwestdeutschlands nicht vor, sodass sie den Tariftreuegläubiger unter diesem Gesichtspunkt nicht unangemessen benachteiligt. Vielmehr ist der Tariftreuegläubiger von der Haftung befreit, wenn er nachweist, dass er den Tariftreueschuldner zur Tariftreue verpflichtet hat. Problematisch könnte nur die damit verbundene Beweislastumkehr sein. Beweislastklauseln sind im Geschäftsverkehr insoweit unwirksam, als sie der Verwendergegenseite entsprechend § 309 Nr. 12 lit. a BGB die Beweislast für Umstände auferlegen, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen[782]. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, vielmehr kann der Tariftreuegläubiger durch Vorlage des Überlassungsvertrages einfach nachweisen, dass er den Tariftreueschuldner zur Tariftreue verpflichtet hat. Die damit verbundene – aus Beweisgründen faktisch zwingende – Schriftform des Überlassungsvertrags begegnet selbst nach § 309 Nr. 13 BGB keinen Bedenken.

Hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe ist zu berücksichtigen, dass die Vertragsstrafe für die Verletzung der Tariftreueauferlegungspflicht durch den Tariftreuegläubiger nicht das (Leistungs-)Interesse des Tariftreueveranlassers sichert, sondern allgemeine sozialpolitische Interessen durchsetzen soll[783]. Dennoch erscheint die Höhe als solche nicht sachwidrig, da sie letztlich die Tariftreueauferlegungspflicht zugunsten Dritter absichern soll und die Höhe des Drittinteresses nicht übersteigt.

Die vertragsstrafenähnliche Ausfallhaftung als solche verstößt daher nur gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn die Ausfallhaftung verschuldensunabhängig ausgestaltet ist. Damit ist freilich wenig gewonnen, da schon die Tariftreueauferlegungspflicht den Tariftreuegläubiger unangemessen benachteiligt und die Ausfallhaftung daher das Schicksal der vorgenannten Klauseln teilt.

780 BGH 28.9.1978 – II ZR 10/77 – NJW 1979, 105, 106 f.; BGH 18.4.1984 – VIII ZR 50/83 – NJW 1985, 58 f.; BGH 3.4.1998 – V ZR 6/97 – NJW 1998, 2600, 2601 f.

781 BGH 18.11.1982 – VII ZR 305/81 – NJW 1983, 385, 387.

782 BGH 23.2.1984 – VII ZR 274/82 – NJW 1985, 3016, 3017; BGH 5.10.2005 – VIII ZR 16/05 – NJW 2006, 57, 49; MünchKommBGB/*Wurmnest*, Beweislast (§ 309 Nr. 12 BGB) Rn. 21.

783 Für öffentliche Tariftreue: *Löwisch*, DB 2004, 814, 818; *ders.*, in: FS Heldrich, S. 303.

c. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue benachteiligt den Tariftreuegläubiger unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Nur die Ausfallhaftung wäre als solche angemessen.

4. Rechtsfolge: Unwirksamkeit

Privative Tariftreue ist in Verträgen gegenüber Tariftreuegläubigern unwirksam, soweit die AGB-Kontrolle anwendbar ist, mithin die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen ist und vom Tariftreueveranlasser gestellt wird. Dies scheidet regelmäßig bei privativer Tariftreue aus, die vom Betriebsrat ausgeht und die Klausel nicht von einem Betriebsräte-Arbeitskreis ausgearbeitet wurde oder sonst nur gegenüber einem einzigen Tariftreuegläubiger eingesetzt werden soll.

II. Sittenwidrigkeit

Im Zusammenhang der Sittenwidrigkeit privativer Tariftreue wurde bisher die Frage verneint, ob Gewerkschaften Arbeitgeberverbände zum Satzungsbruch verleiten und daher nach § 826 BGB, ähnlich der Vertragsbruchtheorie, haften[784]. Diese Konstellation ist freilich nur im Fall tariflicher privativer Tariftreue durch Verbandskoalitionsvereinbarung relevant. Ferner wurde im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Grenzen das zivilrechtliche Boykottverbot nach § 826 BGB verneint, da privativer Tariftreue die Bezugs- oder Liefersperre fehlt[785].

Daneben ist fraglich, ob nicht andere Fallgruppen der Sittenwidrigkeit die Nichtigkeit privativer Tariftreue nach § 138 Abs. 1 BGB begründen. In Betracht kommen insbesondere die Abwehr von Freiheitsbeschränkungen (»Knebelung«), die Schädigung Dritter und die Ausnutzung von Übermacht, wobei sich die Sittenwidrigkeit auch erst aus einer Kumulation mehrerer Elemente ergeben kann. Insbesondere die vorgenannten Elemente verbinden sich häufig miteinander[786].

1. Knebelung und Ausnutzung von Übermacht

Gegenüber dem Tariftreuegläubiger sind die Fallgruppen der Abwehr von Freiheitsbeschränkungen (»Knebelung«) sowie der der Ausnutzung von Übermacht relevant.

Unter dem Gesichtspunkt der Knebelung verstößt ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, wenn der Betroffene so weitgehend in seiner wirt-

784 Oben § 2 A. II. 2. c. bb, S. 63.
785 Oben § 3 A. II. 3. a, S. 149.
786 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 72.

schaftlichen Freiheit beschränkt ist, dass er seine geschäftliche Selbstständigkeit verliert[787]. Dies ist bei privativer Tariftreue indes zu verneinen, da der Tariftreuegläubiger in seiner geschäftlichen Selbstständigkeit weitgehend uneingeschränkt bleibt, insbesondere nicht verpflichtet ist, nur mit dem Tariftreueveranlasser als »auferlegendem« Vertragspartner zu kontrahieren[788]. Es wird lediglich eine Vertragsbedingung im Verhältnis zu den Tariftreueschuldnern vorgegeben.

Die Ausnutzung von Übermacht ist dann sittenwidrig, wenn derjenige Vertragspartner, der sich in einer erheblich stärkeren Position befindet, dies ausnutzt, um Ansprüche auf erhöhte Gegenleistungen durchzusetzen[789] oder dem allgemeinen Verkehr unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorschreibt[790]. Die Übermacht muss dabei nicht auf Marktmacht beruhen, der Missbrauch einer Monopolstellung ist nur eine besonders deutliche Erscheinungsform des Missbrauchs von Übermacht[791]. Erhöhte Gegenleistungen sollen durch privative Tariftreue freilich nicht durchgesetzt werden, auch handelt es sich um keine sonstige Äquivalenzstörung, da Tariftreueveranlasser von der Durchsetzung der Tariftreueforderung höchstens mittelbar profitieren (z.B. Gewerkschaften mangels Konkurrenz zur Stammbelegschaft). Doch genügt die Indienstnahme der Marktmacht des Tariftreuegläubigers zur Durchsetzung bestimmter Vertragsbedingungen beim Tariftreueschuldner, um die Gestaltung objektiv sittenwidrig erscheinen zu lassen.

Daher lässt sich die Sittenwidrigkeit privativer Tariftreue unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung von Übermacht bejahen[792]. Die Fallgruppe der Knebelung ist zwar nicht erfüllt, doch weicht privative Tariftreue nicht weit davon ab, sodass dies das Sittenwidrigkeitsurteil noch verstärkt bzw. bestätigt. Privative Tariftreue ist daher nicht nur aufgrund des – eher die Interessen der Allgemeinheit in den Vordergrund stellenden – Kartellierungsverbots nach § 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig, sondern auch wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB, der daneben anwendbar ist[793].

787 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 71.
788 BGH 14.12.1956 – I ZR 105/55 – NJW 1957, 711: Verpflichtung eines Autors (ohne entsprechende Gegenleistung), alle künftigen Werke diesem Verlag anzubieten; *Karakaya/Buch*, ZRP 2002, 193, 194: Verpflichtung eines Sportlers, alle Verträge durch seinen Manager abzuschließen.
789 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 86.
790 RG 8.1.1906 – I 320/05 – RGZ 62, 264, 266.
791 MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 87.
792 In diese Richtung auch *Hartmann*, in: Ausweitung der Tarifmacht, S. 27.
793 Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 195 mit weiteren Nachweisen.

2. Schädigung Dritter

Gegenüber dem Tariftreueschuldner ist (nur) die Fallgruppe der Schädigung Dritter relevant. Dritte – die Tariftreueschuldner – werden durch privative Tariftreue indes nicht geschädigt. Keine der anerkannten Fallgruppen ist einschlägig[794]. Weder ist ein Fall des kollusiven Zusammenwirkens gegeben, noch wird der Tariftreuegläubiger zum Vertragsbruch gegenüber Tariftreueschuldnern verleitet, da privative Tariftreue nur eine Handlungsvorgabe für zukünftiges Marktverhalten aufstellt. Insoweit ist privative Tariftreue also nicht sittenwidrig.

III. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue ist in Verträgen gegenüber Tariftreuegläubigern unwirksam, soweit die AGB-Kontrolle anwendbar ist, mithin die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen ist und vom Tariftreueveranlasser gestellt wird. Dies scheidet nur bei privativer Tariftreue aus, die vom Betriebsrat ausgeht und die Klausel nicht von einem Betriebsräte-Arbeitskreis ausgearbeitet wurde oder sonst nur gegenüber einem einzigen Tariftreuegläubiger eingesetzt werden soll. Sie ist ferner sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Ausnutzung von Übermacht.

B. Individualautonomie

Neben dem vertragsrechtlichen Schutz, könnten »echte« Autonomieschutzvorschriften die Individualautonomie von privativer Tariftreue betroffener Personen sichern.

I. Tariftreueschuldner

Dabei sind zunächst die Tariftreueschuldner zu betrachten.

1. Negative Koalitionsfreiheit

Für sie rückt die Koalitionsfreiheit in den Vordergrund, die als individuelles Freiheitsrecht das Recht des Einzelnen umfasst, einer Koalition fernzubleiben (negative Koalitionsfreiheit)[795]. Das Grundrecht schützt davor, dass Zwang oder Druck auf den Nichtorganisierten ausgeübt wird, einem Verband beizutreten[796]. Der bloße Anreiz zum Betritt einer Maßnahme erfüllt diese Voraussetzung hingegen nicht[797].

794 Dazu MünchKommBGB/*Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 96.

795 BVerfG 29.7.1959 – 1 BvR 394/58 – NJW 1959, 1675, 1676; BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – NJW 1979, 699, 706; BVerfG 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – NJW 1984, 1225.

796 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42, Rn. 66.

797 BVerfG 20.7.1971 – 1 BvR 13/69 – NJW 1971, 2301.

Wie das BVerfG in seinem Tariftreuebeschluss zum Berliner Vergabegesetz richtig feststellte, schränkt die Tariftreueverpflichtung das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Recht der Tariftreueschuldner indes nicht dahingehend ein, der tarifschließenden Gewerkschaft fernzubleiben, da kein faktischer Zwang oder erheblicher Druck zum Beitritt ausgeübt werde[798]. Zwar ging es in der Entscheidung um eine (landes-)gesetzliches Regelung, doch ist die Situation vergleichbar: »Dass sich ein nicht tarifgebundener Unternehmer wegen des Tariftreuezwangs veranlasst sehen könnte, der tarifvertragsschließenden Koalition beizutreten, um als Mitglied auf den Abschluss künftiger Tarifverträge Einfluss nehmen zu können, auf die er durch die Tariftreueerklärung verpflichtet wird, liegt fern«[799]. Allein den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen zu werden betrifft keinen spezifisch koalitionsrechtlichen Aspekt[800].

Die negative Koalitionsfreiheit des Tariftreueschuldners steht privativer Tariftreue somit nicht entgegen.

2. Berufsfreiheit

Fraglich ist weiter, ob zwischen Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger vereinbarte privative Tariftreue einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Tariftreueschuldners darstellt. Dabei ist nach heutigem Verständnis davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien nur mittelbar an die Grundrechte gebunden sind und das Untermaßverbot maßgeblich ist[801]. Für privative Tariftreue ist zudem zu bedenken, dass jede normative Tarifsetzung ausscheidet[802]. Insoweit kommt ein Verstoß gegen das Untermaßverbot zulasten der Berufsfreiheit der Tariftreueschuldner von vornherein nicht in Betracht: Privative Tariftreue ist nicht durch das einfache Recht (insbesondere das TVG) »privilegiert«, sondern liegt außerhalb seines Systems[803]. Auch fehlen keine Schutzvorschriften zugunsten der Tariftreueschuldner. Privative Tariftreue ist zwar nicht als Vertrag zulasten Dritter unwirksam, da keine rechtliche Bindung des Tariftreueschuldners erzeugt wird, bei spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen verstößt sie indes gegen kartellrechtliche Vorschriften[804]. Insofern verbietet sich ein Rückgriff auf

798 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42, Rn. 67; ebenso schon *Schwab*, NZA 2001, 701, 705; anders noch das KG 20.5.1998 – Kart 24/97 – ZIP 1998, 1600, 1606 und der BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327, 333.

799 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42, Rn. 67.

800 BVerfG 14.6.1983 – 2 BvR 488/80 – NJW 1984, 1225.

801 Zusammenfassend *Vielmeier*, Tarifzensur, S. 168 ff.

802 Oben § 2 A. I, S. 48.

803 Oben § 2 A. I, S. 48.

804 Oben § 3 A, S. 82.

die Grundrechte, da andernfalls das ausdifferenzierte und grundrechtskonforme einfachrechtliche System ausgehebelt würde.

II. Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners

Darüber hinaus könnten Autonomieschutzvorschriften auch die Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner schützen.

1. Individuelle Koalitionsfreiheit

In Betracht kommt eine Verletzung der individuell-positiven Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner, weil sie ihrem Tarifvertrag »entzogen« werden[805]. Die positive Koalitionsfreiheit gewährleistet das Recht des Einzelnen zur Gründung, zum Beitritt und zum Verbleib sowie zu jeder koalitionsspezifischen Tätigkeit innerhalb und außerhalb des Verbandes[806]. Daneben könnte die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner verletzt sein, weil sie fremden Tarifnormen unterworfen werden[807].

Hinsichtlich der negativen Koalitionsfreiheit besteht entsprechend der Argumentation zur negativen Koalitionsfreiheit des Tariftreueschuldners kein faktischer Zwang oder erheblicher Druck, zudem die Arbeitnehmer den Anspruch nach § 333 BGB zurückweisen könnten[808]. Hinsichtlich der positiven Koalitionsfreiheit lässt sich feststellen, dass die Arbeitnehmer am Eintritt und etwaiger koalitionsmäßiger Betätigung nicht gehindert werden. Die Frage der Ersetzung der Tarifnormen als kollektive Ordnung ist eine Frage der Tarifautonomie der Verbände des Tariftreueschuldners[809].

2. Berufsfreiheit

Dass die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner von privativer Tariftreue dadurch berührt wird, dass sie signifikante Auswirkungen auf die (Arbeits-)Nachfrage hat, wird von *Krause* speziell für Fälle der Arbeitnehmerüberlassung bestritten[810]. Dabei ist sicher zutreffend, dass die Nachfrage nach Arbeit bei ansonsten gleichbleibenden wirtschaftlichen Bedingungen konstant bleibt, doch verlagert sich die Nachfrage nach dem Arbeits*typ*. Insofern deutet *Krause* das richtige Gegenargument selbst an: jede Regelung, die mittelbar oder unmittelbar auf eine Durch-

805 Angedeutet bei *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 832 f.
806 BAG 30.11.1965 – 2 BvR 54/62 – NJW 1966, 491.
807 Angedeutet bei *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 833.
808 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 100.
809 Dazu unten § 4 C, S. 185.
810 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 100; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 71 f.

setzung des *Equal Pay*-Grundsatzes beim Entleiher hinausläuft, verschlechtert faktisch die Lage der Leiharbeitnehmer, die vom Markt gedrängt werden[811]. Aber auch hier gilt das zur Berufsfreiheit der Tariftreueschuldner Gesagte: Einen Rückgriff auf Art. 12 Abs. 1 GG verbietet die durch das einfache Recht erfüllte staatliche Schutzpflicht.

III. Tariftreuegläubiger

Der Autonomieschutz könnte auch schon beim Tariftreuegläubiger ansetzen, der mit Tariftreueauferlegungsforderungen des Tariftreueveranlassers konfrontiert wird.

1. Gesellschaftsrechtlicher Schutz

Dabei könnte das Gesellschaftsrecht privativer Tariftreue Grenzen setzen.

a. Konzernrecht

Leitbild des Gesellschaftsrechts ist die unverbundene und unabhängige Gesellschaft, die frei von (Fremd-)Einflüssen agiert[812]. Hierzu bietet das Konzernrecht Schutz vor Fremdeinfluss und regelt (auch[813]) den »Konzernkonflikt«, namentlich die Gefahr des unmittelbaren oder mittelbaren herrschenden Einflusses durch ein anderes, selbstständiges Unternehmen und die dadurch gefährdete idealtypische Interessenbildung bei der Gesellschaft[814].

Dabei kennt das deutsche Gesellschaftsrecht kein einheitliches Konzernrecht. Vielmehr regeln die einzelnen Gesellschaftsformen den Konzernkonflikt unterschiedlich:

- Bei der Aktiengesellschaft[815] bestimmt § 76 Abs. 1 AktG, dass der Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten hat. Die Hauptversammlung kann nach § 119 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt. Entsprechendes gilt nach Art. 39 Abs. 1 SE-VO für die *Societas Euro-*

811 Ähnlich im Hinblick auf den Marktzugang bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, unten § 5 B. III. 4. b, S. 286.
812 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 Rn. 1, 23.
813 Ob daneben die Grenzen der Zulässigkeit von Unternehmensverbindungen und damit zugleich die Organisation einer mit einem anderen Unternehmen verbundenen Gesellschaft geregelt werden soll ist umstritten: *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 Rn. 17 mit weiteren Nachweisen.
814 Spindler/Stilz/*Schall*, Vor § 15 AktG Rn. 27.
815 Zum Konzernrecht der KGaA: *Emmerich*/Habersack, § 17 AktG Rn. 47.

paea[816]. Nur bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags ist das herrschende Unternehmen nach § 308 Abs. 1 AktG berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Den Schutz der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und ihrer Gläubiger gewährleisten die §§ 300 bis 307 AktG sowie die §§ 309 f. AktG.

- Bei der GmbH können die Geschäftsführer hingegen nicht frei agieren. Sie unterliegen nach § 37 Abs. 1 GmbHG den Weisungen der Gesellschafterversammlung. Der Mehrheitsgesellschafter kann daher seine Vorstellungen weitgehend durchsetzen. Das Schädigungsverbot und der damit verbundene Minderheitenschutz im Konzern gründet allerdings nicht auf besonderen konzernrechtlichen Vorschriften, sondern – spätestens seit dem ITT-Urteil des BGH[817] – auf der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht[818]. Der Gläubigerschutz wird über die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG sowie die Figur der Existenzvernichtungshaftung erreicht.
- Bei Personen(handels)gesellschaften folgt aus dem Gesellschaftsvertrag die Förderungs- und Rücksichtnahmepflicht der Gesellschafter. Für das herrschende Unternehmen folgt daraus ein umfassendes Schädigungsverbot; jede Form nachteiliger Einflussnahme führt zur Ersatzpflicht wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrags[819].

Das Konzernrecht schützt jedoch nur vor gesellschaftsrechtlich vermittelter Einflussnahme. »Leitbild« privativer Tariftreue ist indes die Einflussnahme durch Verbände und Betriebsräte[820]. Soweit ein Tariftreue veranlassendes Mutterunternehmen seine Konzernleitungsmacht nutzt, um Tariftreue bei den Zulieferern und Dienstleistern seiner Tochterunternehmen durchzusetzen, bemisst sich das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochterunternehmen nach den jeweils einschlägigen konzernrechtlichen Bestimmungen.

b. § 117 AktG

aa. Punktueller Schutz beeinflusster Aktiengesellschaften

Neben den Regeln des Konzernrechts besteht die Generalklausel des § 117 AktG. Sie ist anwendbar, wenn die Weisung nicht von einem Beherr-

816 Ausführlich zum Konzernrecht der SE: MünchKommAktG/*Altmeppen*, Anh. zu Art. 9 SE-VO Rn. 14 ff.
817 BGH 5.6.1975 – II ZR 23/74 »ITT« – NJW 1976, 191.
818 Herrschende Meinung, siehe nur *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 30 Rn. 7 mit zahlreichen Nachweisen.
819 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 34 Rn. 3.
820 Oben § 1 B. I, S. 28.

schungsvertrag gedeckt ist oder die beherrschte Gesellschaft eingegliedert ist (§ 117 Abs. 7 AktG).

§ 117 Abs. 1 AktG verpflichtet denjenigen zum Schadensersatz, der unter Benutzung seines Einflusses auf eine Aktiengesellschaft, deren Verwaltungsmitglieder dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft zu handeln. § 117 AktG schützt damit nur die Autonomie von Aktiengesellschaften und in Deutschland ansässiger *Societas Europaea* (Art. 9 Abs. 1 lit. c Nr. ii SE-VO) und ist auf andere Rechtsformen nicht anwendbar[821].

bb. Einflussnahme

Anders als konzernrechtliche Haftungstatbestände, die ein Abhängigkeitsverhältnis nach § 17 AktG voraussetzen, muss der Einfluss bei § 117 AktG nicht gesellschaftsrechtlich vermittelt sein[822]. Täter kann nach der herrschenden Auffassung jede natürliche oder juristische Person sein, sie muss nur Einfluss auf die Gesellschaft haben. Erforderlich ist eine tatsächliche oder rechtliche Machtposition, die geeignet ist, die Verwaltungsmitglieder zu pflichtwidrigem Handeln oder Unterlassen zu bestimmen[823]. Danach kommen Vertragspartner, Verbände und Betriebsräte als Einflussnehmer in Betracht[824].

Voigt verlangt indes eine Sonderverbindung zwischen Einflussnehmer und Gesellschaft[825] und verneint daher die Möglichkeit der Haftung vorgenannter Personen nach § 117 AktG[826]. Allerdings ließe sich eine Sonderverbindung zwischen Einflussnehmer und Gesellschaft bei privativer Tariftreue für alle Tariftreueveranlasser bejahen, namentlich aufgrund (vor)vertraglicher Sonderverbindungen, der Sonderbeziehung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber oder der »Tarifbeziehung« zwischen Verbänden und Arbeitgebern. Privative Tariftreue ist daher in jedem Fall von § 117 AktG erfasst.

821 Teilweise anders: Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 34.

822 GK-AktG/*Kort*, § 117 AktG Rn. 114; MünchKommAktG/*Spindler*, § 117 AktG Rn. 16; K. Schmidt/Lutter/*Hommelhoff/Witt*, § 117 AktG Rn. 6; Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 15; *Hüffer*, § 117 AktG Rn. 3; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 117 AktG Rn. 13; *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1214; *Rieble*, BB 2013, 245, 250.

823 GK-AktG/*Kort*, § 117 AktG Rn. 103 ff.; MünchKommAktG/*Spindler*, § 117 AktG Rn. 10; K. Schmidt/Lutter/*Hommelhoff/Witt*, § 117 AktG Rn. 6; Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 15; *Hüffer*, § 117 AktG Rn. 3; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 117 AktG Rn. 13.

824 GK-AktG/*Kort*, § 117 AktG Rn. 100; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 117 AktG Rn. 13; *Brüggemeier*, AG 1988, 93, 95; auch *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 17 für den Stahltarif Nordwestdeutschland.

825 *Voigt*, Haftung aus Einfluss, S. 75 f.

826 *Voigt*, Haftung aus Einfluss, S. 235.

Privative Tariftreue nimmt auch Einflussnahme auf die Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft und verpflichtet den Tariftreuegläubiger zu bestimmten Verhaltensweisen gegenüber seinen Leistungserbringern oder -empfängern. Die Verträge müssen (faktisch) so geschlossen werden, dass der Tariftreueschuldner gegenüber seinen Arbeitnehmern auf bestimmte Arbeitsbedingungen verpflichtet ist. Zwar ist die Regelung unwirksam, doch genügt jeder faktische Befolgungsdruck soweit das Verhalten der Verwaltungsmitglieder dadurch tatsächlich beeinflusst wird.

cc. Rechtswidrigkeit

Allerdings kann § 117 Abs. 1 AktG im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts nicht uneingeschränkt Anwendung finden, denn Tarifabschlüsse und Betriebsvereinbarungen beeinflussen das Verwaltungshandeln oftmals zum Nachteil der Gesellschaft – gerade wenn dadurch die (Lohn-)Kosten steigen[827]. Folgt man der herrschenden Auffassung und geht von einer deliktischen Qualifikation des § 117 AktG aus[828], muss die Einflussnahme rechtswidrig sein. Ob die Einflussnahme rechtswidrig ist, ist nach überwiegender Ansicht im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung positiv zu bestimmen[829].

Im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts bietet es sich an, danach zu unterscheiden, ob es sich um eine rechtmäßige kollektivarbeitsrechtliche Regelung handelt. Da sich privative Tariftreue außerhalb der Tarifmacht der Tarifpartner bewegt[830], kommt ein »Beeinflussungsprivileg« ähnlich der Kartellierungsbefugnis entlang des TVG[831] nicht in Betracht[832]. Ebenso wenig ist privative Tariftreue durch Bestimmungen des BetrVG gewährt[833]. Da auf diese Weise zugleich die verfolgbaren berechtigten Inte-

827 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 279.

828 GK-AktG/*Kort*, § 117 AktG Rn. 37; MünchKommAktG/*Spindler*, § 117 AktG Rn. 4; K. Schmidt/Lutter/*Hommelhoff/Witt*, § 117 AktG Rn. 2; Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 3; *Hüffer*, § 117 AktG Rn. 2; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 117 AktG Rn. 10; a.A. *Voigt*, Haftung aus Einfluss, S. 62 ff.

829 K. Schmidt/Lutter/*Hommelhoff/Witt*, § 117 AktG Rn. 10; Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 23; *Hüffer*, § 117 AktG Rn. 6; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 117 AktG Rn. 22; a.A. *Voigt*, Haftung aus Einfluss, S. 72 ff., 81 ff. und *Timm*, in: FS Semler, S. 626: Rechtswidrigkeit durch Tatbestandserfüllung indiziert; anders MünchKommAktG/*Spindler*, § 117 AktG Rn. 31: wenn ungerechtfertigte Verwirklichung des Tatbestands mit pflichtwidrigem Verhalten des Beeinflussten zusammentrifft; ausführlich GK-AktG/*Kort*, § 117 AktG Rn. 149 ff.

830 Oben § 2 A. I, S. 48.

831 Oben § 3 A. I. 1. b. cc. [3], S. 91.

832 Ähnlich (»echte Arbeitsbedingungen«): *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 561; weiter: *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 1215 (»im Rahmen ihrer Tarifautonomie«).

833 Oben § 2 B, S. 73.

ressen der Verbände und Betriebsräte abgezeichnet werden, bleiben keine schützenswerten Interessen, die privativer Tariftreue im Rahmen der Interessenwahrnehmung zur Rechtmäßigkeit im Sinne des § 117 AktG verhelfen könnten. Die Einflussnahme ist damit rechtswidrig.

dd. Schaden

Das herbeigeführte Handeln oder Unterlassen muss einen Schaden der Gesellschaft oder zumindest eines Aktionärs hervorrufen. Der Schaden ist dabei wie bei § 826 BGB nach den Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB zu bestimmen[834]. Zu den Gesellschaftsschäden zählen insbesondere auch der Abschluss ungünstiger (Liefer-)Verträge[835]. Bei privativer Tariftreue ist dies der Schaden, den der Tariftreuegläubiger durch den Abschluss des Gütermarktvertrages mit dem Tariftreueschuldner erleidet, mithin der Betrag, den er auf das Entgelt aufschlagen muss bzw. der Minderbetrag der ihm im Falle der Angebotstätigkeit entgeht; darüber hinaus können Schäden durch entgangene Verträge mit denjenigen potentiellen Leistungserbringern oder -empfängern entstehen, die sich dem Tariftreuediktat nicht beugen[836].

Privative Tariftreue wird insoweit zum Bumerang: Sollte primär der Tariftreueschuldner den Tariftreueaufschlag zahlen, wird dieser regelmäßig an den Tariftreuegläubiger weitergereicht werden und haftet nun der Tariftreueveranlasser, wie beispielsweise die Verbände oder die handelnden Betriebsratsmitglieder[837], für den Tariferfolg beim Dritten[838].

Bei tariflicher privativer Tariftreue ließe sich indes einwenden, der in Dienst genommene Arbeitgeber müsse sich die, im Rahmen des Tarifkompromisses, moderateren Entgelterhöhungen der Stammarbeitnehmer aufgrund schadensrechtlicher Vorteilsausgleichung anrechnen lassen. Schließlich muss der Vorteil nicht zwingend in einer Vermögensmehrung, sondern kann auch darin bestehen, dass ein Verlust vermieden wird[839]. Indes setzt die Vorteilsausgleichung schadensrechtlich voraus, dass es sich um einen Vorteil handelt, den der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis erlitten hätte[840]. Denkt man sich das schädigende Ereignis weg, fehlt es weiterhin an der Entgelterhöhung für die Stammarbeitnehmer. Es handelt sich um ein hypothetisches Ereignis, das für die schadensrechtliche

834 Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 18.
835 Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 19.
836 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.
837 Oben § 3 A. I. 2. a. dd, S. 113.
838 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 283 für den Stahltarif Nordwestdeutschland.
839 BGH 15.12.1988 – III ZR 110/87 – NJW 1989, 2117, 2118.
840 MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 BGB Rn. 229.

Betrachtung grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hat[841]. Dies gilt insbesondere für die hier einschlägige Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens[842]. Das Alternativverhalten ist zudem ungewiss, da nicht feststeht, ob die Gewerkschaft die höhere Entgelterhöhung hätte durchsetzen können und dies auch tatsächlich verfolgt hätte.

ee. Vorsatz

Als subjektives Element setzt § 117 Abs. 1 AktG Vorsatz des Einflussnehmenden voraus[843]. Das bedeutet nach der zivilrechtlichen Vorsatztheorie Wissen und Wollen (bzw. billigend in Kauf nehmen) hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie Bewusstsein der Rechtswidrigkeit[844]. Der Vorsatz muss sich dabei nach allgemeinen Grundsätzen nicht auf den konkreten Schadenseintritt selbst beziehen, wohl aber auf die Schädigungseignung der Handlung[845].

Dabei muss dem Tariftreueveranlasser die Rechtswidrigkeit der Maßnahme bewusst sein: soweit Verbände oder Betriebsräte handeln, bewegen sie sich außerhalb ihrer kollektivarbeitsrechtlichen Befugnisse und können auf ein »Arbeitsrechtsprivileg« nicht hoffen. Auch Unternehmen, die als Tariftreueveranlasser agieren, muss bewusst sein, dass sie kein berechtigtes Interesse an der Vertragsgestaltung des Tariftreuegläubigers mit Dritten haben. Dass die Tariftreueauferlegungspflicht zur Schädigung des Tariftreuegläubigers führen kann, muss dem Tariftreueveranlasser ebenso bewusst sein.

ff. Durchsetzung

Gläubiger des Anspruchs ist primär die Gesellschaft, also der Tariftreuegläubiger. Dass der Tariftreuegläubiger Schadensersatzansprüche gegenüber den für ihn zuständigen Verbänden oder handelnden Betriebsratsmitgliedern geltend macht, bleibt zu bezweifeln. Stünde er diesen gegenüber nicht »unter Druck«, hätte er die rechtswidrige Abrede von vornherein nicht abgeschlossen. Er hätte Kampfmaßnahmen der Gewerkschaft oder Blockadeaktionen des Betriebsrats zu fürchten. Nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH[846] ist die Gesellschaft bzw.

841 BGH 13.2.1958 – VII ZR 108/57 – NJW 1958, 705; BGH 22.1.1959 – III ZR 148/57 – BGHZ 29, 207, 215 f.; BGH 13.10.1966 – II ZR 173/64 – NJW 1967, 551 f.
842 MünchKommBGB/*Oetker*, § 249 BGB Rn. 219 mit Nachweisen.
843 *Rieble*, BB 2013, 245, 250.
844 Ausführliche Nachweise bei *Sack*, NJW 2006, 945, 946.
845 Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 25; *Rieble*, BB 2013, 245, 250.
846 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 »ARAG/Garmenbeck« – NJW 1997, 1926.

sind deren Organe freilich zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches verpflichtet[847].

§ 117 Abs. 1 Satz 2 AktG aktivlegitimiert daneben auch die einzelnen Aktionäre. Dies gilt jedoch nur »soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind«. Dies meint Schäden außerhalb der Wertminderung ihrer Aktien[848]. Der Schaden durch die Tariftreueauferlegungspflicht des Tariftreuegläubigers zeigt sich indes als bloßer Reflexschaden: Aktionäre werden – soweit ein Wertverlust ihrer Aktien überhaupt zu verzeichnen ist – nur in ihren Vermögensinteressen an der Gesellschaft geschädigt, welche Verträge zu ungünstigen Bedingungen abschließen muss.

Schließlich könnte der Anspruch nach § 117 Abs. 5 AktG durch Gläubiger der Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Praktisch wird das selten der Fall sein.

c. Zwischenergebnis

Tariftreue gegenüber Aktiengesellschaften und deutschen *Societas Europaea* führt nach § 117 AktG zur Haftung des Tariftreueveranlassers gegenüber dem Tariftreuegläubiger in Höhe des aufzuschlagenden Betrags. Die Durchsetzung bereitet aber regelmäßig praktische Schwierigkeiten.

2. Berufsfreiheit

Auch bei den Tariftreuegläubigern ist daran zu denken, die Berufsfreiheit als Grenze privativer Tariftreue anzusehen. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass die Berufsfreiheit von vornherein nicht ins Feld geführt werden kann, wenn es sich um eine freiwillig abgeschlossene (Haus-)Koalitionsvereinbarung handelt[849]. Das ist bei privativer Tariftreue indes eher unwahrscheinlich, bedenkt man die kartellrechtliche Verantwortung, in die sich das Unternehmen dadurch begibt[850].

Im Übrigen greift für die Berufsfreiheit der gleiche Gedanke, der hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf privative Tariftreue in

847 Zur neueren Diskussion, inwieweit dem Aufsichtsrat auf der »zweiten Stufe« ein unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht: *Paefgen*, AG 2008, 761; *Koch*, AG 2009, 93; *Goette*, in: Liber Amicorum Winter, S. 153 ff.; *ders.*, ZHR 176 (2012), 588; *Casper*, ZHR 176 (2012), 617.

848 GK-AktG/*Kort*, § 117 AktG Rn. 173 ff.; MünchKommAktG/*Spindler*, § 117 AktG Rn. 52 ff.; Schmidt/Lutter/*Hommelhoff/Witt*, § 117 Rn. 23; Spindler/Stilz/*Schall*, § 117 AktG Rn. 19 f.; *Hüffer*, AktG, § 117 AktG Rn. 9; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 117 AktG Rn. 20.

849 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 90.

850 Oben § 3 A, S. 82.

schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen herangezogen wurde[851]. Ebenso wenig wie der Tarifautonomie *per se* der Vorrang vor der Wettbewerbsfreiheit zu gewähren ist, schlägt die Berufsfreiheit in jedem Fall durch. Gerade im Bereich der Überschneidung von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG hat der Gesetzgeber mit dem TVG eine einfachgesetzliche Abgrenzungslinie geschaffen, außerhalb derer das Kartellrecht und andere Schutzmechanismen greifen und dem Handeln des Tariftreueveranlassers Grenzen setzen.

Da die Berufsfreiheit darüber hinaus nur als Untermaßverbot heranzuziehen ist und der Gesetzgeber ausreichende Schutzmechanismen zur Verfügung stellt, hat eine grundrechtliche Überlagerung der einfachrechtlich ausgestalteten Gemengelage zu unterbleiben.

IV. Zwischenergebnis

Als Individualautonomiegrenze greift nur die potentielle Haftung des Tariftreueveranlassers nach § 117 AktG, wobei dessen Durchsetzung regelmäßig praktische Schwierigkeiten bereitet.

C. Tarifautonomie der Verbände des Tariftreueschuldners

Die privativer Tariftreue immanente (faktische) Einwirkungspflicht könnte schließlich gegen die Tarifautonomie der für die Leistungserbringer und -empfänger zuständigen Koalitionen verstoßen[852] und damit schon von Verfassung wegen nichtig sein. Von Art. 9 Abs. 3 GG profitieren nach überwiegender Auffassung auch ausländische Koalitionen[853]. Eine etwaige Beeinträchtigung der Tarifautonomie ließe sich zudem europarechtlich sehen, soweit privative Tariftreue im Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie spielt[854] und Art. 28 GRC über Art. 51 GRC (unmittelbar) zur

851 Oben § 3 A. I. 1. b. cc, S. 88.

852 Dabei ist seit dem CGZP-Beschluss des BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289 freilich genau zu untersuchen, ob die entsprechenden Koalitionen tariffähig sind; zur erforderlichen beiderseitigen Tarifgebundenheit: *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 81.

853 *Dreier*, Art. 9 GG Rn. 70; *Jarass/Pieroth*, Art. 9 GG Rn. 44; von Münch/Kunig/*Löwer*, Art. 9 GG Rn. 102; ErfKomm/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 27; Maunz/Dürig/*Scholz*, Art. 9 GG Rn. 188; a.A. von Mangold/Klein/Starck/*Kemper*, Art. 9 GG, Rn. 178.

854 Unten § 5 A. IV. 1, S. 209.

Anwendung kommt[855]. Auch der EGMR stellt die Tarifautonomie inzwischen unter den Schutz der Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK[856].

I. Tarif als kollektive Ordnung

Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG schützt neben dem Bestand und ihrer organisatorischen Ausgestaltung auch die freie Betätigung der Koalitionen[857]. Der Schutz erstreckt sich auf alle Verhaltensweisen, die koalitionsspezifisch sind, insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen[858] und entfaltet gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG insoweit unmittelbare Drittwirkung[859].

Dabei schützt Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur vor unmittelbaren Eingriffen in die Koalitionsfreiheit. »Eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit liegt vielmehr auch in Abreden oder Maßnahmen, die zwar nicht die Entstehung oder den rechtlichen Bestand eines Tarifvertrages betreffen, aber darauf gerichtet sind, dessen Wirkung zu vereiteln oder leer laufen zu lassen«[860]. Unzulässig ist es daher auch, fremden Tarifverträgen mittelbar die Wirkung zu nehmen, denn »[die] Tarifnorm kann ihren Zweck nicht erfüllen, den Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ordnen, der ihren Gegenstand bildet«[861].

Indes sieht das BAG nicht in jeder tarifwidrigen Vereinbarung zugleich eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit. Andernfalls könnte jeder Arbeitsvertrag, der das Günstigkeitsprinzip nutzt, beanstandet werden[862]. »Von einem Eingriff in die Tarifautonomie kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn eine Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und damit ihrer zentralen Funktion beraubt werden soll. Das setzt eine betriebliche Regelung voraus, die einheitlich wirken und an

855 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 370; zur »Durchführung des Rechts der Union«: EuGH 26.2.2013 – Rs. C-617/10 »Fransson« – EWS 2013, 99.

856 EGMR 12.11.2008 – 34503/97 »Demir und Baykara« – NZA 2010, 1425, Rn. 147 ff.

857 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – NJW 1979, 699, 708; BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – NZA 1991, 809, 810; BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – NZA 1996, 1157, 1158.

858 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 »Burda« – NZA 1999, 887, 891.

859 Herrschende Meinung: BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987, Rn. 54; ErfKomm/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 43; a.A. *Höfling/Burkiczak*, RdA 2004, 263, die die kollektivrechtliche Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nicht an der unmittelbaren Drittwirkung teilhaben lassen wollen; dem folgend: *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 238; *Rieble*, in: Zukunft der Zeitarbeit, Rn. 35.

860 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 »Burda« – NZA 1999, 887, 891; ebenso BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – NZA 2011, 1169, Rn. 35.

861 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 »Burda« – NZA 1999, 887, 891.

862 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 92.

Stelle der Tarifnorm treten soll«[863]. Die tarifliche Ordnung muss final und als kollektive Ordnung in Frage gestellt werden[864]. Ähnlich schützt das BVerwG[865] Tarifparteien vor nur potentieller Beeinträchtigung ihrer Tarifautonomie durch Allgemeinverbindlicherklärung[866].

II. Überschreitung statt Unterschreitung

Der Anwendung dieser Grundsätze steht nicht entgegen, dass sie für einen Fall der Tarif*unterschreitung* entwickelt wurden, während Gegenstand privativer Tariftreue Tarif*überschreitungen* sind. Kernpunkt ist die Verdrängung des Tarifs als kollektive Ordnung[867].

Auch lässt sich für *Equal Pay*-absenkende Zeitarbeitstarifverträge kein anderer (weniger strengerer) Maßstab finden. Zwar ist das Tarifrecht grundsätzlich aufgrund des Günstigkeitsprinzips nur »nach oben« offen (§ 4 Abs. 3 TVG), doch haben § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 Halbsatz 2 und § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG eine andere Funktion, indem sie Abweichungen »nach unten« bis zur Grenze des § 3a AÜG gerade vorsehen[868]. Dies mag auf Kritik stoßen und als systemfremd empfunden werden[869]; der Maßstab, wann eine kollektive Ordnung als verdrängt gilt und der Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG begründet ist, bleibt identisch[870].

III. Verdrängungswirkung

Führt nun die Tarifgestaltung zwischen Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger dazu, dass der Heimattarifvertrag nur noch für einsatzfreie Zeiten gilt, verkümmern die Verbände des Tariftreuschuldners letztlich zu »Annahmeverzugsverbänden«, soweit Vertragsverhältnisse mit Tariftreuegläubigern der entsprechenden Branche betroffen sind[871].

863 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 »Burda« – NZA 1999, 887, 892.
864 *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 83.
865 BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19/09 – NZA 2010, 718; dazu *Latzel/Serr*, ZfA 2011, 391.
866 *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 77, § 5 TVG Rn. 236 ff.
867 So auch *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 363.
868 *Giesen*, in: FS Kempen, S. 231.
869 Zusammenfassend *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 199, 205.
870 A.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 99.
871 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 93; auch *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 364 für das Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.1.2012, GV. NRW Nr. 2/2012, S. 15; anders bei bloßen »Zuschlagstarifverträgen«: *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 123 ff.

Nicht gefolgt werden kann dem BAG, wenn und soweit es eine Mitwirkung des Betriebsrats verlangt[872]. Das Erfordernis einer »betrieblichen« Regelung ist nicht technisch zu verstehen, sondern setzt nur eine betriebsweite Regelung voraus, die den entsprechenden Tarif final und als kollektive Ordnung in Frage stellt. Wer an der Störung mitwirkt spielt keine Rolle. Dass eine Mitwirkung des Betriebsrats erforderlich wäre, wird auch in der neueren Rechtsprechung des BAG nicht mehr deutlich[873]. Richtigerweise ist dieses Erfordernis auch durch privative Tariftreue erfüllbar und erfüllt[874], da die einzuhaltenden Tarifbedingungen bei den Tariftreueschuldnern einheitlich gelten sollen.

Betrifft privative Tariftreue etwa die in den Betrieb des Tariftreuegläubigers entsandten Leiharbeitnehmer – wie etwa beim Stahltarif Nordwestdeutschland – und setzt sich privative Tariftreue als Modell auch für andere Unternehmen oder Branchen fort, so blieben die Zeitarbeitstarife während sämtlicher Einsatzzeiten verdrängt[875]. Neben dem Annahmeverzugsentgelt könnten die Zeitarbeitstarife nur noch bedeutungsarme Nebenbedingungen regeln. Die Tarifautonomie wäre für die Zeitarbeit im Kern abgeschafft[876].

Die tarifliche Regelung des Arbeitsentgelts ist zentraler Kern der Tarifautonomie, da das Synallagma die Wertigkeit der Arbeit bestimmt[877]. Da die Tarifvertragsparteien mit den Entgelterhöhungsrunden den wichtigsten Teil ihrer Regelungsarbeit bestreiten, darf das Arbeitsentgelt als tariflicher Regelungsgegenstand nach allgemeiner Meinung nur aus besonders gewichtigen Gründen verdrängt werden[878].

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Regelungen nur schuldrechtlich wirken bzw. unwirksam sind[879]. Solange die Tarife faktisch verdrängt werden, sind die Voraussetzungen, die das BAG aufgestellt hat, erfüllt. Das etwaige Zurückweisungsrecht der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner nach § 333 BGB hilft deren Koalitionen wenig.

---

872 *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 85.
873 BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – NZA 2011, 1169, Rn. 34 ff.
874 Ebenso *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 85.
875 Im Ergebnis auch: *Benecke*, in: Mindestlohn, S. 62 f.
876 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 93; auch *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 182.
877 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 93; *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 365.
878 *Henssler*, ZfA 1998, 1, 18.
879 So aber *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 98 f.

IV. Rechtfertigung

Die Rechtswidrigkeit der Verletzung muss durch eine Güter- und Interessenabwägung festgestellt werden[880].

Zugunsten der Verbände der Tariftreueschuldner ist in diesem Zusammenhang zu konstatieren, dass diese Einmischung in die fremde Tarifpolitik nicht von der eigenen Koalitionsfreiheit in der Stammbranche gedeckt ist[881]. So sind etwa die Entleiher nicht zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen beim Verleiher berufen. Das AÜG anerkennt Verleiher als vollwertige Arbeitgeber und lässt Zeitarbeitstarifverträge ausdrücklich zu. Eine zwingende Entgeltgleichstellung wird gerade nicht gefordert. Die für den Entleiher zuständige Gewerkschaft ist für den Verleiher hingegen regelmäßig gar nicht oder – wie im Beispiel des Stahltarif Nordwestdeutschland[882] – nur im Verbund mit anderen Gewerkschaften regelungsbefugt. Mitglieder unter den Leiharbeitnehmern hat sie hingegen nicht, deren Interessen Sie vertreten könnte.

Fehlt es dann an einer »Krisensituation« auf Seite des Tariftreuegläubigers, die die Tarifbeeinträchtigung rechtfertigen könnte[883], geht die Güter- und Interessenabwägung zulasten privativer Tariftreue.

V. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue beeinträchtigt daher regelmäßig die Tarifautonomie der Tarifpartner der Tariftreueschuldner.

D. Ergebnis

Privative Tariftreue ist in Verträgen gegenüber Tariftreuegläubigern unwirksam, soweit die AGB-Kontrolle anwendbar ist, mithin die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen ist und vom Tariftreueveranlasser gestellt wird. Dies scheidet nur bei privativer Tariftreue aus, die vom Betriebsrat ausgeht und die Klausel nicht von einem Betriebsräte-Arbeitskreis ausgearbeitet wurde oder sonst nur gegenüber einem einzigen Tariftreuegläubiger eingesetzt werden soll. Sie ist ferner sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Ausnutzung von Übermacht.

Daneben führt privative Tariftreue gegenüber Aktiengesellschaften und deutschen *Societas Europaea* nach § 117 AktG zur Haftung des Tariftreueveranlassers. Die Durchsetzung des § 117 AktG bereitet aber praktische Schwierigkeiten.

---

880 *Franzen*, ZIAS 2004, 32, 48.
881 Hierzu und zum Folgenden: *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 182.
882 Oben § 2 A. I. 3, S. 54.
883 *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG Rn. 84.

Schließlich beeinträchtigt privative Tariftreue regelmäßig die Tarifautonomie der Tarifpartner der Tariftreueschuldner.

§ 5 Unionsrechtlicher Schutz individueller Marktfreiheiten

Privative Tariftreue kann in zweifacher Hinsicht mit dem Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 EUV) konfligieren: Einmal mit dem europäischen Kartellrecht, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt[884]. Das wurde aufgrund der Verflechtung zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht zusammen im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Grenzen behandelt[885]. Daneben wird das Binnenmarktziel durch Grundfreiheiten verwirklicht (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Privative Tariftreue könnte gegen den freien Personen- und Warenverkehr in ihren sekundär- und primärrechtlichen Ausprägungen verstoßen, wenn EU-ausländische Tariftreueschuldner und deren Arbeitnehmer durch privative Tariftreue in ihrer Betätigung im Aufnahmemitgliedstaat beschränkt werden. Relevant sind dabei die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Niederlassungsfreiheit wird hingegen praktisch nicht relevant, weil privative Tariftreue bloß den rechtlichen Rahmen für die Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat festlegt und damit die freie Standortwahl (des Tariftreueschuldners) nicht berührt[886]. Lässt sich der Tariftreuschuldner hingegen in demjenigen Mitgliedstaat nieder, dem auch der Tariftreuegläubiger angehörig ist, fällt das grenzüberschreitende Element weg und auf das verbleibende rein innerstaatliche Austauschverhältnis sind die Grundfreiheiten nicht mehr anwendbar[887].

A. Sekundärrecht

Fraglich ist zunächst, ob sekundärrechtliche Bestimmungen einschlägig sind. Soweit sie Grundfreiheiten ausformen oder näher bestimmen, sind sie in der Anwendung vorrangig heranzuziehen[888]. Relevante Vorgaben

884 So noch Art. 3 Abs. 1 lit. g EG. In Art. 3 Abs. 3 EUV wird das Wettbewerbssystem neben dem Binnenmarkt nicht mehr ausdrücklich erwähnt, wurde jedoch mit dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt vom 27.12.2007 unverändert übernommen.

885 Oben § 3 A, S. 82.

886 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 49 AEUV Rn. 112; auch *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 75 für Entsendefälle; siehe auch *Rieble/Lessner*, ZfA 2002, 29, 47 f. für die Nettolohnhaftung nach § 1b AÜG a.F.

887 EuGH 17.6.1997 – Rs. C-70/95 »Sodemare« – Slg. 1997, I-3395 Rn. 38; ausführlich *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 198.

888 EuGH 12.10.1993 – Rs. C-37/92 »Vanacker und Lesage« – Slg. 1993, I-4947 Rn. 9; EuGH 13.12.2001 – Rs. C-324/99 »DaimlerChrysler« – Slg. 2001, I-9898 Rn. 32; EuGH 19.1.2006 – Rs. C-244/04 » Kommission/Deutschland« – Slg. 2006, I-855 Rn. 31 f.; Calliess/*Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 8; Schlachter/

könnten sich aus der Entsenderichtlinie, der Dienstleistungsrichtlinie[889], der Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung[890] und der Leiharbeitsrichtlinie ergeben.

I. Entsenderichtlinie

Die Entsenderichtlinie wurde im Regelungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erlassen. Sie stützt sich auf die Koordinationskompetenz des Art. 66 i.V.m. Art. 57 Abs. 2 EGV a.F. (jetzt: Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV)[891] und sieht ausweislich ihres Erwägungsgrundes 1 ausdrücklich auch die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs vor. Soweit sich privative Tariftreue auf die Entsenderichtlinie stützen ließ, könnte dies die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit zur Folge haben und zugleich die Prüfung anhand deren primärrechtlicher Ausgestaltung sperren.

1. Vorgaben der Entsenderichtlinie

Nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Entsenderichtlinie sorgen die Mitgliedstaaten dafür, »daß unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Art. 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung festgelegt sind, — durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder — durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind«. Damit soll einerseits verhindert werden, dass die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen, dadurch, dass sie auf ihre entsandten Arbeitnehmer die Heimatarbeitsbedingungen anwenden, gegenüber Unternehmen des Aufnahmestaates, soweit dessen soziales Schutzniveau höher ist, unlauteren Wettbewerb betreiben und andererseits den entsandten Arbeitnehmern ein Mindestschutz garantiert wird[892].

Ohler/*R. Streinz/Leible*, Einl. Dienstleistungsrichtlinie Rn. 87 f.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 789; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 69.

889 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006, L 376/36.

890 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968, L 257/2.

891 A.A. *Steck*, EuZW 1994, 140, 141 f. und *Rieble/Lessner*, ZfA 2002, 29, 49 ff., die keinen Kompetenztitel finden können, der die Entsenderichtlinie trägt.

892 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 74 ff.

In den »nachstehenden Aspekten« des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Entsenderichtlinie sind unter lit. c »Mindestlohnsätze« genannt. Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 Entsenderichtlinie bestimmt, dass zum Zwecke der Richtlinie »der in Unterabsatz 1 Buchstabe c) genannte Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt [wird], in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird«.

Die Einschränkung der Arbeitnehmerentsendung durch privative Tariftreue könnte eine solche nationale Praktik zur Festlegung des nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Entsenderichtlinie festzulegenden Mindestlohnsatzes sein. Immerhin sieht Erwägungsgrund 5 der Entsenderichtlinie vor, bei grenzüberschreitendem Dienstleistungsverkehr die Rechte der Arbeitnehmer zu wahren und sollen nach Erwägungsgrund 6 die aufgrund der Transnationalisierung geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festgelegt werden[893]. Gerade das ist das Ziel privativer Tariftreue: Bestimmte Arbeitsbedingungen sollen auch bei Tariftreueschuldnern eingehalten werden[894].

2. Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie

Im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie ist die Dienstleistungsrichtlinie gemäß ihren Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a und Art. 17 Nr. 2 unanwendbar[895]. Die Entsenderichtlinie gilt gemäß ihrem Art. 1 Abs. 1 für alle Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats entsenden[896]. Selbst wenn privative Tariftreue nicht die Regelung der Entsendung von Arbeitnehmern *bezweckt*, hat dies nicht zur Folge, dass sie aus dem Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fällt.

Ein Entsendefall liegt vor, wenn ein Dienstleistungserbringer einen Arbeitnehmer in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates im Rahmen eines Vertrags entsendet, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungserbringer geschlossen wurde (Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsenderichtlinie) oder einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder

893 Siehe auch EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 58.

894 Oben § 1 B. III, S. 34.

895 Ausführlich unten § 5 A. II. 2. c. aa., S. 204.

896 Siehe dazu jetzt Erwägungsgrund 5 und Art. 3 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 21.3.2012 – KOM(2012) 131 final – http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0131:FIN:DE:PDF.

ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsendet (Art. 1 Abs. 3 lit. b Entsenderichtlinie), sofern jeweils für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, sowie, wenn ein Leiharbeitsunternehmen oder ein einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsendet, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht (Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsenderichtlinie)[897]. Entsandter Arbeitnehmer ist nach Art. 2 Abs. 1 Entsenderichtlinie jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet[898].

Das betrifft einmal klassische Entsendefälle, in denen Unternehmen ihre Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet des Dienstleistungsempfängers entsenden, um dort im Rahmen eines Vertrags tätig zu werden (Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsenderichtlinie). Darüber hinaus fällt die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsenderichtlinie in ihren Anwendungsbereich. Schließlich regelt die Entsenderichtlinie Fälle konzerninterner Entsendung (Art. 1 Abs. 3 lit. b Entsenderichtlinie), die für privative Tariftreue jedoch nicht relevant sind[899]. Für die Korrespondenzdienstleistungen, mit Ausnahme der Arbeitnehmerüberlassung, die richtigerweise als Korrespondenzdienstleistung zu qualifizieren ist, da nur die Dienstleistung – die Überlassung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung – die Grenze überschreitet[900], sowie die passive Dienstleistungsfreiheit bliebe es mangels eröffnetem Anwendungsbereichs von vornherein bei den allgemeinen Regeln.

3. Festlegungsmodalitäten

a. Verpflichtende Mindestbedingungen

Eine (Teil-)Umsetzung der Entsenderichtlinie wäre denkbar, wenn durch privative Tariftreue Mindestlohnsätze nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Entsenderichtlinie festgelegt würden. Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, bestimmte Mindestarbeitsbedingungen auch

897 Dazu *Krebber*, in: Jb.J.ZivRWiss. 1997, S. 132 f.
898 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 20.
899 Oben § 1 B. II, S. 34.
900 So auch *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 189, 245; a.A. offenbar, *Birk*, in: FS Wissmann, S. 523.

auf in ihr Hoheitsgebiet entsandte Arbeitnehmer anzuwenden und enthält damit einen Regelungsauftrag hinsichtlich einer international zwingenden Norm im Sinne des Art. 9 Rom I-VO[901]. Eine Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie setzt voraus, dass ein durch privative Tariftreue geschaffenes Tariftreuenetz eine nach Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie erlaubte Festlegungsart ist. Das scheidet in beiden Alternativen aus.

aa. Rechts- und Verwaltungsvorschriften

Privative Tariftreue wird nicht durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster Spiegelstrich Entsenderichtlinie – da nicht staatlich – festgelegt. Das gilt selbstverständlich für Betriebsvereinbarungen die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geschlossen werden[902] und Gütermarktverträge zwischen Unternehmen und ergibt sich für Tarifverträge unmittelbar aus der Differenzierung der Entsenderichtlinie zwischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster Spiegelstrich und den unter zusätzlichen Voraussetzungen stehenden (allgemeinverbindlich erklärten) Tarifverträgen in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 zweiter Spiegelstrich[903]. Auf die Rechtsqualität normativer Tarifregelungen kommt es daher von vornherein nicht an. In beiden Fällen ändert auch die Bereichsausnahme im deutschen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 310 Abs. 4 Sätze 1 und 3 BGB) nichts, die nur Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen aufgrund der Richtigkeitsgewähr[904] von der – auch mittelbaren – AGB-Kontrolle ausnimmt, um das System der Tarifautonomie zu schützen[905], aber an der unionsrechtsautonomen Auslegung nichts ändert.

bb. Schiedssprüche oder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge

Aber auch auf Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 zweiter Spiegelstrich Entsenderichtlinie könnte sich tarifliche privative Tariftreue schon von vornherein nur eingeschränkt stützen, weil diese Regelung nur die im Anhang der

901 *Mair*, in: Dienstleistungsrichtlinie, S. 315; *Franzen*, ZAS 2011, 255, 257; auch schon *Hanau*, in: FS Everling, S. 428.

902 MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, § 611 BGB Rn. 351; *Richardi*, § 77 BetrVG Rn. 24; ErfKomm/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 4; zur vereinzelt vertretenen Satzungstheorie siehe die Nachweise bei *Fitting*, § 77 BetrVG Rn. 14.

903 *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 3 AEntG Rn. 3.

904 BeckOK-ArbR/*Giesen*, § 1 TVG Rn. 13.

905 Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 31.8.2001, BT-Drucks. 14/6857, S. 54. Für Betriebsvereinbarungen, die nicht nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützt werden, lässt sich dieses Motiv freilich nicht anführen, dennoch ist die Gleichstellung sachlich gerechtfertigt: BeckOK-ArbR/*Jacobs*, § 310 BGB Rn. 14; *Rolfs*, RdA 2006, 349, 354 f.

Entsenderichtlinie genannten Bautätigkeiten erfasst. Das zeigen auch die bisher aus der Praxis bekannten Beispiele, die sich im Wesentlichen auf Dienstleistungsbranchen, insbesondere die Arbeitnehmerüberlassung, beschränken.

Soweit privative Tariftreue im Anhang genannte Bautätigkeiten betrifft, müsste sie als Schiedsspruch oder allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag im Sinne des Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 1 Entsenderichtlinie zu qualifizieren sein. Da es in Deutschland keine Schiedssprüche zur Festlegung der Arbeitsbedingungen gibt, verbliebe nur die Möglichkeit der Festlegung durch allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge. Das sind nach Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 1 Entsenderichtlinie Tarifverträge, »die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind«.

Allein aus der Formulierung »allen« ist zu entnehmen, dass die reine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nicht ausreicht, da allgemeinverbindliche Tarifverträge von spezielleren Tarifverträgen im Rahmen der Tarifkonkurrenz unterschritten werden können[906]. Letzteres wird nur bei Tarifverträgen (oder Mindestlohnverordnungen nach § 7 AEntG) verhindert, die in den Anwendungsbereich von § 3 AEntG fallen, da nach § 8 Abs. 2 AEntG die Verdrängung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags durch Tarifkonkurrenz verhindert wird[907]. Durch privative Tariftreue werden Tarifverträge hingegen nicht allgemeinverbindlich, da es schon an der zwingenden Geltung bei den Tariftreueschuldnern fehlt. Darüber hinaus fehlt regelmäßig die umfassende geographische bzw. fachliche Geltung.

Alternativ käme Art. 3 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich in Verbindung mit Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 Entsenderichtlinie in Betracht. Darauf kann sich privative Tariftreue aber nicht stützen, da es in Deutschland in § 5 TVG – und im weitesten Sinne auch in § 7 AEntG – ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt[908] und eine entsprechende Systemumstellungsentscheidung nicht getroffen wurde[909].

Privative Tariftreue erfüllt daher keine in Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie vorgesehene Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.

---

906 *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505, 509 f.; *Maier*, NZA 2009, 351, 353 f.; siehe auch Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vom 7.10.2008 (RegE AEntG 2009), BT-Drucks. 16/10486, S. 11.

907 Oben § 1 D. I. 2, S. 42.

908 So auch EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 27.

909 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 66.

b. Zugelassene Mindestbedingungen

Art. 3 Entsenderichtlinie lässt die Festlegung von Mindestbedingungen jedoch auch außerhalb des zwingenden Regelungsauftrags nach Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie zu:

- Nach Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie steht Art. 3 Abs. 1 bis 6 Entsenderichtlinie der Anwendung von für den Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen. Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie normiert allerdings nur ein Günstigkeitsprinzip zugunsten günstigerer Heimatarbeitsbedingungen[910]. Arbeitsbedingungen aufgrund privativer Tariftreue sind hingegen keine günstigeren *Heimat*arbeitsbedingungen, so dass eine »Berufung« auf Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie für Stellen des Aufnahmestaates von vornherein ausscheidet.
- Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie vorsehen, dass grenzüberschreitend tätige Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen ihren Arbeitnehmern diejenigen Mindestlohnsätze garantieren, die in dem Aufnahmemitgliedstaat für Leiharbeitnehmer gelten. Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie adressiert – obgleich des uneindeutigen Wortlauts – den Aufnahmemitgliedstaat[911] und gibt dem Gleichbehandlungsgrundsatz des – grundsätzlich nur den Heimatstaat adressierenden – Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie eine »Entsendekomponente«, die allerdings an Art. 56 ff. AEUV zu messen ist[912]. Indes zielt privative Tariftreue nicht auf Gleichbehandlung in- und ausländischer Leiharbeitnehmer, sondern erstreckt *bestimmte* Arbeitsbedingungen auf *bestimmte* Leiharbeitnehmer. Dem fehlt die von Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie geforderte Generalität.
- Art. 3 Abs. 10 Entsenderichtlinie gestattet schließlich, in nicht diskriminierender Weise, für inländische und ausländische Unternehmen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie aufgeführten Aspekte

910 *Egger*, in: Dienstleistungsrichtlinie, S. 218; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 175 f.; *Franzen*, ZAS 2011, 255, 257; *Rödl*, EuZW 2011, 292, 293; eine Beschränkung auf autonome Heimatarbeitsbedingungen (Individualverträge, Tarifverträge) lässt sich der Rechtsprechung des EuGH hingegen nicht entnehmen, so aber *Greiner*, ZIP 2011 2129, 2131.

911 OGH Österreich 20.1.2012 – 8 ObA 74/11g – ÖJZ 2012, 602, 603; Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 32/96 vom Rat festgelegt am 3.6.1996 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 96/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom .... über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1996, C-220/1; *Franzen*, ZAS 2011, 255, 258.

912 Unten § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [c], S. 227.

oder für andere als die im Anhang genannte Bautätigkeiten vorzuschreiben. Ersteres betrifft allerdings nur die im Anhang genannten Bautätigkeiten und verlangt, dass es sich um Vorschriften im Bereich der eng auszulegenden[913] öffentlichen Ordnung handelt, auf die sich Private von vornherein nicht berufen können[914]. Zweiteres gilt wiederum nur unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 8 Entsenderichtlinie und scheidet daher für privative Tariftreue aus[915].

c. Zwischenergebnis

Unabhängig von der Frage, inwieweit Parteien privativer Tariftreue überhaupt befugt wären, Festlegungsmodalitäten der Entsenderichtlinie zu nutzen, kommt schon kein, in den verpflichtenden oder zugelassenen Mindestbedingungen vorgesehenes, Umsetzungsinstrument in Betracht.

4. Folgen für die Dienstleistungsfreiheit

Privative Tariftreue ist somit keine (Teil-)Umsetzung der Entsenderichtlinie. Fraglich ist indes, ob daraus folgt, dass die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit zu prüfen ist, oder ob bei grundsätzlich eröffnetem Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie eine Nichtumsetzung bereits zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führt, die Entsenderichtlinie mithin vollharmonisierend wirkt[916].

Gegen Letzteres spricht, dass der EuGH in seinen Entscheidungen in den Sachen »Laval« und »Rüffert« nach erfolgloser Prüfung der Entsenderichtlinie, eine Prüfung anhand der Dienstleistungsfreiheit vollzog[917]. Eine solche wäre nicht mehr notwendig gewesen, wäre das Rechtswidrigkeitsurteil schon dadurch gefallen, dass die Bestimmungen der Entsenderichtlinie nicht eingehalten bzw. umgesetzt wurden. Auch stellt er ganz eindeutig fest, dass die Mitgliedstaaten ihre Freiheit behalten, auf nationaler Ebene ein System zu wählen, das die genannte Richtlinie nicht ausdrücklich vorsieht[918], vorausgesetzt, es behindert nicht den freien Dienstleis-

913 EuGH 19.6.2008 – Rs. C-319/06 »Kommission/Luxemburg« – Slg. 2008, I-4323 Rn. 30.

914 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 84; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 238 sieht einen Widerspruch darin, dass Private sich dennoch auf die »zwingenden Gründe des Allgemeininteresses« stützen können sollen.

915 Oben § 5 A. I. 3. a. bb, S. 195.

916 So etwa *Schrammel*, EuZA 2009, 36, 46.

917 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 58 ff. und Rn. 72 ff.; EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 18 ff. und 36 ff.

918 Dazu auch: *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 70; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 233; *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2132.

tungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten[919] und geht nicht über die Höchstvorgaben für Schutzbestrebungen in Entsendefällen nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie hinaus[920].

Gleichzeitig hat der EuGH dahingehend Verunsicherung ausgelöst, ob nur Maßnahmen, die sich nicht auf die Entsenderichtlinie stützen lassen, einer primärrechtlichen Untersuchung herangezogen werden[921] oder ob selbst Maßnahmen, die sich im Raster der Entsenderichtlinie wiederfinden, noch den primärrechtlichen Prüfungsdurchlauf überstehen müssen[922].

Für privative Tariftreue spielt das keine Rolle: Sie findet sich nicht im Raster der Entsenderichtlinie wieder, sodass eine Sperrwirkung der Entsenderichtlinie von vornherein nicht eintreten kann. Die Entsenderichtlinie enthält somit mit Ausnahme der Höchstvorgaben für Schutzbestrebungen in Entsendefällen nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie[923] keine Vorgaben für privative Tariftreue.

II. Dienstleistungsrichtlinie

Neben der Entsenderichtlinie ist die Dienstleistungsrichtlinie zu beachten, die sich wie die Entsenderichtlinie auf die Koordinationskompetenz des Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 2 Satz 1 und 3 EG a.F. (jetzt: Art. 62 i.V.m Art. 53 Abs. 1 AEUV) stützt. Sie schafft einen allgemeinen Rechtsrahmen (Erwägungsgrund 7 Dienstleistungsrichtlinie) und konkretisiert in Art. 16, welche Anforderungen an Dienstleistungserbringer gestellt werden dürfen. Damit korrespondiert Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie, der sich mit Anforderungen an den Dienstleistungsempfänger beschäftigt.

1. Schärfere Rechtfertigungsvoraussetzungen

Die Frage der Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie ist nicht rein akademischer Natur, sondern von praktischer Relevanz. Denn Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 3 lit. b Dienstleitungsrichtlinie zählt abschließend[924] die möglichen Gründe auf, die eine unter die Dienstleistungsrichtlinie fallende »Anforderung« an die *Aufnahme* oder *Ausübung* einer Dienstleistungstätigkeit stellen kann. Auf der anderen Seite ist der Begriff der »Anforderung« enger als derjenige der »Beschränkung« und erfasst nur spezifisch die Aufnahme und Ausübung der Diensttätigkeit[925]. »Anforderungen« kön-

919 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 68.
920 Dazu unten § 5 A. IV. 3. f, S. 243.
921 *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2130 ff.
922 Im Ergebnis *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 70; wohl auch *Rödl*, EuZW 2011, 292, 293 f., der von einer »Hilfsprüfung« spricht.
923 Dazu unten § 5 A. IV. 3. f, S. 243.
924 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 99, 101.
925 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 70.

nen nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Schutzes der Umwelt gestellt werden[926]. Im Vergleich zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen bei der Niederlassungsfreiheit nach Art. 52 AEUV ist nur der Schutz der Umwelt hinzugefügt worden[927]. Daneben verbietet Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Anforderungen an den Dienstleistungs*empfang*, der hinsichtlich der Reichweite der möglichen Rechtfertigung von Anforderungen richtigerweise mit Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie zu parallelisieren ist[928].

Primärrechtlich können Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit auch aus sonstigen zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden[929]. Anerkannt sind dabei nicht nur einige, wenige Belange. Vielmehr eröffnet die Formel den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum zur Definition schützenswerter Belange[930] nicht-wirtschaftlicher Art[931]. Dazu zählt auch der soziale Schutz der Arbeitnehmer[932], der hier als etwaiger Rechtfertigungsgrund einschlägig sein könnte. Denn die Union hat nicht nur eine wirtschaftliche sondern auch eine soziale Zielrichtung. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 Satz 2 EUV bestimmt, dass die Union auf eine »nach-

926 Kritisch *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 193 f.

927 Buchinger/Michner/*Müller*, Dienstleistungsrichtlinie, S. 74 f.; kritisch insbesondre im Hinblick auf den fehlenden Verbraucherschutz: *R. Streinz*, in: Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, S. 112.

928 Schlachter/Ohler/*Herresthal*, Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 53.

929 EuGH 26.2.1991 – Rs. C-180/89 »Kommission/Italien« – Slg. 1991, I-709 Rn. 18; EuGH 26.2.1991 – Rs. C-198/89 »Kommission/Griechenland« – Slg. 1991, I-727 Rn. 19; EuGH 22.12.2010 – Rs. C-287/10 »Tankreederei I« – Slg. 2010, I-14233 Rn. 19.

930 Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 112; R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 106 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 57 AEUV Rn. 172.

931 EuGH 26.4.1988 – Rs. 352/85 »Bond van Adverteerders« – Slg. 1988, 2085 Rn. 34; EuGH 25.7.1991 – Rs. C-288/89 »Collectieve Antennevoorziening Gouda« – Slg. 1991, I-4007 Rn. 11 ; EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99 »Portugaia Construções« – Slg. 2002, I-787 Rn. 26.

932 EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80 »Webb« – Slg. 1981, 3305 Rn. 19; EuGH 3.2.1982 – verb. Rs. 62/81 und 63/81 »Seco« – Slg. 1982, 223 Rn. 14; EuGH 28.3.1996 – Rs. C-272/94 »Guiot« – Slg. 1996, I-1905 Rn. 16; EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98 »Mazzoleni und ISA« – Slg. 2001, I-2189 Rn. 27; EuGH 9.8.1994 – Rs. C-43/93 »Vander Elst« – Slg. 1994, I-3803 Rn. 23; EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 »Arblade« – Slg. 1999, I-8453 Rn. 36; EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 »Finalarte« – Slg. 2001, I-7831 Rn. 33; EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99 »Portugaia Construções« – Slg. 2002, I-787 Rn. 20; EuGH 21.10.2004 – Rs. C-445/03 »Kommission/Luxemburg« – Slg. 2004, I-10191 Rn. 29; EuGH 7.10.2010 – Rs. C-515/08 »Santos Palhota« – Slg. 2010, I-9133 Rn. 47.

haltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und [...] eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt«, hinwirkt; nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV fördert sie die soziale Gerechtigkeit und den sozialen Schutz. Zu den mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele gehören, wie sich aus Art. 151 Abs. 1 AEUV ergibt, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog. Die Grundfreiheiten müssen daher mit den Zielen der Sozialpolitik in Einklang gebracht werden[933].

Dass der soziale Schutz der Arbeitnehmer indes nicht unter die eben genannten abschließenden Belange der Dienstleistungsrichtlinie subsumiert werden kann, zeigt deren jeweils separate Nennung in Erwägungsgrund 40 und Art. 4 Nr. 8 Dienstleistungsrichtlinie.

Soweit die Dienstleistungsrichtlinie also anwendbar und privative Tariftreue auch als »Anforderung« in diesem Sinne zu verstehen wäre, fiele es deutlich schwerer, einen Verstoß zu rechtfertigen. Insoweit kommt der Dienstleistungsrichtlinie eine freiheitserweiternde Wirkung zu, die die primärrechtliche Bestimmungen des Art. 56 AEUV überlagert und, soweit sie anwendbar ist, vorrangig zu prüfen ist[934]. Zudem würde die Dienstleistungsrichtlinie als Harmonisierungsrichtlinie auch reine Inlandssachverhalte erfassen[935]. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsrichtlinie bliebe es hingegen bei der Prüfung der primärrechtlichen Bestimmungen der Art. 56 ff. AEUV.

2. Anwendungsbereich

a. Adressatenstellung

Die Handlungssubjekte privativer Tariftreue sind Private[936]. Es stellt sich daher die Frage, ob die Akteure privativer Tariftreue durch die Dienstleistungsrichtlinie überhaupt verpflichtet sein können. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien nur für die adressierten Mitgliedstaaten verbindlich. Die Frage stellt sich gleichermaßen wie bei der Anwendbarkeit der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit auf Private[937]. Eine ausdrückliche Bestimmung trifft die Dienstleistungsrichtlinie nicht, doch deutet § 4

933 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 79; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 105.

934 Schlachter/Ohler/*R. Streinz/Leible*, Einl. Dienstleistungsrichtlinie Rn. 93.

935 Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 59 Rn. 24; Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 135.

936 Oben § 1 B. I, S. 28.

937 Dazu unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.

Nr. 7 Dienstleistungsrichtlinie die Bindung Privater zumindest teilweise an, indem er zu den rechtfertigungsbedürftigen »Anforderungen« auch Regeln von Berufsverbänden und kollektive Regeln, die in von Berufsvereinigungen oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, zählt[938].

Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit wird der Wortlaut der Art. 16, 19 Dienstleistungsrichtlinie angeführt, der nur die Mitgliedstaaten erwähnt, sowie der durch die Tätigkeit von Verwaltungsbehörden bestimmte systematische Zusammenhang[939]. Auch dürfe die Ausweitung des Adressatenkreises der Grundfreiheiten nicht dazu führen, Private an Sekundärrechtsakten zu messen[940].

Umgekehrt verbliebe aber die aus Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 2, Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie folgende mitgliedstaatliche Schutzpflicht, die freie Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten innerhalb seines Hoheitsgebietes zu gewährleisten[941].

Der EuGH[942] scheint sich über diese scheinbar eindeutigen Maßstäbe zunehmend hinwegzusetzen, indem er Formulierungen verwendet, die auf eine unmittelbare Bindung zumindest der Sozialpartner hindeutet, obzwar die jeweiligen Richtlinien eine bloße Pflicht der Mitgliedstaaten nahelegen[943].

Richtigerweise ist zu differenzieren:

- Konkretisieren Richtlinien Grundfreiheiten, die auch zwischen Privaten wirken, so kann für die Richtlinienbestimmung kein anderer Maßstab als für die Grundfreiheit gelten. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheit wirkt insoweit auf die Richtlinienbestimmung zurück, als auch die Grundfreiheit Private verpflichten würde. Dabei sollte lediglich danach unterschieden werden, ob die Richtlinienbestimmung einen vollwertigen anwendbaren Rechtssatz enthält oder lediglich einzelne Tatbestandsmerkmale der Grundfreiheit ausformt. Während in erstgenanntem Fall die sekundärrechtliche Ausprägung der

938 So auch *Korte*, EWS 2007, 246, 249; anders Schlachter/Ohler/*Herresthal*, Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 44.

939 Schlachter/Ohler/*Schmidt-Kessel*, Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 10; Schlachter/Ohler/*Herresthal*, Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 23.

940 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 112, 115 ff.; a.A. *Korte*, EWS 2007, 246, 249.

941 Schlachter/Ohler/*Schmidt-Kessel*, Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 10; Schlachter/Ohler/*Herresthal*, Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 23.

942 EuGH 20.3.2003 – Rs. C-187/00 »Kutz-Bauer« – Slg. 2003, I-2741 Rn. 68 ff.; EuGH 12.10.2010 – Rs. C-45/09 »Rosenbladt« – Slg. 2010, I-9391 Rn. 52 f.; EuGH 13.9.2011 – Rs. C-447/09 »Prigge« – NZA 2011, 1039, Rn. 46 ff.

943 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 121.

Grundfreiheit unmittelbar heranzuziehen ist, wohingegen die primärrechtliche Ausprägung nicht mehr zu Anwendung kommt, muss die unvollständige sekundärrechtliche Ausprägung im Rahmen der Prüfung des Primärrechts herangezogen werden und konkretisiert dort nur das jeweils ausgeformte Tatbestandsmerkmal.

- Betreffen Richtlinien hingegen nur »sonstige« Aspekte der Verträge, scheidet eine unmittelbare Anwendbarkeit auf Tarifverträge von vornherein aus. Der Richtlinie fehlt die grundfreiheitenkonkretisierende Komponente. So wie der EuGH in der Sache »Kücükdevici« § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht an der auf die Antidiskriminierungskompetenz nach Art. 13 EG a.F. (jetzt: Art. 19 AEUV) gestützte Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie[944] scheitern ließ, sondern an dem in der Entscheidung in der Sache »Mangold«[945] erfundenen unionsprimärrechtlichen Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters[946], könnte der altersdiskriminierende Tarifvertrag nur am AGG oder dem unionsprimärrechtlichen Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters, nicht jedoch an der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, gemessen werden[947]. In diesen Fällen kann nur auf die Schutzpflicht des Mitgliedstaats zurückgegriffen werden.
- Auf reine Inlandssachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug ist die Richtlinie zwar prinzipiell anwendbar. Auch insoweit fehlt aber die grundfreiheitenkonkretisierende Wirkung, die zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit zwischen Privaten führen kann. Es bleibt auch für diesen Fall bei der mitgliedstaatlichen Schutzpflicht.

Für die Dienstleistungsrichtlinie bedeutet das einen unmittelbaren Anwendungsbefehl zwischen Privaten, da sie in Art. 16 und 19 Dienstleistungsrichtlinie eigenständige Gewährleistungen ausspricht, und privative Tariftreue eine kollektive Marktverhaltensregel aufstellt, die zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zwischen Privaten führt[948].

b. Sachlicher Schutzbereich

Dienstleistungen im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie sind nach Art. 4 Nr. 1 Dienstleistungsrichtlinie alle von Art. 50 EG a.F. (jetzt: Art. 57 AEUV) erfassten selbstständigen Tätigkeiten, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Art. 57 Abs. 2 lit. a AEUV nennt insbesondere ge-

944 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303/16.

945 EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 »Mangold« – Slg. 2005, I–9981.

946 EuGH 19.1.2010 – Rs. C-555/07 »Kücükdevici« – Slg. 2010, I-365 Rn. 27.

947 *Löwisch/Rieble*, § 1 TVG Rn. 538.

948 Unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.

werbliche Tätigkeiten. Der Begriff der Dienstleistung ist wegen der vertragssystematischen Stellung der Dienstleistungsfreiheit als Auffanggrundfreiheit weit zu verstehen[949]. Auf den konkreten Vertragstypus kommt es nicht an. Neben »Diensten« erfassen Art. 56 ff. AEUV auch Tätigkeiten, die deutschrechtlich als Werkvertrag unter die Regelungen der §§ 631 ff. BGB fallen würden[950]. Die (enge) Bereichsausnahme nach Art. 62 i.V.m. Art. 51 AEUV spielt für privative Tariftreue keine Rolle, da die Beteiligten privativer Tariftreue keine öffentliche Gewalt in diesem Sinne ausüben.

Auch die Arbeitnehmerüberlassung ist eine Dienstleistung. Der Verleiher überlässt dem Entleiher einen Arbeitnehmer, der bei ihm angestellt bleibt, gegen ein Überlassungsentgelt. Dies ist eine Berufstätigkeit, die von Art. 56 ff. AEUV erfasst ist, wie es der EuGH schon ausdrücklich in seiner Entscheidung in der Sache »Webb« entschieden hat[951].

c. Bereichsausnahmen

aa. Entsendefälle

Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie ist zunächst unanwendbar, soweit ein Entsendefall vorliegt[952]. Denn ausweislich Art. 17 Nr. 2 Dienstleistungsrichtlinie findet Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie keine Anwendung auf Angelegenheiten, die unter die Entsenderichtlinie fallen (vgl. auch Erwägungsgrund 86 Dienstleistungsrichtlinie). Die Bereichsausnahmen des Art. 17 Dienstleistungsrichtlinie sollen in teleologischer Extension auch auf Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie anwendbar sein[953]. Darüber hinaus bestimmt Art. 3 Abs. 1 lit. a Dienstleistungsrichtlinie, dass Bestimmungen anderer Gemeinschaftsrechtsakte – insbesondere der eben genannten Entsenderichtlinie – widersprechenden Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie vorgehen und für den entsprechenden Bereich Anwendung finden. Dem steht nicht entgegen, dass privative Tariftreue insoweit keine *Umsetzung* der Entsenderichtlinie ist, weil und wenn sie in ihren *Anwendungsbereich* fällt[954]. Freilich trifft die Entsenderichtlinie keine (abschließenden) Bestimmungen für privative Tariftreue[955], sodass insgesamt die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV anwendbar bleibt.

949 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 16.
950 Z.B. Bautätigkeiten: EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417 Rn. 7; *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 15.
951 EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80 »Webb« – Slg. 1981, 3305 Rn. 10 f.
952 Oben § 5 A. I. 2, S. 193.
953 Schlachter/Ohler/*Herresthal*, Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 8.
954 Oben § 5 A. I. 2, S. 193.
955 Oben § 5 A. I. 4, S. 198.

Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen[956] sind zudem in Art. 2 Abs. 2 lit. e Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen. § 2 Abs. 2 lit. e Dienstleistungsrichtlinie steht insoweit in einem Ergänzungsverhältnis zu den nach Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 17 Nr. 2 Dienstleistungsrichtlinie ausgenommenen Entsendefällen[957].

Raum für Art. 16 und 19 Dienstleistungsrichtlinie bei Entsendefällen bliebe damit nur außerhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie, etwa wenn Gegenstand Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen entsandter Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine sind (Art. 1 Abs. 2 Entsenderichtlinie)[958].

bb. Nichtentsendefälle

Neben den Fällen, in denen die Entsenderichtlinie nicht anwendbar ist (Art. 1 Abs. 2 Entsenderichtlinie) bleiben nur Fälle, in denen kein Arbeitnehmer zur Erbringung der Dienstleistung die Grenze überschreitet, etwa bei anderen Korrespondenzdienstleistungen als der Arbeitnehmerüberlassung. Fraglich ist, ob tarifliche privative Tariftreue in diesen Fällen an den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie zu überprüfen ist.

[1] Ausnahme Tarifvertrag?

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob bei *tariflicher* privativer Tariftreue eine Bereichsausnahme »Tarifvertrag« eingreift. Denn nach Art. 1 Abs. 7 Satz 2 Dienstleistungsrichtlinie wird das Recht, gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, von der Dienstleistungsrichtlinie nicht berührt (vgl. auch Erwägungsgründe 14 und 15).

Das verdeutlicht auch Art. 4 Nr. 7 Dienstleistungsrichtlinie, der definiert, was »Anforderungen« im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie sind, die gegebenenfalls rechtfertigungsbedürftig sind. Solche sind nur Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind, die sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Regeln von Berufsverbänden oder den kollektiven Regeln, die von Berufsvereinigungen oder sonstigen Organisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, er-

956 Zum (deckungsgleichen) Begriff siehe Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie sowie EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80 »Webb« – Slg. 1981, 3305 Rn. 9.

957 *Buchinger*/Michner/Müller, Dienstleistungsrichtlinie, S. 56.

958 Schlachter/Ohler/*Schmidt-Kessel*, Art. 17 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 59; *Calliess/Korte*, § 5 Rn. 188.

geben. Hingegen sind nach Art. 4 Nr. 7 Satz 2 Dienstleistungsrichtlinie Regeln, die in von den Sozialpartnern ausgehandelten Tarifverträgen festgelegt wurden, »als solche keine Anforderungen« und können daher nicht anhand der Dienstleistungsrichtlinie kontrolliert werden[959].

Maßgeblich ist insoweit freilich das nationale Recht, was durch den Verweis in den Erwägungsgründen 14 und 15 und Art. 1 Abs. 7 Satz 2 Dienstleistungsrichtlinie auf das nationale Recht und die nationalen Praktiken sowie Art. 28 GRC deutlich wird[960]. Die Regelung nimmt Rücksicht auf Art. 153 Abs. 5 AEUV, wonach die Ermächtigungsgrundlage im Bereich der Sozialpolitik in dessen Abs. 1 bis 4 nicht für den Bereich des Koalitions- und Arbeitskampfrechts gilt[961], und soll den Gewerkschaften ihre Handlungsoptionen erhalten[962]. Sowenig der EuGH auf Ebene des europäischen Kartellrechts inhaltliche Vorgaben für das nationale Tarifvertragssystem machen kann[963], sowenig kann der europäische Sekundärrechtsetzer in der Dienstleistungsrichtlinie bestimmen, was nach nationalem Recht als »Tarifvertrag« zu verstehen ist.

Allerdings ist privative Tariftreue nach deutschem Recht normativ nicht regelbar[964], sodass es sich nach nationalem Recht ohnehin um keinen Tarifvertrag handelt, der an der Bereichsausnahme teilnimmt.

[2] Arbeitsrecht als insgesamt ausgenommenes Rechtsgebiet

Die Dienstleistungsrichtlinie nimmt das Arbeitsrecht jedoch auch im Übrigen sehr weitgehend aus ihrem Anwendungsbereich heraus[965]. Nach Art. 1 Abs. 6 Satz 1 Dienstleistungsrichtlinie berührt sie nicht das Arbeitsrecht, d.h. die gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz und über Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden (vgl. auch Erwägungsgründe 14 und 90 Dienstleistungsrichtlinie). Art. 16 Abs. 3 Satz 2 Dienstleistungsrichtlinie hebt zudem hervor, dass die Mit-

959 *Calliess/Korte*, § 6 Rn. 30; *Mair*, in: Dienstleistungsrichtlinie, S. 325; *F. Lorenz*, AuR 2006, 91, 93; zweifelnd *Körner*, NZA 2007, 233, 235, nach der aus dem Passus »als solche« tarifvertragliche Regelungen im Einzelfall doch als unzulässige Anforderungen im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie angesehen werden könnten.

960 Schlachter/Ohler/*R. Streinz*, Art. 1 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 33.

961 *Calliess/Korte*, § 5 Rn. 296 f.

962 *Mair*, in: Dienstleistungsrichtlinie, S. 302 ff.

963 Oben § 3 A. I. 1. b. bb. [2], S. 86.

964 Oben § 2 A. I, S. 48.

965 *Mair*, in: Dienstleistungsrichtlinie, S. 325.

gliedstaaten nicht daran gehindert sind, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht ihre Bestimmungen über Beschäftigungsbedingungen, einschließlich derjenigen in Tarifverträgen, anzuwenden (vgl. auch Erwägungsgründe 82 und 87 Dienstleistungsrichtlinie)[966]. Art. 1 Abs. 6 Satz 1 Dienstleistungsrichtlinie kommt letztlich die Funktion eines Auffangtatbestandes zu, der andere Exzeptionen in der Dienstleistungsrichtlinie zum Arbeitsrecht in sich aufnimmt und ergänzt, um den Bereich des Arbeitsrechts auch nicht ansatzweise der Liberalisierung preiszugeben[967]. Inwieweit Art. 16 Abs. 3 Satz 2 Dienstleistungsrichtlinie überhaupt ein eigener Regelungsgehalt zukommt ist umstritten[968]. Letztlich wäre er auch auf Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie zu übertragen[969].

Als ausgenommene Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen lassen sich auch solche begreifen, die aufgrund privativer Tariftreue in schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien geregelt sind. Die Dienstleistungsrichtlinie beschränkt die ausgenommenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ausdrücklich nicht auf solche, die in (echten) Tarifverträgen ausgehandelt wurden. Der Ausnahmetatbestand ist weit zu verstehen.

Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich bei privativer Tariftreue nicht um Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der tariflich erfassten Arbeitnehmer handelt, mithin derjenigen der Tariftreuegläubiger, sondern Dritten Tariftreue aufgezwängt wird. Es ist nicht danach zu fragen, ob Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach nationalem Recht wirksam auf Dritte erstreckt werden könnten, solange es sich nur um Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen handelt. Da eine Sperrwirkung des Unionsrechts nicht entgegensteht, ist eine europäische Antwort zu suchen. Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wären nur dann nicht aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen, wenn es sich auch nach europäischem Verständnis um keine Arbeits- oder Beschäftigungsbedingung mehr handeln kann. Im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie gibt deren Art. 3 Hinweise[970]. Im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie ist die Dienstleistungsrichtlinie aber wegen ihrer Art. 17 Nr. 2, Art 3 Abs. 1 lit. a von vornherein nicht anwendbar[971].

966 Zur politischen Notwendigkeit: Buchinger/*Michner*/Müller, Dienstleistungsrichtlinie, S. 95.
967 *Calliess/Korte*, § 5 Rn. 283.
968 Dagegen: *Calliess/Korte*, § 6 Rn. 30; dafür offenbar: Schlachter/Ohler/*Schmidt-Kessel*, Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 16.
969 Oben § 5 A. II. 1, S. 199.
970 Oben § 5 A. I. 1, S. 192.
971 Oben § 5 A. II. 2. c. aa, S. 204.

Die dem Tariftreueschuldner aufgedrängte Tariftreuepflichten *gegenüber seinen Arbeitnehmern* durch den Tariftreuegläubiger lassen sich letztlich noch als Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen verstehen. Anders wäre es beispielsweise bei dem »Tarifvertrag«, der verlangte, bei der Waldarbeit nur Motorsägen-Kettenöle mit dem Umweltzeichen »Blauer Engel« zu verwenden[972].

3. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue fällt damit aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie heraus, da es um die Regelung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geht.

III. Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung Vorgaben für privative Tariftreue hinsichtlich der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner enthält.

Sie regelt in Art. 1 ff. allgemeine Diskriminierungsverbote im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung, in Art. 7 ff. solche hinsichtlich der Ausübung der Beschäftigung und der damit verbundenen Vergünstigungen. Nach Art. 7 Abs. 4 Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung sind Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstige Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bestimmungen vorsehen oder zulassen.

Unabhängig von der Frage, inwieweit privative Tariftreue hinsichtlich der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner überhaupt in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fällt[973], ist jedenfalls festzustellen, dass privative Tariftreue inländische wie entsandte Arbeitnehmer unmittelbar und mittelbar gleich behandelt. Tariftreueschuldner müssen bestimmte Arbeitsbedingungen gewähren. Das betrifft in- sowie ausländische Arbeitnehmer gleichermaßen und belastet EU-ausländische Arbeitnehmer auch nicht faktisch überwiegend. Ein Verstoß gegen den Inländergleichbehandlungsanspruch und damit auch gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung scheidet daher aus.

IV. Leiharbeitsrichtlinie

Schließlich ist die Leiharbeitsrichtlinie zu beachten, die privative Tariftreue freilich nur punktuell erfasst, soweit Arbeitnehmerüberlassung in

972 Oben § 1 B. III, S. 34.
973 Dazu unten § 5 B. III. 2, S. 276.

Frage steht. Sie enthält in Art. 4 Abs. 1 eine sekundärrechtliche Bestimmung, wonach Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können. Dieses sekundärrechtliche Beschränkungsverbot gilt auch bei reinen Inlandssachverhalten. Die Leiharbeitsrichtlinie lässt die Entsenderichtlinie unberührt (Erwägungsgrund 22 Leiharbeitsrichtlinie) und geht der Dienstleistungsrichtlinie nach deren Art. 2 Abs. 2 lit. e vor. Fraglich ist, ob privative Tariftreue im Bereich der Leiharbeit gegen Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie verstößt.

1. Anwendungsbereich

Um privative Tariftreue im Bereich der Leiharbeit an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie zu messen, müsste sie in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fallen.

a. Schutzbereich

Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie schützt den »Einsatz von Leiharbeit«.

aa. Leiharbeit

Der Begriff der Leiharbeit wird in der Leiharbeitsrichtlinie indes nicht eigens definiert, vielmehr umschreibt die Leiharbeitsrichtlinie den Anwendungsbereich in Art. 1 Abs. 1, wonach sie für Arbeitnehmer (Art. 3 Abs. 1 lit. a Leiharbeitsrichtlinie) gilt, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. Leiharbeitsunternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. b Leiharbeitsrichtlinie) und entleihende Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. d Leiharbeitsrichtlinie) in diesem Sinne sind nach Art. 1 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie öffentliche und private Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht.

Begrifflich erfasst die Leiharbeitsrichtlinie damit Unternehmen die nach deutschrechtlichem Verständnis Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG betreiben und als Tariftreueschuldner in den »Regelungsbereich« privativer Tariftreue fallen.

bb. Einsatz

Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie schützt vor Verboten und Einschränkungen des *Einsatzes* von Leiharbeitnehmern und meint damit nicht die reine Überlassung (Art. 3 Abs. 1 lit. e Leiharbeitsrichtlinie) sondern das wirtschaftliche Gebrauchen der Leiharbeit als Instrument zur Verfolgung

unternehmerischer Zwecke und konkretisiert das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRC[974].

Damit ist Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie primär auf den Schutz des entleihenden Unternehmens ausgerichtet, der Leiharbeit als gleichwertiges Beschäftigungsinstrument zu anderen Beschäftigungsformen nutzt[975]. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie schützt aber auch das Leiharbeitsunternehmen, wie sich schon aus dem (Teil-)Ziel in Art. 2 Leiharbeitsrichtlinie ergibt, Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anzuerkennen und einen angemessenen Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festzulegen (vgl. auch Erwägungsgründe 9, 11 und 12 Leiharbeitsrichtlinie); darüber hinaus hindern Verbote und Beschränkungen der Leiharbeit *per se* deren Einsatz[976].

Das Beschränkungsverbot teilharmonisiert darüber hinaus die gewerberechtliche Zulässigkeit der Leiharbeit. Während Verbote und Beschränkungen den restriktiven Rechtfertigungsvoraussetzungen des Abs. 1 unterliegen, bleiben die nationalen Anforderungen hinsichtlich Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanzieller Garantien und Überwachung nach Abs. 4 unberührt. Das überlässt den Mitgliedstaaten weiterhin eine weitreichende Ausgestaltungskompetenz der gewerberechtlichen Zulässigkeit, die allerdings den Einsatz von Leiharbeit (auch faktisch) nicht verbieten darf[977].

b. Adressatenstellung

aa. Keine unmittelbare Bindung Privater

Fraglich ist indes, inwieweit das Verbot auch unmittelbar Behinderungen des Einsatzes von Leiharbeit durch Private entgegensteht. Die Leiharbeitsrichtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet (Art. 14 Leiharbeitsrichtlinie, Art. 288 Abs. 3 AEUV), die die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, um der Leiharbeitsrichtlinie nachzukommen (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 Leiharbeitsrichtlinie). Privates Handeln ist an Sekundärrechtsakten grundsätzlich nicht zu messen[978]. Dies soll insbesondere auch für die Leiharbeitsrichtlinie gelten[979]. Es bliebe daher nur die mitgliedstaatliche Schutzpflicht.

Deswegen bestimmt auch Art. 4 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie, dass die Mitgliedstaaten etwaige Beschränkungen der Leiharbeit in ihren Rechtsvor-

974 Ausführlich *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 154.
975 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 155.
976 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 155 f.
977 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 156.
978 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 112, 115 ff.
979 *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, § 18 Rn. 8.

schriften, Tarifverträgen und Gepflogenheiten überprüfen müssen, um festzustellen, ob sie mit den genannten Allgemeininteressen gerechtfertigt werden können. Etwas anderes könnte sich nur aus Art. 4 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie ergeben, wonach die Überprüfung solcher Einschränkungen oder Verbote, die durch Tarifverträge festgelegt sind, von denjenigen Sozialpartnern durchgeführt werden kann, die die einschlägige Vereinbarung ausgehandelt haben. Allerdings setzt dies – wie bei der Dienstleistungsrichtlinie[980] – voraus, dass es sich um »Tarifverträge« im deutschrechtlichen Sinne handelt, was bei schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen nicht der Fall ist.

bb. Grundfreiheitenkonkretisierung

Aber auch für die Leiharbeitsrichtlinie gilt: Formt das Beschränkungsverbot des Art. 4 Abs. 1 die Dienstleistungsfreiheit aus und enthält es einen vollwertigen anwendbaren Rechtssatz, so ist es, soweit die Drittwirkung der Grundfreiheit reicht, auch zwischen Privaten zu prüfen[981]. Da grenzüberschreitende privative Tariftreue eine kollektive Marktverhaltensregel aufstellt, die zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zwischen Privaten führt[982], stellt sich nur die Frage, ob und in welchem Umfang Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie eine Regelungswirkung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit entfaltet.

[1] Schutz der Leiharbeitnehmer

Die Leiharbeitsrichtlinie ist hauptsächlich auf die Kompetenzen im Rahmen der Sozialpolitik nach Art. 137 Abs. 2 EG a.F. (jetzt: Art. 153 Abs. 2 AEUV) gestützt. Allerdings schließt die Zitierung dieser Kompetenzgrundlage nicht aus, dass auch andere Kompetenzgrundlagen (beispielsweise die Koordinationskompetenz der Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 2 Satz 1 und 3 EG a.F. [jetzt: Art. 62 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 AEUV] oder die Liberalisierungskompetenz nach Art. 52 EG a.F. [jetzt: Art. 59 AEUV]) eine Rolle gespielt haben. In den einleitenden Worten der Richtlinie heißt es nur, sie sei »auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, *insbesondere* auf Artikel 137 Absatz 2« (Hervorhebung durch den Verfasser) gestützt. Dies scheint die belgische und die luxemburgische Delegation nicht überzeugt zu haben, die im Ausschuss der ständigen Vertreter am 29. November 2007 ihre Auffassung bestärkten, dass die Beseitigung von Hindernissen für die Leiharbeit von dieser Rechtsgrundlage streng genommen nicht

980 Oben § 5 A. II. 2. c. bb. [1], S. 205.
981 Oben § 5 A. II. 2. a, S. 201.
982 Unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.

abgedeckt würde[983]. Zudem legt Erwägungsgrund 22 nahe, dass den rechtsetzenden Organen der Union eine Regelungswirkung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit bewusst war. Denn danach sollte die vorliegende Richtlinie »im Einklage mit den Vorschriften des Vertrags über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, [...] umgesetzt werden«.

Betrachtet man hingegen das Ziel der Leiharbeitsrichtlinie, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem unter anderem Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt und dadurch Arbeitsplätze geschaffen werden (Art. 2 Leiharbeitsrichtlinie), zeigt sich, dass die Anerkennung der Leiharbeit nicht (nur) als Binnenmarktziel verstanden werden muss. Vielmehr soll durch das Bekenntnis auf europäischer Ebene primär der Leiharbeitssektor als legitimer und professioneller Wirtschaftszweig etabliert werden[984] und die Leiharbeit als gleichwertiges Beschäftigungsinstrument neben anderen Beschäftigungsinstrumenten stehen[985]. Auch der von der Leiharbeitsrichtlinie verfolgte *Flexicurity*-Grundsatz[986] bezieht sich weniger auf den grenzüber-

983 Rat der Europäischen Union 29.11.2007, Bericht des Ausschusses der ständigen Vertreter (1. Teil) betreffend den Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern – 15686/07 – http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st15/st15686.de07.pdf, S. 4.

984 Europäisches Parlament, Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten 23.10.2002, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern (KOM(2002) 149 – C5-0140/2002 – 2002/0072(COD)) – Endgültig A5-0356/2002 – http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2002-0356+0+DOC+PDF+V0//DE, S. 40; Europäisches Parlament, Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten 8.10.2008, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit (10599/2/2008 – C6-0327/2008 – 2002/0072(COD)) – A6-0373/2008 – http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2008-0373+0+DOC+PDF+V0//DE, S. 6.

985 Ausführlich: *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 145 ff.

986 Europäische Kommission 20.3.2002, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern – KOM(2002) 149 endg. – http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2002/com2002_0149de01.pdf, S. 2; siehe schon die Ziele in Nr. 15 und 32 der Europäischen Sozialagenda auf der Tagung des Europäischen Rates in Nizza am 7., 8. und 9.12.2000 angenommen – 2001/C 157/02 – ABl. 2001, C 157/2, 4 ff.; zuvor schon der Beschluss des Rates vom 19.1.2001 über die Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Jahr 2001 – 2001/63/EG – ABl. 2001, L 22/18 sowie die Empfehlung des Rates vom 15.6.2001 zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Mit-

schreitenden Dienstleistungsverkehr, sondern ist Ausdruck europäischer Arbeitsmarktpolitik (siehe Erwägungsgründe 8, 9, 11 und 12 Leiharbeitsrichtlinie).

[2] Verwirklichung des Binnenmarktes

Das schließt es freilich nicht aus, dass die Anerkennung der Leiharbeit zumindest auch der Verwirklichung des Binnenmarktes dient. Schon der ursprüngliche Vorschlag der Kommission vom 20. März 2002 führt in seiner Begründung aus, dass die Richtlinie die Präzisierung und Angleichung der für die Überlassung von Arbeitskräften geltenden einzelstaatlichen Bedingungen beabsichtige und als Fortschreibung der bereits für die grenzüberschreitende Entsendung von Leiharbeitnehmern geltenden Bestimmungen verstanden werden kann; daher sei es nur folgerichtig, dass im Rahmen eines echten Binnenmarktes, die Vorschriften für die Überlassung von Arbeitskräften angeglichen würden, unabhängig davon, ob jene im Inland oder im Ausland erfolge[987]. Auch der Bericht des Ausschusses für Beschäftigung vom 23. Oktober 2002 legt in seiner allgemeinen Begründung dar, dass sich die Heterogenität der mitgliedstaatlichen Bestimmungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes auswirkt[988]. Richtigerweise zeigt Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie daher auch Wirkungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit[989].

[3] Kein Widerspruch zum Inlandskonzept der Leiharbeitsrichtlinie

Dieses Verständnis steht nicht im Widerspruch zu der grundsätzlichen Konzeption der Leiharbeitsrichtlinie, nur Inlandssachverhalte zu regeln und Fälle grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung der Entsenderichtlinie zu überlassen[990].

Denn Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie regelt anders als Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie keine regelmäßig dem Heimatrecht zugewiesene Arbeitsbedingung, sondern schafft eine Teilharmonisierung der gewerberechtlichen Komponente der Leiharbeit. Da dem Gewerberecht maßgeblich eine Überwa-

gliedstaaten und der Gemeinschaft – 2001/483/EG – ABl. 2001, L 179/1; siehe auch die erneuerte Sozialagenda der Europäischen Kommission vom 2.7.2008 – KOM(2008) 412 endg. – http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0412:FIN:DE:PDF, S. 10.

987 Europäische Kommission 20.3.2002 (Fn. 986), S. 11.

988 Europäisches Parlament, Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten 23.10.2002 (Fn. 984), S. 45.

989 Im Ergebnis auch *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 158.

990 Unten § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [b], S. 226.

chungsfunktion zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zukommt, zählt es hauptsächlich zum öffentlichen Recht[991] und das anwendbare Recht bestimmt sich nach dem internationalen öffentlichen Recht, das dem Territorialitätsprinzip folgt[992]. Die Anwendung (inländischer) öffentlich-rechtlicher Normen ergibt sich damit in der Regel automatisch aus der Umschreibung der Tatbestände, soweit eine ausdrückliche, den Anwendungsbereich festlegende, Kollisionsnorm fehlt[993]. Anders als die arbeitsrechtlichen Erfordernisse grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung, die sich anhand des internationalen Privatrechts grundsätzlich nur nach *einer* der beiden Rechtsordnungen richten, sind die gewerberechtlichen Voraussetzungen *beider* Rechtsordnungen einzuhalten[994]. Das bedeutet, dass ausländische Verleiher, die Arbeitnehmer nach Deutschland überlassen möchten, neben der eventuell erforderlichen Verleiherlaubnis nach ihrem Heimatrecht, auch eine Verleiherlaubnis nach deutschem Recht benötigen und verstößt nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit[995]. Deswegen sind Art. 4 und Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie grundverschieden zu behandeln und steht das Inlandskonzept des Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie der grundfreiheitenkonkretisierenden Wirkung des Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie nicht entgegen.

[4] Gebot aus Dienstleistungsfreiheit

Ginge man davon aus, Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie bezöge sich nicht auf den Rechtfertigungsmaßstab bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, wären deutsche Beschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung dennoch an Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie zu messen, der ein allgemeines Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerüberlassung enthält[996]. Deutschen Bestimmungen wäre es allerdings verwehrt, strengere Maßstäbe für ausländische wie für inländische Verleiher aufzustellen, selbst wenn beide *je für sich* mit Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie vereinbar wären. Denn die Dienstleis-

991 BeckOK-GewR/*Pielow*, § 1 GewO Rn. 3.

992 BSG 29.6.1984 – 12 RK 38/82 – EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 31; LAG Hessen 28.8.1981 – 13 Sa 50/81 – EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 11; Schüren/*Riederer von Paar*, Einl. Rn. 643; *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 1; *Schnorr*, ZfA 1975, 143, 150 ff.; *Boemke*, BB 2005, 266.

993 MünchKommBGB/*Sonnenberger*, EGBGB Zweites Kapitel. Internationales Privatrecht Einl. Rn. 389.

994 *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 1; ErfKomm/*Wank*, Einl. AÜG Rn. 48; *Boemke*, BB 2005, 266; zu den Friktionen bei widersprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen der beteiligten Rechtsordnungen: Schüren/*Riederer von Paar*, Einl. Rn. 648 ff.

995 BayObLG 26.2.1999 – 3 ObOWi 4/99 – wistra 1999, 277, 278; siehe auch EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80 »Webb« – Slg. 1981, 3305 Rn. 19.

996 Oben § 5 A. IV, S. 208.

tungsfreiheit verbietet auch in diesem Fall jede Schlechterstellung des EU-ausländischen Verleihers.

In diesem Fall könnte sich aber das Problem stellen, dass Gründe des Allgemeininteresses zwar geeignet sein könnten, einen Verstoß gegen die Leiharbeitsrichtlinie zu rechtfertigen, die Rechtfertigung eines potentiellen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit aber daran scheitert, dass die Gründe des Allgemeininteresses nicht *zwingend* sind[997]. Eine nach der Leiharbeitsrichtlinie zulässige Ausgestaltung gegenüber dem ausländischen Verleiher kann aber nicht aus demselben Grund – Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung – an der Dienstleistungsfreiheit scheitern. In diesem Fall wäre Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie primärrechtswidrig. Allerdings steht auch dem europäischen Sekundärrechtsetzer eine Einschätzungsprärogative zu[998], die durch die Maßstababsenkung nicht überschritten wurde.

Überzeugender ist es daher, den Binnenmarktbezug aufzugreifen und die Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit EU-ausländischer Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen am Maßstab des Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie zu prüfen.

[5] Reichweite der Regelungswirkung

Fraglich ist allerdings, wie weit die Regelungswirkung des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie reicht. Er verbietet einerseits das Verbot von Leiharbeit im Sinne einer Institutsgarantie, andererseits aber auch bloße Einschränkungen. Hierzu wird vertreten, dass diese Differenzierung die von den Grundfreiheiten bekannte Differenzierung zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot aufgreift[999]. Das trifft es nicht exakt.

Richtig ist, dass das Beschränkungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie – unbeschadet seiner speziellen Ausprägungen – wie das primärrechtliche Beschränkungsverbot zu prüfen ist[1000]. Das folgt aus dem eröffneten Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.

Verbots-Verbot und Einschränkungsverbot konkretisieren hingegen (nur) das Beschränkungsverbot des Art. 56 Abs. 1 AEUV. Das Verbots-Verbot ist zum Diskriminierungsverbot gänzlich verschieden und Teil des Beschränkungsverbots. Denn jedes Verbot ist zugleich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, da sie es den Dienstleistungsberechtigten schwerer – mithin unmöglich – macht, die Dienstleistung zu erbringen oder zu

997 Zur materiellen Maßstabsabsenkung durch Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie unten § 5 A. IV. 3. a, S. 234.
998 Dazu *Rödl*, EuZW 2011, 292, 295 mit weiteren Nachweisen.
999 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 157.
1000 Schon *Franzen*, ZAS 2011, 255, 261.

empfangen. Gleichzeitig können Verbote diskriminierungsfrei sein, wenn sie ausländischen wie inländischen Leiharbeitsunternehmen die Überlassung von Leiharbeitsunternehmen gleichermaßen verbieten. Schließlich sind Diskriminierungen möglich, die tatsächlich keine Beschränkung sind, beispielsweise wenn ausländische Verleiher zur Zahlung eines Stundenlohns von mindestens 0,20 Euro, inländische Verleiher hingegen nur zur Zahlung eines Mindeststundenlohns von 0,10 Euro verpflichtet werden.

Eine Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots findet daher nicht statt, sondern bleibt der primärrechtlichen Prüfung überlassen. Hinsichtlich des Beschränkungsverbots enthält Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie hingegen eine abschließende Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit, die einen Rückgriff auf das Primärrecht sperrt[1001].

cc. Zwischenergebnis

Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie ist als dienstleistungsfreiheitkonkretisierende sekundärrechtliche Bestimmung zur Prüfung von Akten Privater berufen, soweit sie auch der primärrechtlichen Ausprägung der Dienstleistungsfreiheit unterlägen. Insoweit enthält Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie eine abschließende Ausgestaltung des *Beschränkungs*verbots und verbietet einen Rückgriff auf Art. 56 ff. AEUV. Das Diskriminierungsverbot bleibt hingegen primärrechtlicher Prüfung vorbehalten.

c. Kein Schutz reiner Inlandssachverhalte

Das sekundärrechtliche Beschränkungsverbot gilt auch bei reinen Inlandssachverhalten[1002]. Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten setzt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH hingegen einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus[1003].

Die Dienstleistungsfreiheit schützt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 57 Abs. 3 AEUV den Fall, dass sich der Leistende vorrübergehend in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dem dort ansässigen Leistungsempfänger eine Dienstleistung zu erbringen (aktive Dienstleistungsfreiheit). Art. 56 Abs. 1 AEUV erfasst aber auch den Fall, dass sich der Dienstleistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort eine Dienstleistung zu empfangen (passive Dienstleistungsfreiheit)[1004]. In sei-

1001 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 158, 257.

1002 Oben § 5 A. IV, S. 208.

1003 Für die Dienstleistungsfreiheit: EuGH 18.3.1980 – Rs. 52/79 »Debauve« – Slg. 1980, 833 Rn. 9; EuGH 23.4.1991 – Rs. C-41/90 »Höfner und Elser« – Slg. 1991, I-1979 Rn. 37; EuGH 16.1.1997 – Rs. C-134/95 »USSL« – Slg. 1997, I-195 Rn. 19.

1004 EuGH 31.1.1984 – verb. Rs. 286/82 und 26/83 »Luisi und Carbone« – Slg. 1984, 377 Rn. 10.

ner Entscheidung in der Rechtsache »Koestler« bezog der EuGH schließlich auch Fälle ein, in denen nur die Dienstleistung die Grenze überschreitet (Korrespondenzdienstleistung)[1005]. Auch die Korrespondenzdienstleistung wird aktiv wie passiv gewährleistet[1006].

Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung ist dabei richtigerweise als Korrespondenzdienstleistung einzuordnen[1007]. Soweit sie grenzüberschreitend erfolgt, ist sie damit von der Dienstleistungsfreiheit geschützt[1008].

Die von Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie erfassten Fälle der Beschränkung reiner Inlandssachverhalte, unterliegen hingegen mangels grenzüberschreitenden Sachverhalts nicht den Grundfreiheiten. Insoweit fehlt Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie die grundfreiheitenkonkretisierende Wirkung. Mitgliedstaatliche Beschränkungen nach Ablauf der Umsetzungsfrist können freilich nach den Grundsätzen der unmittelbaren vertikalen Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen[1009] an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie scheitern. Schwierig bleibt die unmittelbare Anwendbarkeit allerdings gegenüber Privaten. Insoweit bleibt es bei der mitgliedstaatlichen Schutzpflicht dafür zu sorgen, dass der Einsatz von Leiharbeit nicht durch privative Tariftreue unangemessen beschränkt wird.

d. Zwischenergebnis

Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie schützt grundsätzlich inländische wie ausländische Entleiher und Verleiher, die durch privative Tariftreue an der Arbeitnehmerüberlassung gehindert werden. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie ist als dienstleistungsfreiheitkonkretisierende sekundärrechtliche Bestimmung zur Prüfung von Akten Privater berufen, da privative Tariftreue eine kollektive Marktverhaltensregel aufstellt, die zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zwischen Privaten führt[1010].

Hinsichtlich Beschränkungen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung enthält Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie damit eine abschließende Ausgestaltung und verbietet einen Rückgriff auf Art. 56 ff. AEUV. Das Diskriminierungsverbot bleibt hingegen primärrechtlicher Prüfung vorbehalten.

1005 EUGH 24.10.1978 – Rs. 15/78 »Koestler« – Slg. 1978, 1971 Rn. 3.
1006 *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 31; Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 42.
1007 Oben § 5 A. I. 2, S. 193.
1008 Oben § 5 A. II. 2. b, S. 203.
1009 EuGH 17.12.1970 – Rs. 33/70 »SACE« – Slg. 1970, 1213 Rn. 10; EuGH 4.12.1974 – Rs. 41/74 »van Duyn« – Slg. 1974, 1337 Rn. 12; EuGH 5.4.1979 – Rs. 148/78 »Ratti« – Slg. 1979, 1629 Rn. 18 ff.
1010 Unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.

Reine Inlandssachverhalte sind mangels grundfreiheitenkonkretisierender Wirkung nicht direkt an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie zu messen. Verstößt privative Tariftreue im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung gegen Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, so sind die Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihres nationalen Rechtes dergestalt verpflichtet, dass es privative Tariftreue im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung auch für reine Inlandssachverhalte verbietet.

2. Tatbestand

Es stellt sich daher die Frage, ob privative Tariftreue hinsichtlich grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung den Tatbestand des Beschränkungsverbots des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie erfüllt.

a. Beschränkungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie

Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie schützt vor Verboten und Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit. Wie ausgeführt, handelt es sich auch beim Verbots-Verbot um eine Ausprägung des Beschränkungsverbots[1011], das daher einheitlich geprüft werden kann. Verboten sind nach der vom EuGH hergeleiteten Formel zur Dienstleistungsfreiheit sämtliche Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für In- wie für Ausländer gelten –, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern[1012]. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sie eine marktabschottende Wirkung entfalten[1013]. Ein ganz besonders strenger Maßstab ist bei Korrespondenzdienstleistungen anzulegen[1014]. Sie stehen der Warenverkehrsfreiheit[1015] sehr nahe, da nur das »Produkt«, mithin der überlassene Arbeitnehmer, die Grenze überschreitet[1016].

b. Abstrakte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Dass die genannten Beispiele in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bisher zu keinen bekannten *konkreten* Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit geführt haben, steht dem Beschränkungstatbestand nicht entgegen. Um einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten zu bejahen, genügt es, dass die Beschränkung *abstrakt* möglich ist; sie muss nur *geeignet*

1011 Oben § 5 A. IV. 1. a. bb, S. 209.
1012 EuGH 25.7.1991 –Rs. C-76/90 »Säger« – Slg. 1991, I-4221 Rn. 12.
1013 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn. 177.
1014 Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 91.
1015 Unten § 5 B. II, S. 263.
1016 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 57 AEUV Rn. 54.

sein, die Grundfreiheit zu unterbinden oder zu behindern[1017]. Zu prüfen ist daher, ob mit Tariftreueregelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen eine relevante Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit verbunden sein *kann*. Der Tatbestand scheidet nur aus, wenn eine Beschränkung von vornherein undenkbar ist, etwa weil ein grenzüberschreitender Sachverhalt ausgeschlossen ist oder die potentielle Beschränkungswirkung nicht spürbar werden kann.

c. Verlust komparativer Lohnkostenvorteile und Leiharbeitsbegrenzung

Ausländische Verleiher könnten durch privative Tariftreue faktisch gezwungen sein, ihren Arbeitnehmern höhere Entgelte zu zahlen, um mit Tariftreuegläubigern zu kontrahieren. Im Bereich der befristeten Überlassung von Arbeitskräften und der sonstigen Überlassung von Arbeitskräften schlagen die Personalkosten mit rund 70 Prozent zu Buche[1018], sodass sich die Personalkostenerhöhung empfindlich auf das Überlassungsentgelt auswirkt[1019].

Zwar könnte man argumentieren, ausländische Verleiher seien gar nicht belastet, da die zusätzlichen Personalkosten ohnehin regelmäßig im Überlassungsentgelt aufgingen[1020]. Dennoch verlieren sie durch das künstlich hohe Lohnniveau ihren Wettbewerbsvorteil aufgrund potentiell geringerer Lohnkosten gegenüber inländischen Dienstleistern (Verlust komparativer Lohnkostenvorteile)[1021]. Dieser Lohnkostenwettbewerb ist vom Unionsrecht grundsätzlich anerkannt[1022].

1017 EuGH 25.7.1991 – Rs. C-76/90 »Säger« – Slg. 1991, I-4221 Rn. 12; EuGH 30.11.1995 – Rs. C-55/94 »Gebhard« – Slg. 1995, I-4165 Rn. 37; *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 201.

1018 Statistisches Bundesamt, Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich, Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften, 2010, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/DienstleistungenFinanzdienstleistungen/Branchenberichte/Vermittlung Arbeitskraefte5474119107004.pdf?__blob=publicationFile, S. 9.

1019 *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 50; *ders.*, in: Kollektive Interessenwahrnehmung, S. 55.

1020 Oben § 3 A. I. 4. a, S. 130.

1021 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 121; dazu auch *Konzen*, NZA 2002, 781, 782; kritisch zum mittelfristigen ökonomischen Erfolg solcher Modelle: *Rieble*, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 28 f.; a.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 51.

1022 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 37; *Franzen*, DZWIR 1996, 89, 94; *Selmayr*, ZfA 1996, 615, 642; *Krebber*, in: Jb.J.ZivRWiss. 1997, S. 154 f.; *Rödl*, EuZW 2011, 292, 295.

Schließlich ist zu bedenken, dass ausländischen Leiharbeitsunternehmen durch grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung zusätzliche Transaktionskosten entstehen. Ist das Lohnniveau künstlich hoch, ist es schwieriger, diese variablen Kosten durch (Lohn-)Einsparungen aufzufangen. Dadurch sinkt die Wettbewerbsfähigkeit und wird die Betätigung auf bestimmten deutschen Märkten für ausländische Leiharbeitsunternehmen weniger attraktiv[1023].

Auch der EuGH bejahte in seiner Entscheidung in der Sache »Laval« eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit eines Unternehmens, dass dazu gezwungen werden sollte, im Aufnahmestaat einem Bautarifvertrag beizutreten, der von den Regelungen der Entsenderichtlinie abwich[1024].

Gleichzeitig werden Tariftreuegläubiger dazu bestimmt, nur noch mit solchen (ausländischen) Verleihern zusammenzuarbeiten, die sich dem Tariftreuediktat unterwerfen. Das schränkt sie im »Einsatz von Leiharbeit« ein, der ihnen durch Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie garantiert wird.

d. Zwingende Bestimmungen des deutschen Arbeitsrechts

Die Beschränkung aufgrund privativer Tariftreue ist kein Ergebnis, das sich ohnehin schon aus den Regeln des internationalen Privatrechts ergeben würde.

aa. Grundsätzliche Geltung des Heimatarbeitsrechts

Nach Art. 8 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO[1025] unterliegen die Arbeitsverträge grundsätzlich der Rechtswahl und damit in aller Regel dem Recht des Mitgliedstaats, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat. Eine Rechtswahl hat allerdings nur insoweit Bestand, als Schutzbestimmungen, die dem Arbeitnehmer nach dem Arbeitsrecht zu Gute gekommen wären, das nach Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom I-VO mangels Rechtswahl anwendbar gewesen wäre, nicht unterschritten werden (Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO). Erfolgt keine Rechtswahl bestimmt Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO, dass das Recht des Staates gilt, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO wechselt der Staat, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorrübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Nach Erwägungsgrund 36 Rom I-VO soll

1023 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 122.
1024 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 99.
1025 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als vorrübergehend gelten, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt. Es kommt auf den Rückkehrwillen des Arbeitnehmers und den Rücknahmewillen des Arbeitgebers an[1026], die durch eine subjektive *ex ante*-Sicht zu beurteilen sind[1027]. Wird das anwendbare Recht weder durch Rechtswahl, noch durch den Ort der gewöhnlichen Verrichtung bestimmt, unterliegt der Vertrag gemäß Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO bestimmt schließlich, dass eine engere Verbindung zu einem anderen Staat den vorgenannten Bestimmungen (mit Ausnahme der Rechtswahl) vorgeht.

Nach den vorgenannten Regeln des Art. 8 Rom I-VO greift damit bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung in aller Regel das Heimatsarbeitsrecht des Leiharbeitsunternehmens[1028]. Es ist nur zu beachten, dass (mangels Rechtswahl) nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO das Recht des Zielstaats Anwendung finden kann, wenn der Arbeitnehmer nur an Entleiher in einem bestimmten Staat überlassen werden soll und keine engere Verbindung (Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO) zum Arbeitgeberstaat besteht[1029]. Bei wechselndem Verleih in unterschiedliche Staaten knüpft man hingegen gemäß Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO an das Recht des Staates an, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat[1030].

bb. Überschreitung zwingender Arbeitsbedingungen

Freilich können zwingende deutsche Arbeitsbedingungen Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO sein und damit auch für Arbeitsverhältnisse zwischen einem Verleihunternehmen mit Sitz im Ausland und seinen im Inland beschäftigten Leiharbeitnehmern gelten. In der Regel werden damit aber die durch Tariftreue verlangten Arbeitsbedingungen nicht erreicht, sodass nicht nur die ohnehin geltende Rechtslage wiedergeben, sondern »mehr« verlangt wird.

1026 *Mankowski*, IHR 2008, 133, 145.

1027 MünchKommBGB/*Martiny*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 56; *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 107.

1028 *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 19; *Franzen*, DZWir 1996, 89, 92; *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505, 506; *Krebber*, ZEuP 2001, 365, 375.

1029 *Boemke/Lembke*, Einl. Rn. 18; *Hanau*, NJW 1996, 1369, 137; *Hickl*, NZA 1997, 513, 518; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 616; *Boemke*, BB 2005, 266, 268; *Bayreuther*, DB 2011, 706, 708; *Franzen*, EuZA 2011, 451, 456.

1030 *Boemke/Lembke*, Einl. Rn. 17; Kronke/Melis/Schnyder/*Franzen*, Teil N Arbeitsrecht Rn. 56; Reithmann/*Martiny*, Rn. 4856; *Franzen*, DZWir 1996, 89, 89; *ders.*, EuZA 2011, 451, 456; *ders.*, ZAS 2011, 255, 260.

[1] Allgemeine Arbeitsbedingungen im Sinne des § 2 AEntG

Nach § 2 AEntG finden die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen und in den Nr. 1 bis 7 einzeln aufgezählten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen[1031] auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern zwingend Anwendung. Das ist eine Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster Spiegelstrich Entsenderichtlinie[1032] und legt fest, dass die entsprechenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO sind[1033]. § 2 AEntG gilt in allen Wirtschaftsbereichen und nicht nur in den gemäß § 4 AEntG speziell aufgeführten Branchen[1034].

§ 2 Nr. 1 AEntG nennt Regelungen über Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze und greift Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Entsenderichtlinie auf. Mindestentgeltsätze in diesem Sinne sind solche des MiArbG, sowie die »angemessene Vergütung« für Auszubildende nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG. Umstritten ist, ob darunter auch die Lohnwucherrechtsprechung des BAG fällt[1035].

Tariftreueverlangen zielen auf die Durchsetzung bestimmter Arbeitsbedingungen beim Tariftreueschuldner. Mit Mindestarbeitsentgelten nach dem MiArbG können sie deswegen schon nicht in Berührung kommen, da es bisher noch nicht angewendet wurde. Unabhängig davon, dass für Leiharbeitnehmer die »angemessene Vergütung« für Auszubildende nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG keine Rolle spielt, wird sie in aller Regel ebenfalls unter dem liegen, was die Tariftreueforderung vorsieht; die Lohnwuchergrenze spiegelt schließlich ohnehin nie die Wunschlohnhöhe wider[1036].

1031 Dazu *Franzen*, EuZA 2011, 451, 459.

1032 *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 2 AEntG Rn. 1; *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2131.

1033 *Ulber*, AEntG, § 2 Rn. 3; *Thüsing*, AEntG, § 2 Rn. 2; *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 2 AEntG Rn. 5; ErfKomm/*Schlachter*, § 2 AEntG Rn. 1; BeckOK-ArbR/*Gussen*, § 2 AEntG Rn. 1; *Temming*, RdA 2005, 186, 190; *Joussen*, ZESAR 2009, 355, 358.

1034 BeckOK-ArbR/*Gussen*, § 2 AEntG Rn. 3.

1035 Dafür: ArbG Bielefeld 2.12.2008 – 3 Ca 2703/08 – IPRspr. 2008 Nr. 49, 161, 166 f. *Ulber*, AEntG, § 2 Rn. 16; *Thüsing*, AEntG, § 2 Rn. 7; *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 2 AEntG Rn. 12; *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 5; Henssler/Willemsen/Kalb/*Tillmanns*, § 2 AEntG Rn. 5; ErfKomm/*Schlachter*, § 2 AEntG Rn. 2; Däubler/*Lakies*, Anhang 2 zu § 5 TVG § 2 AEntG Rn. 6; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 616; *ders.*, RIW 2000, 255, 258; *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007 87, 97; dagegen: *Temming*, RdA 2005, 186, 190; *Bayreuther*, NZA 2010, 1157, 1158; *ders.*, DB 2011, 706, 707; *Franzen*, ZESAR 2011, 101, 102 ff.; zweifelnd auch *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 146.

1036 Oben § 1 D. I. 1, S. 42.

Damit übersteigen Tariftreueverlangen in aller Regel bestehende Mindestentgeltsätze nach § 2 Nr. 1 AEntG.

[2] Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, §§ 3 ff. AEntG

[a] Erstreckung

Nicht von § 2 Nr. 1 AEntG erfasst sind allgemeinverbindliche Tarifverträge nach § 5 TVG, Mindestlohnverordnungen nach § 7 AEntG und die Sondervorschriften für die Pflegebranche nach §§ 10 ff. AEntG[1037]. Sie sind keine Rechts- oder Verwaltungsvorschriften im Sinne des § 2 AEntG. Das folgt aus der Konzeption des AEntG, das zwischen »Allgemeinen Arbeitsbedingungen« (§ 2) und »Tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen« (§§ 3 ff.) unterscheidet, wobei zu letzteren auch Mindestlohnverordnungen nach § 7 AEntG zählen (vgl. § 3 AEntG). Diese Differenzierung greift die Systematik der Entsenderichtlinie auf, die zwischen »durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften« und »durch für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen« in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 erster und zweiter Spiegelstrich unterscheidet[1038].

Dennoch sind die Tarifverträge für entsandte Arbeitnehmer unter den in §§ 4 bis 6 AEntG beschriebenen Voraussetzungen zu beachten, soweit entsprechende allgemeinverbindliche Tarifverträge oder Mindestlohnverordnungen existieren[1039]. § 3 AEntG bestimmt als Grundnorm, dass die im AEntG geregelten tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen ebenfalls international zwingend anwendbare Normen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO sind[1040], wobei teilweise auch vertreten wird, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge *per se* zwingend im vorgenannten Sinne seien, und § 3 AEntG nur klarstellende Funktion zukäme[1041]. Nach Erwägungsgrund 34

1037 Zum Rechtsschutz hiergegen: *Latzel/Serr*, ZfA 2011, 391; auch *Ramstetter*, Mindestlöhne vor Gericht, S. 85 ff.

1038 Oben § 5 A. I. 3. a. aa, S. 195; so auch *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 3 AEntG Rn. 6; vgl. auch schon *Däubler* EuZW 1997, 613, 614.

1039 EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 »Finalarte« – Slg. 2001, I-7831; EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99 »Portugaia Construções« – Slg. 2002, I-787; BAG 20.7.2004 – 9 AZR 343/03 – NZA 2005, 114.

1040 RegE AEntG 2009 (Fn. 906), S. 11; auch schon der Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 25.9.1995, BT-Drucks. 13/2414, S. 1; *Ulber*, AEntG, § 3 Rn. 2; Thüsing/*Waas*, AEntG, § 3 Rn. 4; *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 3 AEntG Rn. 7.

1041 Zum Streitstand Däubler/*Lakies*, Anhang 2 zu § 5 TVG § 1 AEntG Rn. 32 mit weiteren Nachweisen; 1977 verneinte das BAG noch die international zwingende Geltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge auf vorübergehend nach

Rom I-VO sollen all diejenigen Eingriffsnormen unberührt bleiben, die auf Grundlage der Entsenderichtlinie erlassen wurden. Zwar ist das AEntG in seiner Ursprungsfassung[1042] schon älter als die Entsenderichtlinie, galt damals aber nur für die Baubranche. Im Übrigen genügt es nach der Rechtsprechung des EuGH, dass sich die Regelung objektiv unter die Richtlinienbedingung subsumieren lässt, eines diesbezügliches Regelungszweckes bedarf es nicht[1043]. Die genannten Bestimmungen des AEntG stützen sich auf Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 zweiter Spiegelstrich Entsenderichtlinie und auch auf Art. 3 Abs. 10 zweiter Spiegelstrich Entsenderichtlinie, der es den Mitgliedstaaten freistellt, auch in anderen Branchen als der Bauwirtschaft bestimmte Arbeitsbedingungen zu erstrecken[1044]. Die Leiharbeit ist nach herrschender Meinung eine eigene Branche[1045], die nach § 4 AEntG jedoch nicht ins AEntG einbezogen wurde.

[b] Leiharbeitnehmergleichstellung

Nach § 8 Abs. 3 AEntG sind die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen allerdings auch Leiharbeitnehmern zu gewähren, wenn diese mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags nach §§ 4, 5 Nr. 1 bis 3 und § 6 AEntG oder einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG fallen, d.h. der Betrieb des Entleihers in den betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt[1046]. Obzwar § 8 Abs. 3 AEntG grenzüberschreitende Sachverhalte nicht ausdrücklich nennt, erfasst er aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit § 8 Abs. 1 AEntG auch ausländische Verleiher[1047]. Ob die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig betrieben wird, ob sie erlaubnispflichtig oder etwa wegen § 1b AÜG verboten ist[1048] spielt keine Rolle, da der Verleihbegriff in § 8 Abs. 3 AEntG untechnisch zu verstehen ist[1049]. Unberührt

Deutschland entsandte jugoslawische Bauarbeiter: BAG 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – NJW 1977, 2039 f.

1042 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26.2.1996, BGBl. I 1996, S. 227.

1043 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 20.

1044 *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 3 AEntG Rn. 1.

1045 Oben § 2 A. I. 3, S. 54.

1046 BAG 21.10.2009 – 5 AZR 951/08 – NZA 2010, 237 f.

1047 *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 8 AEntG Rn. 13; Henssler/Willemsen/Kalb/*Tillmanns*, § 8 AEntG Rn. 5; ErfKomm/*Schlachter*, § 8 AEntG Rn. 5; BeckOK-ArbR/*Gussen*, § 8 AEntG Rn. 3; Däubler/*Lakies*, Anhang 2 zu § 5 TVG § 8 AEntG Rn. 38; anders noch LAG Hessen 23.10.2006 – 16 Sa 527/06 – NZA-RR 2007, 234.

1048 Zur Unionsrechtswidrigkeit des § 1b AÜG: *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 491 f.

1049 *Ulber*, AEntG, § 8 Rn. 58; Däubler/*Lakies*, Anhang 2 zu § 5 TVG § 8 AEntG Rn. 38.

durch § 8 Abs. 3 AEntG bleibt der *Equal Pay*-Grundsatz nach § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG, der jedoch nicht international zwingend im Sinne des Art. 9 Rom I-VO ist[1050]. Der § 8 Abs. 3 AEntG zugrunde liegende allgemeinverbindliche Tarifvertrag ist kein Tarifvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 Halbsatz 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG[1051].

§ 8 Abs. 3 AEntG begrenzt damit die nach Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie zugelassene deutschrechtliche Abweichungsmöglichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 Halbsatz 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG und setzt primärrechtskonform Art. 3 Abs. 10 Entsenderichtlinie um.

[c] Folge

Im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 3 AEntG bleibt Tariftreue dennoch interessant: Die Erstreckung nach § 8 Abs. 3 AEntG ist begrenzt und erfasst nur die Arbeitsbedingungen nach §§ 4 bis 6 AEntG bzw. im Falle allgemeinverbindlicher Tarifverträge gegenständlich sogar nur die Arbeitsbedingungen nach § 5 Nr. 1 bis 3 AEntG. Darüber hinaus bleibt die Tarifkluft[1052].

[3] Equal Pay-Grundsatz

[a] Streit um international zwingende Geltung

Umstritten ist, ob der *Equal Pay*-Grundsatz nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG[1053] Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 2 Nr. 4 AEntG ist und damit als international zwingende Bestimmung Art. 9 Rom I-VO unterfällt[1054]. Die herrschende Ansicht im Schrifttum bejaht dies[1055]. Die gegenteilige Auffassung stützt sich unter

1050 Dazu sogleich unter § 5 A. IV. 2. d. bb. [3], S. 225.

1051 *Ulber*, AEntG, § 8 Rn. 63.

1052 Oben § 1 D. I. 2, S. 42.

1053 Verfassungsgemäß: BVerfG (Kammer) 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 – NZA 2005, 153; kritisch etwa *Benecke*, in: Mindestlohn, S. 55 ff.

1054 Teilweise wird danach unterschieden, ob schon das Schlechterstellungsverbot international zwingend ist oder ob sich das erst aus § 2 Nr. 4 AEntG ergibt: *Boemke/Lembke*, Einl. Rn. 21; Schüren/*Riederer von Paar*, Einl. Rn. 683 ff. und 687 ff.; *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 5; *Sansone*, Gleichstellung, S. 150 f.; *Boemke*, BB 2005, 266, 269; wohl auch *Franzen*, EuZA 2011, 451, 463 f.

1055 *Thüsing*, AEntG, § 2 Rn. 38; *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, § 2 AEntG Rn. 12; Henssler/Willemsen/Kalb/*Tillmanns*, § 2 AEntG Rn. 5; *Boemke/Lembke*, Einl. Rn. 21 und Anhang I § 7 AEntG Rn. 18; *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 5; Däubler/*Lakies*, Anhang 2 zu § 5 TVG § 2 AEntG Rn. 9; BeckOK-ArbR/

anderem darauf, dass es sich bei dem *Equal Pay*-Grundsatz um eine Regelung *für das Leiharbeitsverhältnis* nicht hingegen um eine Überlassungsbedingung handelt[1056]. Unter § 2 Nr. 4 AEntG sollen dann nur die gewerberechtlichen Regelungen des AÜG fallen. Dem wird wiederum entgegengehalten, dass der *Equal Pay*-Grundsatz nicht nur Auswirkungen auf das Leiharbeitsverhältnis hat, sondern seine Einhaltung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG auch Erlaubnis- bzw. Verlängerungsvoraussetzung ist[1057] und die Behörde bei Verstößen die Erlaubnis nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG widerrufen kann. Zwar konnte der Gesetzgeber bei Erlass des § 7 Nr. 4 AEntG a.F. zum 1. Januar 1999[1058] (der § 2 Nr. 4 AEntG entspricht) noch nicht davon ausgehen, dass das Schlechterstellungsgebot unter ebendiese Regelung fällt, da es erst im Jahre 2003 eingeführt wurde[1059], § 2 Nr. 4 AEntG geht aber auf Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. d Entsenderichtlinie zurück und ist wortgleich mit dieser Bestimmung, womit die europäischen Vorgaben der Richtlinie für die Auslegung in der Vordergrund drängen[1060]. Der Wortlaut des § 2 Nr. 4 AEntG würde jedenfalls die Einbeziehung des *Equal Pay*-Grundsatzes tragen. Gegen die Qualifikation des Gleichbehandlungsgrundsatzes (gegebenenfalls i.V.m. § 2 Nr. 4 AEntG) als international zwingende Bestimmung spricht allerdings, dass § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG tarifdispositiv ausgestaltet sind und ihm daher die Schutzfunktion fehlt, die es gebietet, die Regelung unabhängig vom anwendbaren Vertragsrecht durchzusetzen[1061].

[b] Kein Gebot aus Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie

Falsch ist es jedenfalls, soweit behauptet wird, die zwingende Geltung sei durch Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie geboten[1062]. Freilich gilt der *Equal Pay*-Grundsatz in allen Mitgliedstaaten. Die Leiharbeitsrichtlinie entfaltet jedoch insoweit keinen grenzüberschreitenden Regelungsauftrag. Sie ist

---

Gussen, § 2 AEntG Rn. 5; *Sansone*, Gleichstellung, S. 152; *Boemke*, BB 2005, 266, 270; *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87, 93.

1056 Schüren/*Riederer von Paar*, Einl. Rn. 687 f.; zweifelnd auch *Boemke*, BB 2005, 266, 270; offen gelassen auch von *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 116.

1057 *Bayreuther*, DB 2011, 706, 709.

1058 Art. 10 Nr. 7 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998, BGBl. I 1998, S. 3843.

1059 Art. 6 Nr. 3 lit a, Nr. 4 lit. a, Nr. 5 lit. b des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (Fn. 58).

1060 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. d Entsenderichtlinie: *Franzen*, EuZA 2011, 451, 461 ff.

1061 *Thüsing*, AÜG, Einf. Rn. 61; Schüren/*Riederer von Paar*, Einl. Rn. 686; *Franzen*, EuZA 2011, 451, 463.

1062 So *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

(hauptsächlich) auf die Sozialkompetenz nach Art. 137 Abs. 2 EG a.F. (jetzt: Art. 153 Abs. 2 AEUV) gestützt. Das ergibt sich aus der sozialpolitischen Stellung der Leiharbeitsrichtlinie, die zusammen mit ihren Schwesterrichtlinien[1063] die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer bezweckt, die »anderen« Arbeitsformen als dem unbefristeten Arbeitsverhältnis unterliegen[1064].

Daran ändert auch nichts, dass die Leiharbeitsrichtlinie nach Erwägungsgrund 22 »im Einklage mit den Vorschriften des Vertrags über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, [...] umgesetzt werden« soll. Das betrifft nur den Rechtfertigungsmaßstab nach Art. 4 Leiharbeitsrichtlinie und ist grundverschieden zu Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie zu behandeln[1065]. Das bedeutet, dass sich aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie erlassene Regelungen nach dem Arbeitsvertragsstatut und damit in der Regel nach dem Heimatrecht des grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmers richten. Mitgliedstaaten können auf Grundlage der Leiharbeitsrichtlinie nur für Arbeitnehmer die unter *ihr* Arbeitsvertragsstatut fallen (auch wenn sie vorrübergehend in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden) Regelungen treffen. Die Reichweite des *Equal Pay*-Grundsatz richtet sich damit ausschließlich nach den *Equal Pay*-Regelungen des Heimatarbeitsrechts[1066]. Der europäische Rechtsetzer geht jedenfalls für die Leiharbeitsrichtlinie davon aus, dass die Umsetzungsmöglichkeiten des Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie grundsätzlich gleichwertig sind. Die gewählte Umsetzungsoption des einen Mitgliedstaats ist dann durch den anderen Mitgliedstaat zu achten.

[c] Zwingende Geltung als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Die international zwingenden Geltung des § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG ließe sich daher allenfalls auf Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie stützen[1067], wo

1063 Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998, L 14/9; Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. 1999, L 175/43.

1064 Siehe das Ziel in Nr. 7 Abs. 1 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9.12.1989.

1065 Oben § 5 A. IV. 1. b. bb. [3], S. 213.

1066 Nach *Franzen*, EuZA 2011, 451, 464 f. könnte die international zwingenden Geltung gar eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, weil den Schutzinteressen des Destinationsstaats bereits über Regulierungen des Herkunftsstaats Genüge getan worden ist.

1067 *Franzen*, ZAS 2011, 255, 258; auch OGH Österreich 20.1.2012 – 8 ObA 74/11g – ÖJZ 2012, 602, 603.

nach die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass Leiharbeitsunternehmen ihren Arbeitnehmern diejenigen Bedingungen garantieren müssen, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeitnehmer gelten. Nach Erwägungsgrund 22 Leiharbeitsrichtlinie bleibt die Entsenderichtlinie ausdrücklich unberührt.

Allerdings gebiete es Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie, dass sich auch ausländische Verleiher auf die Tariföffnung in § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG berufen könnten und zwar durch Substitution heimischer Tarifverträge[1068], die nach der Rechtsprechung des EuGH einem Tarifvertrag des Zielstaats gleichgesetzt werden[1069] sofern sie die Funktionsäquivalenz wahren[1070]. Denn Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie verlangt eine diskriminierungsfreie Gleichstellung[1071].

Das funktioniert aber immer nur, soweit das ausländische Recht überhaupt Tarifverträge kennt, die deutschen Tarifverträgen gleichwertig sein können[1072]. So erfüllen beispielsweise britische *gentlemen's agreements* nicht die Substitutionsvoraussetzungen[1073], da sie in der Regel keine gerichtlich einklagbaren Regelungen enthalten[1074]. Das würde aber bedeuten, dass britische Verleiher gegenüber inländischen Verleihern schlechter gestellt würden. Das ist mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar[1075]: In der Sache »Portugaia Construções« entschied der EuGH, dass es eine nicht gerechtfertigte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während das für einen Arbeitgeber,

1068 *Boemke/Lembke*, § 9 AÜG Rn. 108; BeckOK-ArbR/*Gussen*, § 2 AEntG Rn. 1; *Sansone*, Gleichstellung, S. 399 ff.; *Boemke*, BB 2005, 266, 270; *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 136; *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007 87, 95; *W. Böhm*, NZA 2010, 1218, 1222.

1069 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 116.

1070 *Franzen*, EuZA 2011, 451, 468 ff.

1071 *Franzen*, EuZA 2011, 451, 467.

1072 *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007 87, 95 f.

1073 Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) – SP III 32 – 7160.4(1) – http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A08-Ordnung-Recht/A083-AUEG/Publikation/pdf/GA-AUEG-2011.pdf – Stand: Dezember 2011, Nr. 3.1.8.9.

1074 Ein *collective agreement* nach britischem Recht kann einklagbare Rechte enthalten, wenn er schriftlich abgefasst ist und die Verbindlichkeit ausdrücklich vereinbart wird, vgl. sec. 179 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992. Letzteres geschieht allerdings selten: *Taylor/Emir*, Employment Law, S. 525 f.

1075 *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 139.

der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, nicht möglich ist[1076]. Deswegen hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 2 AEntG auch die zuvor schon vom BAG[1077] in europarechtskonformer Auslegung entschiedene ausnahmslose Verpflichtung zur Gewährung der Arbeitsbedingungen nach dem AEntG klargestellt[1078]. Krasser war die schwedische *lex Britannia*[1079], die bestimmte, dass die gesetzlich geregelte Friedenspflicht bei tarifvertraglich gebundenen Partnern gegenüber ausländischen Unternehmen, die Dienstleistungen in Schweden erbringen, nicht gilt. Darin sah der EuGH eine (nicht zu rechtfertigende) Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, da die tarifliche Bindung des EU-Ausländers unabhängig von seinem Inhalt nicht berücksichtigt wurde und für diesen insoweit eine gleiche Behandlung vorgesehen war wie für nationale (schwedische) Unternehmen, die keinen Tarifvertrag abgeschlossen hatten[1080].

Nicht anders gestaltet sich die Unterschreitung des *Equal Pay*-Grundsatzes. Gerade weil es unterschiedliche Tarifvertragssysteme in der Europäischen Union gibt, sieht Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie unterschiedliche Umsetzungsmöglichkeiten vor[1081]. Die gewählte Umsetzungsmöglichkeit ist dann von den anderen Mitgliedstaaten zu achten. Deutschland kann von anderen Mitgliedstaaten nicht verlangen, ihr System dem deutschen Tarifrecht anzupassen, um etwaige Abweichungsmöglichkeiten vom vermeintlich international zwingenden *Equal Pay*-Grundsatz zu schaffen[1082]. Dies bestätigt, dass die Leiharbeitsrichtlinie hinsichtlich Art. 5 keinen kollisionsrechtlichen Charakter hat, sondern den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum hinsichtlich »ihrer« Abweichungsmöglichkeiten vom Gleichbehandlungsgrundsatz überlässt. Die (neuere) Leiharbeitsrichtlinie strahlt insoweit auf Art. 9 Rom I-VO aus. Ein Problem mit der »Achtung des Gesamtschutzes« der Leiharbeitnehmer (Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie)[1083] bei ausländischen Leiharbeitnehmern kann sich dann von vornherein nicht stellen – jedenfalls nicht für Deutschland.

Verneint man richtigerweise eine Umsetzung des Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie und die international zwingende Geltung des Schlechterstellungsverbots, geht auch die Diskussion fehl, ob die Aufnahme der Zeit-

1076 EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99 »Portugaia Construções« – Slg. 2002, I-787 Rn. 35.
1077 BAG 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 – NZA 2003, 275.
1078 RegE AEntG 2009 (Fn. 906), S. 13.
1079 Dazu EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 15 f.
1080 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 116 ff.
1081 *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 199, 200.
1082 *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 143.
1083 *Fuchs*, NZA 2009, 57, 63; *Waltermann*, NZA 2010, 482, 485; *W. Böhm*, NZA 2010, 1218, 1222.

arbeitsbranche in das AEntG europarechtlich geboten ist, um eine Gleichstellung in- und ausländischer Verleiher zu erreichen[1084].

[d] Lohnkostensteigerung durch Tariftreueforderung

Privative Tariftreue wirkt somit regelmäßig lohnkostensteigernd. Nur wenn dem Leiharbeitnehmer nach Heimatarbeitsrecht gleiche oder bessere Arbeitsbedingungen gewährt werden, wird die Tariftreueforderung des Tariftreuegläubigers obsolet. Das kann beispielsweise bei Verleihern aus Hochlohnländern (oder bei inverser Zeitarbeit[1085]) der Fall sein. Privative Tariftreue hätte aber selbst unter zwingender Geltung der § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG Bedeutung, soweit der *Equal Pay*-Grundsatz durch heimische Tarifverträge oder durch Bezugnahme des hypothetisch einschlägigen deutschen Zeitarbeitstarifvertrags[1086] unterschritten wird. Als Untergrenze bliebe aber die Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG. Sie ist nach der Gesetzesbegründung eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 2 Nr. 4 AEntG[1087], damit international zwingend[1088] und kann europarechtlich auf Art. 3 Abs. 10 Entsenderichtlinie gestützt werden, ohne die Dienstleistungsfreiheit der ausländischen Verleiher übermäßig zu belasten.

Diese grenzüberschreitende Tarifdispositivität bis zur Lohnuntergrenze funktioniert aber unabhängig von der Frage der international zwingenden Geltung des Schlechterstellungsverbots nur dann, wenn das Heimatarbeitsrecht überhaupt eine Abweichung gestattet[1089]. Für den österreichischen Verleiher bedeutet das beispielsweise, dass er seine Leiharbeitnehmer immer entsprechend den Bedingungen im Zielstaat zu vergüten hat,

1084 Nach *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 142 f. ist die Aufnahme der Leiharbeit in das AEntG europarechtlich geboten, wenn das die einzige Möglichkeit ist, die von der Dienstleistungsfreiheit geforderte Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen inländischer und EU-ausländischer Zeitarbeitsunternehmen in Deutschland zu verwirklichen, was freilich nicht der Fall ist, wenn man richtigerweise die international zwingende Geltung des Gleichbehandlungsgebots verneint; a.A. *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87, 104 ff., denen die Möglichkeit der Bezugnahme als milderes Mittel genügt und in der Aufnahme der Zeitarbeit ins AEntG sogar einen unzulässigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit sehen.

1085 Dazu *Rieble*, NZA 2013, 309.

1086 *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87, 102 ff.; *Franzen*, EuZA 2011, 451, 457 f.; diese Möglichkeit verneinen: Thüsing/*Pelzner*, AÜG, § 3 Rn. 110; *Hurst*, Tarifverträge in der Zeitarbeit, S. 54, 111, 167; im Ergebnis auch *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 138 f., nach dem es aber nicht am örtlichen sondern am internationalen Geltungsbereich der Tarifverträge der Zeitarbeit fehlt.

1087 BT-Drucks. 17/5238, S. 15.

1088 *Franzen*, EuZA 2011, 451, 472.

1089 *Bayreuther*, DB 2011, 706, 710; *Franzen*, EuZA 2011, 451, 466.

da § 10 Abs. 1 Satz 3 öAÜG[1090] keine Abweichung vom *Equal Pay*-Grundsatz erlaubt. Das stellt den österreichischen Verleiher auf dem deutschen Überlassungsmarkt schlechter als den deutschen Verleiher, verstößt aber nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit bzw. genauer: der Umsetzungsbefehl in Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie ist primärrechtskonform[1091]. Denn es handelt sich um eine Exportbeschränkung des Herkunftsstaats, die bei unterschiedslos anwendbaren Regeln des Herkunftsstaats nur dann gegen Art. 56 AEUV verstößt, wenn die Maßnahme geeignet ist, den Zugang von Dienstleistungen zum Markt eines anderen Mitgliedstaats spezifisch zu behindern[1092]. Strengere Regeln des Herkunftsstaats, die – wie hier – nicht besonders den Zutritt zum ausländischen Markt betreffen, begründen hingegen keinen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit[1093]. Dieser Bewertung steht auch nicht Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie entgegen, der auch den Dienstleistungsempfänger vor Beschränkungen des »Einsatzes von Leiharbeit« schützt[1094]. Dies betrifft zwar auch eine Bedingung des Herkunftsstaats für den Dienstleistungsempfänger, aber eben nicht für den Dienstleistungsexport, sondern (nur) den Dienstleistungsimport. Der umgekehrte Fall – »Schmutzkonkurrenz« durch deutsche Billigverleiher auf dem österreichischen Markt –, stellt sich in Österreich als Inländerdiskriminierung dar und kann dort durch (primärrechtskonforme) Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie begegnet werden.

Es zeigt sich aber, dass selbst die international zwingende Geltung des Schlechterstellungsverbots nicht immer zur Tarifgleichheit führt: Erstens verlangt § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG nur die Einhaltung der *wesentlichen* Arbeitsbedingungen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. f Leiharbeitsrichtlinie)[1095], zweitens zwingt das Europarecht zur Tarifdispositivität auch gegenüber ausländischen Tarifverträgen sowie zur Möglichkeit der Bezugnahme deutscher Tarifverträge der Leiharbeit. Selbst wenn man die international

1090 Bundesgesetz vom 23.3.1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG) sowie das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Gewerbeordnung 1973 geändert werden, BGBl. Nr. 196/1988.

1091 Kritisch im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 20 GRC: *Heuschmid/Klauk*, SR 2012, 84, 88 ff.

1092 EuGH 10.5.1995 – Rs. C-384/93 »Alpine Investments« – Slg. 1995, I-1141 Rn. 38; R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 96; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Kluth*, Art. 57 AEUV Rn. 42 f.

1093 EuGH 14.7.1994 – Rs. C-379/92 »Peralta« – Slg. 1994, I-3453 Rn. 48, 50.

1094 Oben § 5 A. IV. 2. c, S. 219.

1095 Zur Reichweite: *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 496 f.; nicht dazu zählen etwa Ausschlussfristen: BAG 23.3.2011 – 5 AZR 7/10 – NZA 2011, 850, Rn. 14; siehe auch *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 199, 201.

zwingende Geltung entgegen hier vertretener Auffassung annimmt, bleibt also Raum für privative Tariftreue.

[e] Zwischenergebnis

Nach richtiger Auffassung ist der deutschrechtliche *Equal Pay*-Grundsatz nach § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG (gegebenenfalls in Verbindung mit § 2 Nr. 4 AEntG) keine international zwingende Norm im Sinne des Art. 9 Rom I-VO. Dies nimmt Rücksicht auf die nationalen Umsetzungen des Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie und die Dienstleistungsfreiheit grenzüberschreitend tätiger Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen. *Equal Pay* besteht also nur dann, wenn das Recht des Mitgliedsstaats, in dem der Verleiher seinen Sitz hat, keine Abweichung erlaubt oder entsprechende Abweichungsmöglichkeiten nicht genutzt wurden. Aber selbst dann hat privative Tariftreue Bedeutung, da § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG nur die Einhaltung der *wesentlichen* Arbeitsbedingungen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. f Leiharbeitsrichtlinie) verlangen.

Aber auch, wenn man entgegen hier vertretener Ansicht von einer international zwingenden Geltung des deutschen Schlechterstellungsverbots ausgeht, bleibt Raum für privative Tariftreue. Eben weil er sich nur auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen bezieht, aber auch, weil es in diesem Fall die Dienstleistungsfreiheit gebietet, ausländischen Verleihunternehmen die Abweichungsmöglichkeiten durch Heimtarifvertrag sowie durch Bezugnahme deutscher Tarifverträge der Leiharbeit zu nutzen.

[4] Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Schließlich zwingt auch der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Vergütung der Leiharbeitnehmer entsprechend den Arbeitnehmern des Entleihers[1096]. Er verpflichtet den Arbeitgeber nur gegenüber seinen Vertragspartnern[1097]. Leiharbeitnehmer, deren Vertragsarbeitgeber das Überlassungsunternehmen ist, können sich gegenüber dem Entleiher nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen[1098].

cc. Zwischenergebnis

Es bleibt also in fast allen Fällen zwingender deutscher Arbeitsbedingungen Raum für Tariftreueverlangen: Mindestentgeltsätze im Sinne des § 2 Nr. 1 AEntG sind in aller Regel deutlich niedriger als durch Tariftreueverlangen aufgezwängte Tariflöhne. Der deutsche *Equal Pay*-Grundsatz nach

1096 Oben § 1 D. I. 4, S. 44.
1097 BeckOK-ArbR/*Joussen*, § 611 BGB Rn. 269.
1098 *Hunold*, NZA-RR 2008, 281, 283 f.

§ 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG ist nicht international zwingend, sodass sich die Abweichungsmöglichkeiten nach dem Heimatrecht richten und deutlich unter dem liegen können, was als Tarifgleichheitsziel ins Auge gefasst wird. Auch der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hilft dem Arbeitnehmer nicht zur Entgeltanhebung entsprechend der Stammarbeitnehmer des Entleihers. Nur zwingende tarifliche Arbeitsbedingungen im Sinne des § 3 AEntG sind unter den Voraussetzungen der §§ 4 bis 6 AEntG auch ausländischen nach Deutschland entsandten Leiharbeitnehmern zu gewähren (§§ 3, 8 Abs. 1, 3 AEntG), ohne dass hiervon tariflich nach unten abgewichen werden kann (§ 8 Abs. 2 AEntG). Das schließt es freilich nicht aus, dass dem Leiharbeitsunternehmen andere (bessere) Arbeitsbedingungen auferlegt werden sollen.

e. Keine primärrechtlich gebotene Gleichbehandlung

Teilweise wird aus dem Inländergleichbehandlungsgebot der Arbeitnehmerfreizügigkeit[1099] ein Recht des ausländischen Leiharbeitnehmers auf Vergütung entsprechend der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb gefolgert[1100]. Das würde zu einem primärrechtlichen Gebot des *Equal Pay* entsprechend den inländischen *Leih*arbeitnehmern führen und gegebenenfalls über den Umweg des deutschrechtlichen Schlechterstellungsgebot in § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG sogar die Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer garantieren.

Aus dem Freizügigkeitsrecht folgt allerdings nicht zwingend, dass entsandten Arbeitnehmern auch die am Arbeitsort geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewähren sind[1101]. Die Frage ist ähnlich dem Dienstleistungsexport[1102] zu beantworten. Die geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen richten sich nach den Regeln des internationalen Privatrechts. Die Besonderheit der Arbeitnehmerüberlassung liegt aber in der gespaltenen Arbeitgeberstellung. Während sich der Leiharbeitnehmer hinsichtlich betrieblicher (örtlicher) Belange auf Gleichbehandlung mit inländischen (Leih-)Arbeitnehmern berufen kann, bleibt es hinsichtlich des anwendbaren Vertragsrechts in aller Regel beim Heimatarbeitsrecht[1103]. Allein das ausländische Recht bestimmt, ob und inwieweit

1099 Unten § 5 B. III. 3. a, S. 283.
1100 *Franzen*, EuZW 2011, 451, 455; *ders.*, ZAS 2011, 225, 259 f.; angedeutet auch schon von *Hanau*, in: Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 143, nach dem deshalb eine Einbeziehung der Zeitarbeit ins AEntG nahe läge; offen gelassen von *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 72.
1101 *Ulber*, AÜG, Einl. F Rn. 19.
1102 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [d], S. 230.
1103 Oben § 5 A. IV. 2. d. aa, S. 220.

der Leiharbeitnehmer die Bedingungen des Aufnahmestaates verlangen kann[1104] – höchstens der Heimatstaat »diskriminiert«[1105].

f. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue erfüllt daher im Hinblick auf grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung den Tatbestand des Beschränkungsverbots des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie.

3. Rechtfertigung

Die (potentielle) Beschränkung grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung kann gemäß Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.

a. Materielle Maßstabsabsenkung

Zu den Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung der Leiharbeit rechtfertigen können, zählen nach der Aufzählung in Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie »vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten«. Evident wird damit der Unterschied zu den Anforderungen, die der EuGH üblicherweise für Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit vorsieht[1106]. Gemeinhin stellt er auf *zwingende* Gründe des Allgemeininteresses ab[1107].

Dass die Formulierung in Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie bewusst weiter gefasst wurde, zeigt dessen Entwicklung[1108]: Während der ursprüngliche Kommissionsentwurf vorsah, dass diejenigen Einschränkungen oder Verbote, deren Aufrechterhaltung in Betracht gezogen wird, aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem des Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt sein müssen[1109], schlug der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten des Europäischen Parlaments vor, die Regelbei-

1104 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [b], S. 226.
1105 So im Ergebnis auch *Selmayr*, ZfA 1996, 615, 635.
1106 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 124.
1107 EuGH 26.2.1991 – Rs. C-180/89 »Kommission/Italien« – Slg. 1991, I-709 Rn. 18; EuGH 26.2.1991 – Rs. C-198/89 »Kommission/Griechenland« – Slg. 1991, I-727 Rn. 19; EuGH 9.8.1994 – Rs. C-43/93 »Vander Elst« – Slg. 1994, I-3803 Rn. 16; EuGH 28.3.1996 – Rs. C-272/94 »Guiot« – Slg. 1996, I-1905 Rn. 16; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 101; EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 38.
1108 Dazu: *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 491; siehe auch *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 125.
1109 Europäische Kommission 20.3.2002 (Fn. 986), S. 23.

spiele dahingehend zu erweitern, dass der Schutz der Leiharbeitnehmer, der Gesundheit und der Sicherheit und anderer Gefahren für bestimmte Kategorien von Arbeitnehmern oder bestimmte Wirtschaftszweige, das reibungslosen Funktionieren des Arbeitsmarktes und der Notwendigkeit, etwaige Missbräuche zu verhindern, Einschränkungen oder Verbote rechtfertigen können[1110]. Das Europäische Parlament übernahm dies in seinem Standpunkt vom 21. November 2002 weitgehend[1111], wie auch die Kommission (vgl. Abänderung Nr. 34) in ihrem geänderten Vorschlag[1112]. Im Rat scheiterte schließlich Großbritannien mit dem Ansinnen, Verbote und Beschränkungen nur aus »zwingenden Gründen des Allgemeininteresses« rechtfertigen zu können; seiner Meinung nach hatte Art. 4 des Vorschlags der Leiharbeitsrichtlinie aufgrund der Änderungen viel von seinem Liberalisierungsaspekt verloren[1113].

An das »normale« Allgemeininteresse dürfen daher keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, vielmehr ist der Begriff eher weit auszulegen[1114].

b. Personale Maßstabsabweichung

Soweit Beschränkungen durch Private zu rechtfertigen sind, ist zur Rechtfertigung von Verstößen gegen die Grundfreiheiten primär auf die unionsrechtlich geschützten Grundrechte zurückzugreifen[1115]. Insbesondere auf das Recht auf Kollektivmaßnahmen können sich tariftreueauferlegende Tarifvertragsparteien aber hinsichtlich privativer Tariftreue nicht stützen[1116]. Da der EuGH den hinter Art. 28 GRC stehenden materiellen nationalrechtlichen Gehalt nicht ermitteln kann (oder will), erklärt sich auch der zu kritisierende »Rückfall« des EuGH auf die zwingenden Gründe des

1110 Europäisches Parlament, Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten 11.10.2002, Kompromissänderungsanträge, Entwurf eines Berichts über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmer, Vorschlag für eine Richtlinie (KOM(2002) 149 – C5-0140/2002 – 2002/0072(COD)) – http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20021021/479422DE.pdf, S. 5.

1111 Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 21.11.2002 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2002/…/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit, ABl. 2004 C 25 E/374.

1112 Europäische Kommission 28.11.2002, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeit – KOM(2002) 701 endg. – http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0701:FIN:DE:PDF.

1113 Rat der Europäischen Union 29.11.2007 (Fn. 983), S. 4.

1114 *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 491.

1115 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 118.

1116 Oben § 3 A. I. 1. c, S. 96.

Allgemeininteresses[1117]. In der Entscheidung in der Sache »Laval« scheiterte die Maßnahme ohnehin an den Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie[1118], die – auch wenn der EuGH das so nicht ausdrücklich sagte – die praktische Konkordanz auf sekundärrechtlicher Ebene – ähnlich dem TVG für das Verhältnis von Tarifautonomie und Wettbewerbsfreiheit[1119] – bereits hergestellt hatte. In der Entscheidung in der Sache »Viking« verwies der EuGH letztlich an das nationale Gericht zurück, um zu prüfen, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Maßnahme gerechtfertigt werden kann[1120].

Im Hinblick auf die Privatautonomie privater Rechtssubjekte wird ferner eine Ausweitung auf die wesentlich weiter verstandenen »sachlichen Erwägungen« befürwortet[1121]. Letzterem ist zwar zuzustimmen, aber nur soweit »echtes« privates Handeln in Frage steht. Wenn Private kollektive Marktverhaltensregeln aufstellen, die zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zwischen Privaten führen[1122] müssen weiterhin die allgemeinen Maßstäbe gelten. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie ist in dieser Hinsicht zudem streng und erlaubt ausdrücklich nur Gründe des Allgemeininteresses.

c. Gründe des Allgemeininteresses

Zu den Gründen des Allgemeininteresses zählen nach Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz und die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten. Aus der Formulierung des Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie (»hierzu zählen«) folgt aber auch, das die aufgeführten Gründe nicht abschließend sind, sondern nur als Beispiele rechtfertigungsgeeigneter Allgemeininteressen zu verstehen sind.

aa. Schutz der Leiharbeitnehmer

Der Schutz der Leiharbeitnehmer wird hauptsächlich durch den *Equal Pay*-Grundsatz in Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie gewährleistet und von Art. 6 bis 8 Leiharbeitsrichtlinie flankiert. Da Leiharbeitnehmer reguläre Arbeitnehmer sind[1123], scheidet jeder Schutz vor sich selbst als Allgemein-

1117 Unten § 5 B. I. 1. b. bb, S. 248.
1118 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 108.
1119 Oben § 3 A. I. 1. b. cc. [3], S. 91.
1120 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 90.
1121 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn. 191 f.
1122 Unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.
1123 Oben § 5 A. IV. 1. b. bb. [1], S. 211.

interesse aus[1124], weswegen Maßnahmen, die den Einsatz von Leiharbeit verhindern oder eindämmen wollen, wie etwa Leiharbeitsquoten, *per se* nicht rechtfertigungsfähig sind[1125].

Privative Tariftreue betrifft indes das individuelle Verhältnis der Leiharbeitnehmer zu ihrem Arbeitgeber und kommt daher als Maßnahme des Leiharbeitnehmerschutzes grundsätzlich in Betracht[1126]. Auch die Variante der »Vergabevoraussetzung« ist richtigerweise nicht als Bezugs- oder Liefersperre zu qualifizieren[1127] und soll den Einsatz von Leiharbeit nicht verhindern, sondern nur ausgestalten.

Zwar obliegt die Ausgestaltung des *Equal Pay*-Grundsatzes grundsätzlich dem Heimatrecht des Arbeitnehmers, Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie entfaltet mithin keinen grenzüberschreitenden Regelungsauftrag[1128], doch bedeutet dies nur, dass Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie als Rechtfertigungsregime ausscheidet[1129]. Die Rechtfertigungsmöglichkeiten wegen Gründen des Allgemeininteresses bleiben unberührt.

Der EuGH hat auch schon mehrfach entschieden, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben und die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen[1130]. Es lässt sich also vertreten, dass privative Tariftreue als »Quasi-Mindestlohn« unter diese Rechtsprechungslinie fällt.

bb. Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz

Erfordernisse des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz haben als betriebsbezogene Rechtfertigungsgründe hingegen keinen unmittelbaren Bezug zu den anzuhebenden Tarifbedingungen, die primär auf Entgelterhöhung abzielen.

1124 Dazu noch ausführlich unten § 5 B. III. 4. b, S. 286.
1125 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 164 f., 214.
1126 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 166, 334; auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 117.
1127 Oben § 3 A. II. 3. a, S. 149.
1128 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [b], S. 226.
1129 Dazu noch unten § 5 A. IV. 3. e, S. 242.
1130 EuGH 3.2.1982 – verb. Rs. 62/81 und 63/81 »Seco« – Slg. 1982, 223 Rn. 14; EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417 Rn. 18; EuGH 9.8.1994 – Rs. C-43/93 »Vander Elst« – Slg. 1994, I-3803 Rn. 23; EuGH 28.3.1996 – Rs. C-272/94 »Guiot« – Slg. 1996, I-1905 Rn. 12; EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 »Arblade« – Slg. 1999, I-8453 Rn. 41.

cc. Notwendigkeit des reibungslosen Funktionierens des Arbeitsmarktes

Auch das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes wird durch privative Tariftreue nicht gewährleistet. Die Eindämmung der Leiharbeit wird dem Ziel der Leiharbeitsrichtlinie, Leiharbeit als gleichwertiges Beschäftigungsinstrument neben anderen Beschäftigungsinstrumenten anzuerkennen[1131], von vornherein nicht gerecht. Auch verlangt das Funktionieren des Arbeitsmarkts keine zwingende Entgeltgleichstellung zwischen Stammarbeitnehmern und Leiharbeitnehmern. Eher spricht die zunehmende Zahl der Leiharbeitsverhältnisse bei sinkenden Arbeitslosenzahlen[1132] für einen beschäftigungsfördernden Effekt der Leiharbeit[1133]. Die Notwendigkeit des reibungslosen Funktionierens des Arbeitsmarktes kann nur Beschränkungen der Leiharbeit rechtfertigen, die *generell* und unabhängig von den besonderen Umständen der Leiharbeit notwendig sind und betrifft etwa Melde und Ausschreibungspflichten[1134]. Besondere Tarifbedingungen für die Leiharbeitnehmer fallen hierunter nicht.

dd. Verhütung von Missbrauch

Die Verhütung von Missbrauch ist anhand des Ziels des Art. 2 Leiharbeitsrichtlinie zu bestimmen[1135], »für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen«.

Der Schutz der Leiharbeitnehmer wird insbesondere durch den *Equal Pay*-Grundsatz des Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie gewährleistet, wobei nach Art. 5 Abs. 5 Leiharbeitsrichtlinie die erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden müssen,

- um eine missbräuchliche Anwendung der Abweichungsmöglichkeiten des Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie zu verhindern und

1131 Oben § 5 A. IV. 1. b. bb. [1], S. 211.
1132 Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung: Herausforderung Zeitarbeit. Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung (2012), http://www.rwi-essen.de/media/content/pages/publikationen/rwi-projektberichte/PB_Herausforderung-Zeitarbeit.pdf, S. 13 f., 22, 48 f.
1133 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 216.
1134 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 167 f.
1135 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 169.

- um insbesondere aufeinanderfolgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern[1136].

Letzteres spielt für privative Tariftreue keine Rolle. Privativer Tariftreue geht es nicht darum, die Zahl der aufeinanderfolgenden Überlassungen zu begrenzen. Vielmehr sollen in diesem Fall Tarifbedingungen auf die Leiharbeitnehmer angewandt werden, soweit diese nicht ohnehin dem *Equal Pay*-Grundsatz unterliegen, was sich nach dem Heimatarbeitsrecht bemisst. Das würde allerdings voraussetzen, dass die heimatarbeitsrechtliche Abweichungskompetenz vom *Equal Pay*-Grundsatz missbräuchlich wäre, was schon aufgrund der grundsätzlichen Ausgestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten abzulehnen ist, die Abweichungen gerade festlegen können[1137].

ee. Ungeschriebene Gründe des Allgemeininteresses

Die aufgezählten Gründe des Allgemeininteresses in Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie sind nicht abschließend, sondern nur als Beispiele rechtfertigungsgeeigneter Allgemeininteressen zu verstehen[1138].

Ist zur Rechtfertigung von Beschränkungen nach Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie der Maßstab abgesenkt[1139], genügen erst recht die strengeren Maßstäbe nach der Rechtfertigungsdogmatik des EuGH. Das sind einerseits die geschriebenen Rechtfertigungsgründe nach Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV aber auch die *zwingenden* Gründe des Allgemeininteresses bei diskriminierungsfreien Beschränkungen. Zu Letzteren zählen nicht nur einige wenige Belange, vielmehr eröffnet sie den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum zur Definition schützenswerter Belange; in Betracht kommt insbesondere der Schutz der Arbeitnehmer, der auch vom EuGH als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt wird[1140]. Diesen zwingenden Grund des Allgemeininteresse sperrt indes der geschriebene Rechtfertigungsgrund des Schutzes der *Leih*arbeitnehmer aus Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, der bereits als grundsätzlich geeignet festgestellt wurde[1141].

Andere zwingende Gründe des Allgemeininteresses sind zur Rechtfertigung der Beschränkung des Einsatzes von Leiharbeit nicht ersichtlich[1142].

1136 Ausführlich zu den Anforderungen an das Missbrauchsverbot und den abweichenden Auffassungen: *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 170 ff.
1137 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [b], S. 226.
1138 Oben § 5 A. IV. 3. c, S. 236.
1139 Oben § 5 A. IV. 3. a, S. 234.
1140 Oben § 5 A. II. 1, S. 199.
1141 Oben § 5 A. IV. 3. c. aa, S. 236.
1142 Siehe dazu auch *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 162

d. Erhöhte Anforderungen an Stimmigkeit

Die abgesenkten Anforderungen an den Allgemeinwohlgrund für Leiharbeitnehmer und die grundsätzliche Qualifikation des Schutzes der Leiharbeitnehmer als zwingenden Grund des Allgemeininteresses dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass jede Beschränkung geeignet und erforderlich sein muss, um das legitime Allgemeinwohlinteresse zu verwirklichen[1143]. Insbesondere darf die Einschränkung nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen; das gleiche Ergebnis darf nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar sein[1144]. Diese allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts sind aufgrund der Grundfreiheitparallelität auch bei Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie anzuwenden[1145].

In seiner Entscheidung in der Sache »Rüffert« hat der EuGH die Tariftreuepflicht nach § 3 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes als nicht durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt angesehen. Die Tariftreueregelung sah vor, dass Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Der EuGH sah darin keinen Schutz der Arbeitnehmer, da die Vorschrift nur für einen Teil der Bautätigkeit galt: Sie war nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar und der zu befolgende Tarifvertrag war nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden[1146]. Nach Ansicht des EuGH gäbe es jedoch keinen Hinweis darauf, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags für Bauleistungen und nicht bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedarf, der sich aus einem solchen Lohnsatz ergibt[1147]. Daraus lässt sich folgern, dass der EuGH erhöhte Anforderungen an die Stimmigkeit der Argumen-

1143 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 130.

1144 EuGH 25.7.1991 – Rs. C-288/89 »Collectieve Antennevoorziening Gouda« – Slg. 1991, I-4007 Rn. 15.

1145 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 162.

1146 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 38 f.; kritisch Däubler/*Lakies*, Anhang 1 zu § 5 TVG Rn. 32.

1147 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 40; anders das BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42 zum Berliner Vergabegesetz, das den Vorlagebeschluss des BGH 18.1.2000 – KVR 23/98 »Tariftreueerklärung II« – NZA 2000, 327 zurückwies; dazu kritisch *Rieble*, NZA 2007, 1.

tation im Rahmen von Geeignetheit und Erforderlichkeit stellt[1148]. Erklärt der Staat den Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich, verlangt aber dennoch Tariftreue, verhält er sich widersprüchlich und der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit kann mangels allgemeinen Schutzniveaus nicht gerechtfertigt werden[1149].

Freilich ging es in der Entscheidung in der Sache »Rüffert« um einen öffentlichen Auftrag, dessen Vergabe unter der Voraussetzung der Anwendung des örtlich geltenden Tarifvertrags gestellt wurde[1150]. Ist grenzüberschreitende privative Tariftreue im Hinblick auf die Arbeitnehmerüberlassung aber auch an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie zu messen[1151], müssen auf sie dieselben Kriterien angewendet werden, wie wenn eine staatliche Stelle gehandelt hätte. Es geht jeweils um den Verlust des Standort- und Wettbewerbsvorteils des ausländischen Unternehmens auf Grund niedrigerer Heimatentgelte[1152]. Ob es sich bei dem ausländischen Unternehmen wie im Fall »Rüffert« um ein Bauunternehmen handelt, oder ob die Tätigkeit eines Leiharbeitsunternehmens durch die faktische Tarifgeltung beschränkt wird, kann keinen Unterschied machen: Im Fall »Rüffert« war das Bauunternehmen gezwungen den ortsüblichen Tarifvertrag zu bezahlen um die Vergabevoraussetzungen zu erfüllen – hier müssen ausländische Verleiher bestimmte Arbeitsbedingungen gewähren, um für die betroffenen deutschen Unternehmen tätig zu werden. Ob nun der Staat oder Private ihre Nachfragemacht einsetzen, um in einem bestimmten Marktsegment Tarifbedingungen durchzusetzen, macht strukturell keinen Unterschied[1153].

Gemessen an diesen Anforderungen kommt eine Rechtfertigung privativer Tariftreue schon aus diesem Grund nicht in Betracht[1154]. Die Regelungen sind nicht stimmig. So wirken diejenigen Regelungen, die Tariftreue auf Leiharbeitnehmer ausweiten möchten, nur für diejenigen Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen, die in tarifgebundene Betriebe verleihen möchten. Dass aber nur Leiharbeitnehmer im fachlichen und räumlichen Einzugsgebieten der jeweiligen Tarifverträge besonders schutzbedürftig sind, kann nicht behauptet werden. Bloßer Partikularschutz ist hingegen

1148 *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474, 492; zustimmend *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 132.

1149 *Rieble*, in; Kartellrecht und Arbeitsmarkt, Rn. 27; dazu *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3476; *Seifert*, EuZA 2008, 526, 535 f.; kritisch *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2132.

1150 Oben § 1 B. I. 5, S. 32.

1151 Oben § 5 A. IV. 1. b, S. 210.

1152 Vgl. die Begründung der Vorlageentscheidung des OLG Celle 3.8.2006 – 13 U 72/06 – NZBau 2006, 660, 661.

1153 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 117.

1154 Hierzu und zum Folgenden: *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 134 f.

keine geeignete Schutzmaßnahme[1155]. Es zeigt sich an den Beispielen privativer Tariftreue, dass den Gewerkschaften nicht das Wohl der Leiharbeitnehmer am Herzen liegt, sondern in erster Linie der Verdrängungswettbewerb um die Stammarbeitsplätze verhindert werden soll. Weil die Regelung inkohärent ist, kann die Geeignetheit auch nicht mit dem Argument »gerettet« werden, es sei keine gänzlich untaugliche, sondern nur eine unzulängliche Maßnahme[1156].

Dieses Ergebnis ist auch mit dem Rechtsgedanken der Sondermodalitäten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vereinbar. Die Vergaberichtlinien[1157] erlauben immerhin, zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, die insbesondere auch soziale Aspekte betreffen können. Allerdings müssen diese zusätzlichen sozialen Bedingungen ausdrücklich mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Insofern lässt sich aus dem Rechtsgedanken dieser Bestimmungen nicht umgekehrt die Zulässigkeit sämtlicher sozialer Wunschbedingungen begründen[1158]. Sobald die kollektive Marktverhaltensregel zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zwischen Privaten führt[1159], kann nicht mehr jede privatautonome Vertragsbedingung gefordert werden[1160], sondern muss die Regelung stimmig sein.

e. Keine Gleichstellung nach Art. 5 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie

Nur der Vollständigkeit halber sei gesagt, dass die Leiharbeitsrichtlinie, die in Art. 5 Abs. 1 eine Gleichstellung für Leiharbeitnehmer in den wesentlichen Arbeitsbedingungen ausdrücklich vorsieht, den Parteien priva-

1155 *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3476.

1156 So aber GA *Bot* 20.9.2006 – Schlussanträge in der Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 126 ff.; zustimmend *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2132; siehe auch *Seifert*, EuZA 2008, 526, 535 f.; zu den Voraussetzungen der Geeignetheit: R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 110.

1157 Art. 38 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004, L 134/1; Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004, L 134/114; Art. 20 der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. 2009, L 216/76.

1158 Hinsichtlich der zulässigen Bedingungen siehe etwa Erwägungsgrund 33 der RL 2004/18/EG (Fn. 1157).

1159 Unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.

1160 Vgl. *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 337.

tiver Tariftreueforderungen für Fälle grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung keine Rechtfertigung verschafft[1161].

Wie bereits dargelegt entfaltet Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie keinen grenzüberschreitenden Regelungsauftrag, sondern richten sich die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer im Falle grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich nach den Bestimmungen des Heimatarbeitsrechts[1162]. Anderes könnte sich nur aus der Entsenderichtlinie ergeben, die nach ihrem Erwägungsgrund 22 von der Leiharbeitsrichtlinie unberührt bleibt und ihr insoweit vorgeht, aber privativer Tariftreue keine Rechtfertigung verschaffen kann[1163]. Deshalb kann sich die Tariftreue aufdrängende Partei auch nicht darauf berufen, sie handele »im Auftrag« der Leiharbeitsrichtlinie für Arbeitnehmer, die von Arbeitgebern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland entsandt werden. Die theoretische Folgefrage, inwieweit die Parteien privativer Tariftreue überhaupt befugt wären, Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie umzusetzen, stellt sich daher gar nicht mehr.

f. Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie

Der EuGH geht ferner davon aus, dass das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert wird, grundsätzlich auf das beschränkt ist, was Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie vorsieht[1164]. Daraus lassen sich Vorgaben für Fälle entnehmen, die zwar in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fallen – mithin eine Entsendefall vorliegt[1165] – doch weder eine vorgesehene[1166], noch eine zugelassene[1167] Festlegungsmodalität einschlägig ist; die Vorgaben nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie sind somit Höchstvorgaben für Schutzbestrebungen in Entsendefällen[1168]. Soweit privative Tariftreue für ausländische Leiharbeitneh-

1161 *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 136.
1162 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [b], S. 226.
1163 Oben § 5 A. I. 3. c, S. 198.
1164 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 81; EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 34.
1165 Oben § 5 A. I. 2, S. 193.
1166 Oben § 5 A. I. 3. a, S. 194.
1167 Oben § 5 A. I. 3. b, S. 197.
1168 *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3475, der die Höchstvorgaben allerdings auch rechtsinstrumental sieht; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 235 f.; *Rieble/Serr*, Gutachten Stahltarif, Rn. 133; *Frenz*, NZS 2011, 321, 324; letztlich auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 117; a.A. noch GA *Bot* 20.9.2006 – Schlussanträge in der Rs. C-346/06 »Rüffert« – Slg. 2008, I-1989 Rn. 79.

mer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen regelt, die im Katalog des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie nicht vorgesehen sind, kann die Beschränkung daher von vornherein nicht gerechtfertigt werden[1169].

Dem ließe sich allenfalls entgegenhalten, die diesbezüglichen Ausführungen des EuGH dienten – da in diesem Zusammenhang genannt – lediglich der Abgrenzung des Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie, der nur günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Heimatstaats zulässt[1170]. Doch wird bei genauer Lektüre deutlich, dass der EuGH die Aussage als allgemeingültig verstanden haben möchte. Immerhin greift er in seiner Entscheidung in der Sache »Laval« an späterer Stelle im Rahmen der Rechtfertigung vorgenannten Passage erneut auf[1171] und macht er in seiner Entscheidung in der Sache »Kommission/Luxemburg« deutlich, dass Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie abschließend die Aspekte aufzählt, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten den im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Vorschriften Vorrang einräumen können[1172]. Nur Art. 3 Abs. 10 erster Spiegelstrich Entsenderichtlinie erlaubt – unter Einhaltung des Vertrags, also gemessen an den primärrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit[1173] – Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für *andere* als die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie aufgeführten Aspekte vorzuschreiben; allerdings auch nur, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt[1174], der vor dem Hintergrund des der Entsenderichtlinie zugrundeliegenden fundamentalen Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen ist[1175]. Art. 3 Abs. 10 erster Spiegelstrich Entsenderichtlinie versteht der EuGH insoweit ausdrücklich als »Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Aspekte, hinsichtlich deren der Aufnahmemitgliedstaat die Einhaltung seiner Rechtsvorschriften von Unternehmen, die Arbeitnehmer in sein Hoheitsgebiet entsenden, verlangen kann, in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie abschließend aufgezählt sind«[1176]. Damit wirkt die Entsende-

1169 Im Grundsatz auch *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 117; zur näheren Bestimmung der »Mindestarbeitsbedingungen« in diesem Sinne: *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung, S. 235 ff.

1170 Oben § 5 A. I. 3. b, S. 197.

1171 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 108 ff.

1172 EuGH19.6.2008 – Rs. C-319/06 »Kommission/Luxemburg« – Slg. 2008, I-4323 Rn. 26.

1173 Oben § 5 A. I. 3. b, S. 197.

1174 EuGH19.6.2008 – Rs. C-319/06 »Kommission/Luxemburg« – Slg. 2008, I-4323 Rn. 27, 49.

1175 EuGH19.6.2008 – Rs. C-319/06 »Kommission/Luxemburg« – Slg. 2008, I-4323 Rn. 30, 49 f., um

1176 EuGH19.6.2008 – Rs. C-319/06 »Kommission/Luxemburg« – Slg. 2008, I-4323 Rn. 31.

richtlinie auch freiheitserweiternd für die betroffenen Unternehmen, weil sie Rechtssicherheit schafft[1177].

Über die Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie hilft hier auch nicht Art. 3 Abs. 9 Entsenderichtlinie, der nur eine Gleichstellung *ausländischer* Leiharbeitnehmer mit *deutschen* Leiharbeitnehmern erlaubt und Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie eine »Entsendekomponente« gibt, nicht aber die Erstreckung von Arbeitsbedingungen *bestimmter* Stammbranchen auf *bestimmte* Leiharbeitnehmer erlaubt[1178].

g. Zwischenergebnis

Die (potentielle) Beschränkung grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung durch privative Tariftreue kann nicht gerechtfertigt werden[1179].

4. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt gegen Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie. Soweit es sich um einen Fall grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung handelt, findet Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie unmittelbar zwischen Privaten Anwendung, da privative Tariftreue eine kollektive Marktverhaltensregelung aufstellt, die zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zwischen Privaten führt[1180] und Regelungswirkung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit entfaltet. Das Diskriminierungsverbot lässt Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie hingegen unberührt. Potentielle Diskriminierungen sind unmittelbar an den Art. 56 ff. AEUV zu messen.

Reine Inlandssachverhalte sind mangels grundfreiheitenkonkretisierender Wirkung nicht direkt an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie zu messen. Da privative Tariftreue im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung gegen Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie verstößt, sind die Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihres nationalen Rechtes dergestalt verpflichtet, dass es privative Tariftreue im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung auch für reine Inlandssachverhalte verbietet. Das deutsche Recht kennt indes bereits ausreichende Maßnahmen: Privative Tariftreue verstößt gegen Kartellrecht[1181] und weitere Autonomieschutzvorschriften[1182], sodass kein weiterer Handlungsbedarf besteht.

1177 *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3476.
1178 Oben § 5 A. I. 3. b, S. 197; a.A. offenbar *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 117.
1179 A.A. *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit, S. 122.
1180 Unten § 5 B. I. 2. b, S. 251.
1181 Oben § 3 A, S. 82.
1182 Oben § 4, S. 161.

V. Zwischenergebnis

Sekundärrechtliche Bestimmungen können privative Tariftreue nur teilweise erfassen. Eine (Teil-)Umsetzung der Entsenderichtlinie scheitert daran, dass sich privative Tariftreue auf keine in der Entsenderichtlinie vorgesehene oder zugelassene Festlegungsart stützen kann. Nur die Höchstvorgaben bei Schutzbestrebungen in Entsendefällen nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie bleiben relevant[1183]. Privative Tariftreue fällt auch nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie. Die Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung enthält hingegen nur Bestimmungen hinsichtlich des Diskriminierungsverbots. Nur die Leiharbeitsrichtlinie normiert in Art. 4 Abs. 1 ein sekundärrechtliches Beschränkungsverbot, das privative Tariftreue verbietet. In grenzüberschreitenden Fällen kann hierauf unmittelbar zurückgegriffen werden.

B. Primärrecht

Soweit das Sekundärrecht keine den Grundfreiheiten in der Anwendung vorrangig heranzuziehende Bestimmungen enthält, ist unmittelbar auf die primärrechtliche Ausprägung der Grundfreiheiten zurückzugreifen. In Betracht kommen Verstöße gegen die Dienstleistungsfreiheit, die Warenverkehrsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit.

I. Dienstleistungsfreiheit

1. Anwendbarkeit

Die Dienstleistungsfreiheit prägt als unmittelbar anwendbares[1184] subjektives Recht den Schutz wirtschaftlicher Betätigung im Binnenmarkt[1185], indem sie das Binnenmarktziel des Art. 26 Abs. 2 AEUV für die grenzüberschreitende Freiheit des unkörperlichen Produkts »Dienstleistung« umsetzt[1186]. Die Bereichsausnahme für die Ausübung öffentlicher Gewalt nach Art. 62 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AEUV spielt für privative Tariftreue keine Rolle.

a. Sekundärrechtliche Vorgaben

Die Dienstleistungsfreiheit primärrechtlicher Ausprägung nach Art. 56 ff. AEUV ist anwendbar, soweit das Sekundärrecht keine abschließenden Bestimmungen kennt:

1183 Oben § 5 A. IV. 3. f, S. 243.
1184 EuGH 3.12.1974 – Rs. 33/74 »van Binsbergen« – Slg. 1974, 1299 Rn. 27; EuGH 18.1.1979 – verb. Rs. 110/78 und 111/78 »van Wesemael« – Slg. 1979, 35 Rn. 24; EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80 »Webb« – Slg. 1981, 3305 Rn. 13.
1185 Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 1.
1186 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 7.

- Privative Tariftreue setzt nicht die Bestimmungen der Entsenderichtlinie um. Das bedeutet hingegen nicht, dass privative Tariftreue in Entsendefällen gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt, vielmehr ist die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV zu prüfen[1187]; daneben bleiben die Höchstvorgaben bei Schutzbestrebungen in Entsendefällen nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie zu beachten[1188].
- Die Dienstleistungsrichtlinie[1189] ist nach hier vertretener Auffassung überhaupt nicht anwendbar, da sowohl Entsendefälle als auch Nichtentsendefälle – soweit sie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie betreffen – vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.
- Die Leiharbeitsrichtlinie[1190] gilt hingegen nur für einen Teilaspekt privativer Tariftreue, namentlich Fälle grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung. Insoweit formt Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie das Beschränkungsverbot abschließend aus und ist primärrechtlich nicht mehr zu prüfen. Das Diskriminierungsverbot bleibt hingegen unberührt.

b. Keine unionsprimärrechtliche Bereichsausnahme

Fraglich ist, ob unionsprimärrechtliche Bereichsausnahmen privative Tariftreue aus dem Anwendungsbereich der Art. 56 ff. AEUV ausnehmen. Dies könnte einerseits aus Art. 153 Abs. 5 AEUV, aber auch aus Art. 28 GRC folgen.

aa. Die ausgeschlossenen Bereiche des Art. 153 Abs. 5 AEUV

Nach Art. 153 Abs. 5 AEUV gelten die Kompetenzen im Rahmen der Sozialpolitik zwar nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht und gilt die Bereichsausnahme richtigerweise auch für das Tarifvertragsrecht[1191]. Gleichwohl ist das Unionsrecht bei der Ausübung der den Mitgliedstaaten verbleibenden Befugnisse zu beachten[1192]. Die Bereichsausnahme des Art. 153 Abs. 5 AEUV steht der Kontrolle potentiell die Grundfreiheiten beeinträchtigender Tarifverträge daher nicht entgegen.

1187 Oben § 5 A. I. 3. c, S. 198.
1188 Oben § 5 A. IV. 3. f, S. 243.
1189 Oben § 5 A. II, S. 199.
1190 Oben § 5 A. III, S. 208.
1191 Oben § 3 A. I. 1. b. bb. [2], S. 86.
1192 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 40; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 87.

bb. Unionsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen

Darüber hinaus garantiert das Unionsrecht in Art. 28 GRC zwar das Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen, womit zwangsläufig auch das Ergebnis – der Tarifvertrag – geschützt ist. Aber auch die Ausübung der Unionsgrundrechte muss mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen und kann somit Beschränkungen durch Grundfreiheiten unterworfen werden[1193]. Zwar prüfte der EuGH in seinen bisherigen Entscheidungen zur Kollision von Grundfreiheiten und dem Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen nur, ob die Einschränkung der Grundfreiheit durch *Allgemeininteressen* gerechtfertigt war und erwähnt das Grundrecht im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung nicht mehr[1194]. Aufgrund der Gleichrangigkeit von Grundfreiheiten und Grundrechten kann aber auch die Ausübung einer Grundfreiheit nur zulässig sein, wenn die Einschränkung eines Grundrechts verhältnismäßig erfolgt, mithin Grundfreiheit und Grundrecht durch praktische Konkordanz in Einklang gebracht werden[1195].

Auch eine Bereichsausnahme der Grundfreiheiten entsprechend den Erwägungen in der Sache »Albany«[1196] ist abzulehnen: Wie der EuGH in der Sache »Viking« richtig ausführt, »lässt sich nämlich nicht sagen, dass mit der Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit [...] zwangsläufig eine gewisse

1193 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 46 f.; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 94 f.; *Jarass*, Art. 28 GRC Rn. 16.

1194 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 76 ff.; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 102 ff.; anders etwa in seiner Entscheidung in der Sache »Schmidberger« bei der das Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen keine Rolle spielte: EuGH 12.6.2003 – Rs. C-112/00 »Schmidberger« – Slg. 2003, I-5659 Rn. 74 ff.; kritisch daher: *Däubler*, AuR 2008, 409, 415; *Junker*, SAE 2008, 209, 215; *Kocher*, AuR 2008, 13, 15; *Franzen*, in: FS Buchner, S. 238; *Zwanziger*, RdA 2009 Sonderbeilage zu Heft 5, 10, 17; *Kocher*, in: GS Zachert, S. 44; *Konzen*, in: FS Säcker, S. 235; nach *Skouris*, RdA 2009 Sonderbeilage zu Heft 5, 25, 27, ist dies dadurch begründet, dass nur die Einschlägigkeit von Grundfreiheiten die Zuständigkeit des EuGH eröffnet, weswegen diese zwangsläufig zuerst zu prüfen seien; zur Frage, ob dies eine unverhältnismäßige Rechtskontrolle der unionsrechtlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit ist: *Vielmeier*, Tarifzensur, S. 201 ff.

1195 Schwarze/*Holoubek*, Art. 28 GRC Rn. 24 mit weiteren Nachweisen; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 170 ff.; siehe jetzt auch Erwägungsgrund 13 und Art 2 des Vorschlags für Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstfreiheit vom 21.3.2012 – KOM(2012) 130 final – http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2012/com2012_0130de01.pdf.

1196 Oben § 3 A. I. 1. b. bb, S. 85.

Beeinträchtigung der [...] Grundfreiheiten verbunden wäre«[1197]. Der Umstand, »dass eine Vereinbarung oder eine Tätigkeit dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb entzogen ist, [hat nicht zur Folge], dass diese Vereinbarung oder diese Tätigkeit auch außerhalb des Anwendungsbereichs der [Grundfreiheiten] liegt, da die genannten Bestimmungen jeweils eigenen Anwendungsvoraussetzungen gehorchen«[1198].

Für privative Tariftreue ist die Frage ohnehin leichter zu beantworten. Sie kann nur durch schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen »auferlegt« werden, die nach nationalem Recht keine Tarifverträge sind. Da kein genuin europäisches Tarifrecht existiert und der Union nach richtiger Auffassung hierfür die Kompetenz fehlt[1199], verweist Art. 28 GRC auf die nationale Ausgestaltung des Tarifrechts. Ihm kommt insoweit Bedeutung zu, dass nationale kollektive Maßnahmen auch europarechtlich zu beachten sind (sogenannte Scharnierfunktion)[1200]. Aus der Formulierung »nach [...] den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« folgt allerdings, dass nur rechtmäßige Tarifverträge in praktische Konkordanz mit den Grundfreiheiten zu bringen sind. Stößt privative Tariftreue auf nationale Grenzen und ist daher schon nach dem mitgliedstaatlichen Recht rechtswidrig, ist sie auch nicht geeignet, sich auf europäischer Ebene durchzusetzen, falls der Tatbestand der Grundfreiheit bejaht werden kann.

2. Anwendungsbereich

Privative Tariftreue müsste in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen.

a. Schutzbereich

Dienstleistungen sind gemäß Art. 57 Abs. 1 AEUV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Der primärrechtliche Dienstleistungsbegriff entspricht dabei jenem der Dienstleistungsrichtlinie, die ihrerseits auf Art. 50 EG (jetzt: Art. 57 AEUV) verweist[1201].

Nach dem Wortlaut des Art. 56 Abs. 1 AEUV schützt die Dienstleistungsfreiheit Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat, als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Aufgrund des aus dem Binnenmarktziel (Art. 26 Abs. 2 AEUV) auf grenzüberschrei-

1197 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 52.
1198 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 53.
1199 Oben § 3 A. I. 1. b. bb. [2], S. 86.
1200 *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 303 f.; *Herresthal*, EuZA 2011, 3, 16 f.
1201 Oben § 5 A. II. 2. b, S. 203.

tenden Binnenverkehr abgeleiteten Normzwecks, schützt die Dienstleistungsfreiheit jedoch jeden in einem Mitgliedstaat ansässigen Unionsbürger (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV)[1202] der Erbringer oder Empfänger einer grenzüberschreitenden Dienstleistung ist[1203]. Drittstaatsangehörige sind aus Art. 56 Abs. 1 AEUV auch als Leistungsempfänger geschützt[1204].

Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten setzt ferner einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus[1205]. Die umgekehrte Diskriminierung, d.h. Inländerdiskriminierung, ist nicht an den Grundfreiheiten zu messen, sondern unterliegt lediglich den Gleichheitsgrundrechten des Heimatstaats[1206]. Geschützt sind die aktive und die passive Dienstleistungsfreiheit sowie Korrespondenzdienstleistungen[1207].

Dienstleistungen, die in der Bundesrepublik Deutschland angeboten werden sollen, aber womöglich gewissen Einschränkungen durch Tariftreueverlangen ausgesetzt sind, schützt die aktive Dienstleistungsfreiheit des ausländischen Dienstleistungserbringers. Das gilt selbst dann, wenn der Dienstleistungserbringer die Dienstleistung nicht selbst im Empfängermitgliedstaat erbringt, sondern zur Durchführung der Arbeiten vorübergehend seine Arbeitnehmer dorthin entsendet[1208]. Auch die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung ist eine Korrespondenzdienstleistung, die von Art. 56 Abs. 1 AEUV geschützt ist[1209]. Beruft sich ein Unternehmen auf seine Dienstleistungsfreiheit, profitieren davon auch reflexartig seine Arbeitnehmer, sie können sich aber nicht selbst auf die Dienstleistungs-

1202 Nach der h.L. muss auch der Empfänger Unionsbürger sein: Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 39; Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 56; Dauses/*Roth,* E. I. Rn. 156; *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit, S. 197 f.; siehe auch Art. 4 Nr. 3 Dienstleistungsrichtlinie; differenzierend: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 57 AEUV Rn. 22 ff.; a.A. R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 54, nach dem dieses Erfordernis weder vom Wortlaut noch der Systematik des Art. 56 AEUV geboten ist.

1203 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 44.

1204 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 57.

1205 Oben § 5 A. IV. 1. c, S. 216.

1206 *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, S. 167 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*von Bogdandy*, Art. 18 AEUV Rn. 54; Dreier/*Heun*, GG, Art. 3 Rn. 11; Sachs/*Osterloh*, Art. 3 GG Rn. 71.

1207 Oben § 5 A. IV. 1. c, S. 216.

1208 EuGH 3.2.1982 – verb. Rs. 62/81 und 63/81 »Seco« – Slg. 1982, 223; EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417; EuGH 9.8.1994 – Rs. C-43/93 »Vander Elst« – Slg. 1994, I-3803; EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 »Arblade« – Slg. 1999, I-8453; EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98 »Mazzoleni und ISA« – Slg. 2001, I-2189; EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 »Finalarte« – Slg. 2001, I-7831.

1209 Oben § 5 A. IV. 1. c, S. 216.

freiheit berufen[1210]. Gegebenenfalls kommt aber ein Schutz durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Betracht[1211].

Der umgekehrte Fall, die Erbringung einer Dienstleistung durch einen inländischen Dienstleister im Ausland, wird von der Dienstleistungsfreiheit gegen privative Tariftreue hingegen nicht geschützt. Zwar gilt die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich auch für den Dienstleistungsexport, doch verstoßen Beschränkungen bei unterschiedslos anwendbaren Regeln nur dann gegen Art. 56 AEUV wenn die Maßnahme geeignet ist, den Zugang von Dienstleistungen zum Markt eines anderen Mitgliedstaats spezifisch zu behindern[1212].

b. Adressatenstellung

aa. Unmittelbare Drittwirkung bei kollektiven Marktverhaltensregeln

Problematisch ist, dass Private – namentlich Verbände, Betriebsräte und Arbeitgeber – handeln. Sie sind nicht Vertragspartner des AEUV. Mitglied der Europäischen Union ist nach Art. 52 Abs. 1 EUV ausschließlich die Bundesrepublik Deutschland. Auch Art. 57 Abs. 3 und Art. 60 AEUV sind eindeutig auf mitgliedstaatliche Vorschriften gerichtet. Art. 106 Abs. 2 AEUV erklärt die Vorschriften des Vertrags – und damit auch die Grundfreiheiten – ausdrücklich nur auf solche private Unternehmen anwendbar, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben[1213].

Aus dem Wortlaut der allgemeinen Fassung des Art. 56 Abs. 1 AEUV ergibt sich allerdings keine Beschränkung auf bestimmte Adressaten[1214]. Es kommt also entscheidend auf das Ziel der Freiheiten im Rahmen der Verträge an[1215]. Die Auffassungen im Schrifttum hierzu sind geteilt[1216].

Nach dem EuGH sind die Binnenmarktziele der Union gefährdet, »wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse auf-

1210 *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 19; *Birk*, in: FS Wissmann, S. 526 f.; a.A. *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 233 f.
1211 Unten § 5 B. III. 2. a. aa. [3], S. 277.
1212 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [d], S. 230.
1213 *R. Streinz/Leible*, EuZW 2000, 464.
1214 EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74 »Walrave« – Slg. 1974, 1405 Rn. 20.
1215 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn. 165.
1216 Ausführliche Nachweise etwa bei *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 804 ff. und *Preedy*, Bindung Privater, S. 192 ff.

richten«[1217]. Da die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch Tarifverträge und sonstige Maßnahmen, die von Privatpersonen geschlossen bzw. vorgenommen wurden, geregelt sind, bestünde die Gefahr, dass eine Beschränkung der in Art. 45, 49 und 56 AEUV geregelten Verbote auf Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bei ihrer Anwendung zu Ungleichheiten führen könnte[1218]. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gelten die Personenverkehrsfreiheiten daher nicht nur für Akte staatlicher Behörden, sondern erstrecken sich auch auf Regelwerke anderer Art, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv regeln[1219].

Anfangs bezog sich die Rechtsprechung des EuGH zwar nur auf kollektive Regeln von Sportverbänden im Arbeits- und Dienstleistungsbereich[1220], in

1217 EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74 »Walrave« – Slg. 1974, 1405 Rn. 18; bestätigt: EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 83; EuGH 11.4.2000 – verb. Rs. C-51/96 und C-191/97 »Deliège« – Slg. 2000, I-2549 Rn. 47; EuGH 13.4.2000 – Rs. C-176/96 »Lehtonen« – Slg. 2000, I-2681 Rn. 35; EuGH 6.6.2000 – Rs. C-281/98 »Angonese« – Slg. 2000, I-4139 Rn. 32; EuGH 19.2.2002 – Rs. C–309/99 »Wouters« – Slg. 2002, I-1577 Rn. 120; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 98; EuGH 17.7.2007 – Rs. C-94/07 »Raccanelli« – Slg. 2008, I-5939 Rn. 43.

1218 EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74 »Walrave« – Slg. 1974, 1405 Rn. 19; EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 84; EuGH 6.6.2000 – Rs. C-281/98 »Angonese« – Slg. 2000, I-4139 Rn. 33; EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 34; EuGH 25.6.2009 – Rs. C-356/08 »Kommission/Österreich« – Slg. 2009, I-108 Rn. 37; EuGH 16.3.2010 – Rs. C-325/08 »Olympique Lyonnais« – Slg. 2010, I-2177 Rn. 31.

1219 EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74 »Walrave« – Slg. 1974, 1405 Rn. 17; EuGH 14.7.1976 – Rs. 13/76 »Donà« – Slg. 1976, 1333 Rn. 17; EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 82; EuGH 11.4.2000 – verb. Rs. C-51/96 und C-191/97 »Deliège« – Slg. 2000, I-2549 Rn. 47; EuGH 13.4.2000 – Rs. C-176/96 »Lehtonen« – Slg. 2000, I-2681 Rn. 35; EuGH 6.6.2000 – Rs. C-281/98 »Angonese« – Slg. 2000, I-4139 Rn. 31; EuGH 19.2.2002 – Rs. C-309/99 »Wouters« – Slg. 2002, I-1577 Rn. 120; EuGH 18.7.2006 – Rs. C-519/04 P »Meca-Medina« – Slg. 2006, I-6991 Rn. 24; EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 33; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 98; EuGH 17.7.2007 – Rs. C-94/07 »Raccanelli« – Slg. 2008, I-5939 Rn. 43; EuGH 25.6.2009 – Rs. C-356/08 »Kommission/Österreich« – Slg. 2009, I-108 Rn. 37; EuGH 16.3.2010 – Rs. C-325/08 »Olympique Lyonnais« – Slg. 2010, I-2177 Rn. 30; kritisch und zum Streitstand in der Literatur: Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 44 ff. mit weiteren Nachweisen.

1220 EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74 »Walrave« – Slg. 1974, 1405 Rn. 2; EuGH 14.7.1976 – Rs. 13/76 »Donà« – Slg. 1976, 1333 Rn. 3; ; EuGH 15.12.1995 –

seiner Entscheidung in der Sache »Fernández de Bobadilla«[1221] nannte er jedoch erstmalig auch Tarifverträge. Freilich kann privative Tariftreue deutschrechtlich nur in schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen geregelt werden[1222], weswegen die Drittwirkung nicht mit Hilfe der Normativwirkung nach § 4 Abs. 1 TVG begründet werden kann[1223]. Der EuGH betonte indes in der Sache »Viking«, dass sich der bisherigen Rechtsprechung kein Hinweis darauf entnehmen ließe, »dass sie auf Vereinigungen oder Einrichtungen beschränkt wäre, die eine Regelungsfunktion wahrnehmen und über quasilegislative Befugnisse verfügen«[1224]. Auf diese »technische Qualifizierbarkeit« kommt es im Rahmen der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten daher nicht an, sondern nur darauf, dass es sich um ein Regelwerk handelt, dem eine (faktische) Regelungs*wirkung* innewohnt. Insbesondere kommt es auch nicht darauf an, dass es sich um kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich handelt[1225]. Wie weit der EuGH die Drittwirkung reichen lassen will, zeigt schon seine frühe Entscheidung in der Sache »Haug-Adrion«, in der er Versicherungsbestimmungen (Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB[1226]) auf – allerdings diskriminierende – Regelungen überprüfte[1227]. Daher genügt die faktische Regelungswirkung privativer Tariftreue, die auch einer schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarung innewohnen kann. Sie regelt kollektiv das Verhalten auf dem Markt und kann daher als »kollektive Marktverhaltensregel« bezeichnet werden.

Den Gegenpol bilden rein privatautonome Entscheidungen. Man führe sich noch einmal das Beispiel vor Augen, dass ein unbeeinflusstes Unternehmen aus selbstbestimmtem sozialem Engagement nur noch mit Unternehmen kontrahiert, die ihrerseits gewisse Tarifmindestbedingungen gewähren[1228]. Das ist zwar kein Fall privativer Tariftreue, da es am Dreipersonenverhältnis von Tariftreueveranlasser, Tariftreuegläubiger und Tariftreueschuldner fehlt[1229]. Aber auch eine den Grundfreiheiten un-

Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 2 ff.; EuGH 11.4.2000 – verb. Rs. C-51/96 und C-191/97 »Deliège« – Slg. 2000, I-2549 Rn. 2 ff.

1221 EuGH 8.7.1999 – Rs. C-234/97 »Fernández de Bobadilla« – Slg. 1999, I-4773 Rn. 36.

1222 Oben § 2 A. II, S. 56.

1223 Das scheinen *Mohr/Wolf*, JZ 2011, 1091, 1095 und 1097 zu übersehen.

1224 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 65; a.A. offenbar Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 66.

1225 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn. 176.

1226 MünchKommVVG/*Reiff*, AVB Einl. Rn. 1; Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Brömmelmeyer*, Einl. Rn. 61.

1227 EuGH 13.12.1984 – Rs. 251/83 »Haug-Adrion« – Slg. 1984, 4277 Rn. 14 ff.

1228 Oben § 1 B. I. 4, S. 32.

1229 Oben § 1 B. II, S. 34.

terliegendes Regelwerk wird dadurch nicht geschaffen, da die unternehmerische Entscheidung jederzeit wieder abgeändert werden kann. Anders wäre es, wenn jenes soziale Unternehmen seine Unternehmen verpflichtet, die Tariftreueforderung in der Subunternehmer- bzw. Lieferantenkette weiterzugeben. In diesen Fällen stellt das Erstunternehmen als Tariftreueveranlasser eine Regel auf und kontrolliert dessen Durchsetzung. Dann handelt es sich wieder um einen Fall privativer Tariftreue. Mit dieser Abgrenzung wahrt der EuGH auch die immanente und (etwa durch Art. 16 GRC) unionsgrundrechtlich festgeschriebene Schranke der Privatautonomie, die es verbietet sämtliche Maßnahmen Privater an den Grundfreiheiten zu messen[1230].

Auch faktische betriebliche Abreden enthalten kollektive Marktverhaltensregeln in diesem Sinne. Auf die Normativwirkung kommt es nicht an. Zwar ließe sich dem entgegensetzen, dass sie – wie bei freien unternehmerischen Entscheidungen – im weitesten Sinne Ergebnis der inneren Willensbildung des Unternehmens sind. Allerdings unterscheiden sie sich zur freien unternehmerischen Entscheidung dadurch, dass ein Dritter – namentlich der Betriebsrat – deren Durchsetzung kontrolliert und internen Zwang ausübt. Selbst bei faktischen betrieblichen Abreden kann der Betriebsrat unter Umständen deren Befolgung erzwingen[1231].

Privative Tariftreue ist daher an den Grundfreiheiten zu messen, da sie eine kollektive Marktverhaltensregel aufstellt, für die der Tariftreueveranlasser verantwortlich ist und die er durchsetzt.

bb. Verpflichtete

Damit ist aber noch nicht gesagt, gegen wen der Tariftreueschuldner vorgehen muss. Dabei geht es nicht so sehr um die Nichtigkeit grundfreiheitenbeschränkender Tariftreuevereinbarungen nach § 134 BGB[1232], sondern vielmehr um etwaige zivilrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2, § 1004 BGB[1233].

[1] Gewerkschaft und Arbeitgeberverband

In der Sache »Viking« bejahte der EuGH im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit die Frage ob die Grundfreiheit geeignet ist, einem privaten Unternehmen Rechte zu verleihen, auf die er sich gegenüber einer

1230 Dazu R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 69.
1231 Oben § 2 B. IV, S. 80.
1232 *Ganten*, Drittwirkung, S. 200 f.
1233 *Ganten*, Drittwirkung, S. 203 ff.

Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverbund berufen kann[1234]. Letztere beschränkten in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt einen Arbeitgeber boykottähnlich in seiner Niederlassungsfreiheit, um den Abschluss eines neuen Tarifvertrags nach Heimatrecht zu erreichen. Der EuGH stellte auf seine Rechtsprechung in der Sache »Defrenne« zu Art. 157 AEUV ab, wonach »die Tatsache, dass sich bestimmte Vertragsbestimmungen förmlich an die Mitgliedstaaten richten, nicht ausschließt, dass zugleich allen an der Einhaltung der so definierten Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können, und dass das Verbot, eine in einer Vertragsbestimmung mit zwingendem Charakter vorgesehene Grundfreiheit anzutasten, insbesondere für alle Verträge gilt, die die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln sollen«[1235]. Er leitete aus dem Tarifabschlussziel der Gewerkschaft ab, dass auch einseitige (Arbeitskampf-)Maßnahmen der Niederlassungsfreiheit unterfallen, da sie »als untrennbar mit dem Tarifvertrag anzusehen«[1236] seien. Die beschränkende Wirkung der einseitigen Maßnahme leitete er aus den Regelungen, die im Tarifvertrag vereinbart werden sollten, ab[1237]. Bezugspunkt für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der Maßnahme ist daher die in Aussicht genommene Regelung[1238]. Daraus lässt sich um Umkehrschluss ableiten, dass bei schon erfolgtem Tarifabschluss erst recht gegen die abschließende(n) Kollektivorganisation(en) vorgegangen werden können muss. Das trifft zunächst die Gewerkschaft und gegebenenfalls den verbandstarifschließenden Arbeitgeberverband.

[2] Betriebsrat und Unternehmen

Im Fall der Betriebsvereinbarung oder von einem Unternehmen veranlasster privativer Tariftreue könnten auch das Unternehmen oder der Betriebsrat bzw. die handelnden Betriebsratsmitglieder[1239] Adressat sein. Das würde zu einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten nicht nur zulasten Kollektiver sondern auch zulasten Individualpersonen führen, was der EuGH bisher auf Diskriminierungsfälle im Rahmen der Arbeit-

1234 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 66; zustimmend *Franzen*, in: FS Buchner, S. 236 ff.; kritisch z.B. Däubler/Hjort/*Schubert*/Wolmerath, Art. 157 AEUV Rn. 173 ff.; *Blanke*, AuR 2006, 1, 4; *Langenfeld*, in: FS Isensee, S. 823.

1235 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 58 unter Bezugnahme von EuGH 8.4.1976 – Rs. 43/75 »Defrenne« – Slg. 1976, 455 Rn. 31, 39.

1236 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 36.

1237 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 72 f.

1238 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn. 162.

1239 Oben § 3 A. I. 2. a. dd, S. 113.

nehmerfreizügigkeit[1240] sowie auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts nach Art. 157 AEUV[1241] beschränkt hat[1242].

Allerdings lässt sich auch die unmittelbare Drittwirkung zulasten (sonstiger) Privater aus der Entscheidung in der Sache »Viking« ableiten. Der EuGH stellte fest, dass es nicht nur Arbeitgeberverbände, sondern auch Arbeitgeber sind, die an der Gestaltung der Verträge zur kollektiven Regelung der abhängigen Erwerbstätigkeit mitwirken[1243]. Nach § 13 Abs. 2 Satz 3 des finnischen Grundgesetzes[1244] ist es Gewerkschaften gestattet, kollektive Maßnahmen gegen Arbeitgeber zu ergreifen. Indem der EuGH für die einseitige Maßnahme auf das Tarifabschlussziel abstellt, das auf einen Haustarifvertrag zwischen Gewerkschaft und dem Unternehmen Viking Line gerichtet war, anerkannte er den Haustarifvertrag ausdrücklich als Kollektivregelung im Sinne seiner Rechtsprechung. Auch betont der EuGH in der Entscheidung, dass sich der bisherigen Rechtsprechung kein Hinweis darauf entnehmen ließe, »dass sie auf Vereinigungen oder Einrichtungen beschränkt wäre, die eine Regelungsfunktion wahrnehmen und über quasilegislative Befugnisse verfügen«[1245].

Es zeigt sich also erneut, dass es dem EuGH nicht auf die Bestimmung bestimmter enumerativ aufgezählter kollektiver Regeln geht, sondern generell alle Initiatoren von Regelwerken im Sinne der Rechtsprechung des EuGH[1246] auch Verpflichtungsadressaten privatrechtlicher Maßnahmen sein können.

Damit können auch privative Tariftreue veranlassende Unternehmen oder handelnde Betriebsratsmitglieder Adressat der Maßnahmen sein.

cc. Kein Vorrang der Wettbewerbsregeln

Der unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten auf kollektive Marktverhaltensregeln könnte entgegenstehen, dass bereits die

1240 Unten § 5 B. III. 2. b, S. 282.
1241 Ständige Rechtsprechung seit EuGH 8.4.1976 – Rs. 43/75 »Defrenne« – Slg. 1976, 455.
1242 Zur unmittelbaren Drittwirkung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 AEUV sowie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts siehe Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn. 155 ff.
1243 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 65.
1244 Suomen perustuslaki 11.6.1999/731, http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990731, deutsche Übersetzung abrufbar unter http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/de19990731.pdf.
1245 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05 »Viking« – Slg. 2007, I-10779 Rn. 65; a.A. offenbar Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 66.
1246 Oben § 5 B. I. 2. b, S. 251.

Regeln des europäischen Kartellrechts Handlungen Privater verbieten, welche der Verwirklichung des Binnenmarktes entgegenstehen. Beide Regelungskomplexe basieren auf dem Grundgedanken, den Binnenmarkt zu verwirklichen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV, Art. 3 Abs. 1 lit. b, Art. 26 Abs. 2 AEUV). Durch eine parallele Anwendung der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln besteht jedoch die Gefahr, dass durch eine grundfreiheitliche Sanktionierung des Handelns der Freistellungstatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV oder auch nur die Vorschlagsbefugnis des Art. 105 Abs. 1 Satz 3 AEUV unterlaufen werden könnte und dadurch das unionale Zuständigkeitsgefüge gestört würde, da über den Freistellungstatbestand die Kommission entscheidet, während der Verstoß gegen die Grundfreiheit im Zweifel vom EuGH entschieden wird[1247].

In der Literatur wird – soweit die Art. 101 f. AEUV nicht ohnehin als Argument gegen die unmittelbare Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten herangezogen werden[1248] – entweder ein Vorrang der Art. 101 ff. AEUV gefordert[1249] (solange Handlungsoptionen der Kommission bestehen[1250]) oder eine parallele Anwendbarkeit befürwortet[1251].

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass Konkurrenzen selten sind. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln setzt das Handeln von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen voraus. Diese sind aber regelmäßig nicht an die Grundfreiheiten gebunden. Diejenigen, die an die Grundfreiheiten gebunden sind (insbesondere die Mitgliedstaaten und die Europäische Union selbst), sind hingegen regelmäßig keine Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen.

Zu Überschneidungen kann es aber bei bestimmtem hoheitlichen Handeln kommen[1252]:

- Handelt der Mitgliedstaat oder seine Untergliederungen selbst wirtschaftlich, wird er nach der Rechtsprechung des EuGH funktional als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts angesehen[1253], bleibt aber zugleich an die Grundfreiheiten gebunden.

1247 *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 169 f.
1248 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 115; Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 49; Dauses/*Roth,* E. I. Rn. 28; *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung, S. 140 ff; *Weiß*, Personenverkehrsfreiheiten, S. 109; *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 152; *Roth*, in: FS Everling, S. 1242; *R. Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 464.
1249 *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, S. 152; *Roth*, EWS 2013, 16, 25.
1250 *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 170.
1251 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 137; *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung, S. 180; *Lenk*, Werbeverbote, S. 115 ff.
1252 Übersicht bei Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 21 ff.
1253 EuGH 23.4.1991 – Rs. C-41/90 »Höfner und Elser« – Slg. 1991, I-1979 Rn. 22.

- Handelt der Mitgliedstaat zwar nicht selbst wirtschaftlich, veranlasst aber Unternehmen zu bestimmten Verhaltensweisen, die ihrerseits gegen Art. 101 f. AEUV verstoßen, begründen Art. 3 lit. f, Art. 5 Abs. 2 EWGV (jetzt: Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1, Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV) eine mittelbare Bindung des Mitgliedstaats, der freilich ebenfalls weiterhin an die Grundfreiheiten gebunden bleibt[1254].
- Schließlich unterliegen nach Art. 106 AEUV öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, ausdrücklich sowohl den Grundfreiheiten als auch den Wettbewerbsregeln (»keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen«, Art. 106 Abs. 1 AEUV und »gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln«, Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV).

Den Verträgen ist das Problem der Konkurrenz von Kartellrecht und Grundfreiheiten also keineswegs fremd und wird durchgängig mit Idealkonkurrenz beantwortet. Nichts anderes kann gelten, wenn in anderen (unbeantworteten) Fällen zufällig Unternehmens- bzw. Unternehmensvereinigungseigenschaft und Bindung an die Grundfreiheiten zusammenfallen. Da die Wettbewerbsregeln keinen Spezialtatbestand der Grundfreiheiten darstellen[1255], sondern den Binnenmarkt (nur) aus einer anderen Perspektive schützen[1256], überwindet die Rechtmäßigkeit nach der einen Regel nicht *per se* das Verbot nach der anderen Regel[1257]. Freilich mag das im Einzelfall zu einer Doppelverpflichtung Privater[1258] – bzw. korrekter: den Grundfreiheiten *und* Wettbewerbsvorschriften verpflichteter Parteien kollektiver Marktverhaltensregeln[1259] – führen, wie es hier für privative Tariftreue im Raum steht. Aufgrund des unterschiedlichen Schutzansatzes ist das aber nur konsequent und entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH. In seiner Entscheidung in der Sache »Wouters« bejahte er einerseits die kartellrechtliche Unternehmensvereinigungseigenschaft der niederländischen Rechtsanwaltskammer, überprüfte aber zugleich kollektive

1254 EuGH 18.6.1998 – Rs. C-266/96 »Corsica Ferries France« – Slg. 1998, I-3949 Rn. 49, 56 ff.
1255 *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung, S. 173 ff.
1256 *Ganten*, Drittwirkung, S. 78 f.; *Lenk*, Werbeverbote, S. 117 f., 218, 258; *Mortelmans*, CMLR 2001, 613, 647 f.
1257 R. Streinz/*Müller-Graff*, Art. 56 AEUV Rn. 137; FK/*Roth/Ackermann*, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 15.
1258 So die Kritik von *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung, S. 171 ff.
1259 Klarstellend, dass die Differenzierung nicht anhand der Merkmale »privat« und »öffentlich« erfolgt: *Ganten*, Drittwirkung, S. 72 f.

Regelungen derselben anhand der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit[1260].

Im Übrigen kann hier eine Sperrwirkung durch die Wettbewerbsregeln schon dadurch verneint werden, dass keine Umgehung der jeweiligen Rechtfertigungsmöglichkeiten droht. Da für grenzüberschreitende privative Tariftreue eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht in Betracht kommt[1261] und das Ermessen nach Art. 105 Abs. 1 Satz 3 AEUV mangels Alternativen zur Aufhebung der Tariftreueregelung auf null reduziert ist, steht einer parallelen Anwendung der Wettbewerbsvorschriften und der Personenverkehrsfreiheiten schon aus diesem Grund nichts im Wege.

dd. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue ist daher an der Dienstleistungsfreiheit zu messen, da sie eine kollektive Marktverhaltensregel aufstellt, ohne dass die Wettbewerbsregeln vorrangig wären.

c. Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist im Rahmen der Anwendbarkeit[1262] eröffnet.

3. Tatbestand

Ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit kommt nur in Betracht, wenn privative Tariftreue ausländische Dienstleister unmittelbar oder mittelbar diskriminiert oder in ihrer Dienstleistungsfreiheit beschränkt.

a. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Nach Art. 56 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union verboten. Davon erfasst sind nicht nur sämtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle Beschränkungen, selbst wenn sie unterschiedslos für Inwie für Ausländer gelten[1263].

Das Diskriminierungsverbot ist im Bereich privativer Tariftreue bisher praktisch nicht relevant geworden. Privative Tariftreue verlangt Tariftreue grundsätzlich von allen Tariftreueschuldnern unterschiedslos und möchte

1260 EuGH 19.2.2002 – Rs. C-309/99 »Wouters« – Slg. 2002, I-1577 Rn. 64 und 120.
1261 Oben § 3 A. I. 5. b, S. 136.
1262 Oben § 5 B. I. 1, S. 246.
1263 Oben § 5 A. IV. 2. a, S. 218.

Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch aufgrund anderer Anknüpfungsmerkmale verdeckt (mittelbar) schlechterstellen[1264]. Relevant bleibt das Beschränkungsverbot außerhalb der Erstreckung tariflicher Bedingungen auf (ausländische) Leiharbeitnehmer. Insoweit formt Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie das Beschränkungsverbot abschließend aus und ist primärrechtlich nicht mehr zu prüfen[1265].

b. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Art. 56 Abs. 1 AEUV verbietet Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern. Dabei genügt jede abstrakte Möglichkeit der Beschränkung[1266].

Neben ausländischen Verleihern[1267] können auch sonstige Dienstleister faktisch gezwungen sein, ihren Arbeitnehmern höhere Entgelte zu zahlen, um mit Tariftreuegläubigern in Deutschland zu kontrahieren. Wie stark sich privative Tariftreue auf die Vergütung der Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners auswirkt, hängt letztlich davon ab, wie personalintensiv die Branche ist. Hierdurch können ausländische Dienstleister ihren Lohnkostenvorteil verlieren. Darüber hinaus ist die grenzüberschreitende Dienstleistung *per se* mit höheren Transaktionskosten belastet, sodass diese variablen Kosten schwieriger im Dienstleistungsentgelt aufgefangen werden können. Dadurch sinkt die Wettbewerbsfähigkeit des ausländischen Dienstleisters und wird die Betätigung auf bestimmten deutschen Märkten weniger attraktiv.

Wie bereits für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung dargelegt[1268], gilt aufgrund der Bestimmungen der Rom I-VO in aller Regel das Heimatsarbeitsrecht des ausländischen Dienstleisters. Gleichzeitig werden durch zwingende deutsche Arbeitsbedingungen, die Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO sind, die durch Tariftreue verlangten Arbeitsbedingungen nicht erreicht, sodass nicht nur die ohnehin geltende Rechtslage wiedergeben, sondern »mehr« verlangt wird:

- Allgemeine Arbeitsbedingungen im Sinne des § 2 Nr. 1 AEntG spiegeln nicht das Lohnniveau wieder, das mit privativer Tariftreue erzwungen werden soll[1269].

1264 Oben § 5 A. III, S. 208.
1265 Oben § 5 A. IV. 1. d, S. 217.
1266 Oben § 5 A. IV. 2. b, S. 218.
1267 Oben § 5 A. IV. 2. c, S. 219.
1268 Oben § 5 A. IV. 2. d, S. 220.
1269 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [1], S. 222.

- Die Erstreckung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen nach § 3 AEntG ist begrenzt[1270]. Bei Korrespondenzdienstleistungen (mit Ausnahme der Arbeitnehmerüberlassung) sind beispielsweise keine Arbeitnehmer des ausländischen Dienstleisters im Inland beschäftigt, sodass das AEntG nicht anwendbar ist. Darüber hinaus muss auch die Tätigkeit des Dienstleisters in den fachlichen Anwendungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags fallen. Daneben bleibt die Tarifkluft.
- Schließlich hilft das allgemeine arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot nicht zur Lohngleichheit beim Entleiher[1271].

Die gleichzeitige etwaige Betroffenheit des Tariftreuegläubigers, der den Tariftreuschuldner zu gewissen Vertragsbedingungen drängen muss, kann als Exportbeschränkung hingegen keine Berücksichtigung finden[1272].

c. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue beschränkt EU-ausländische Tariftreueschuldner daher potentiell in ihrer Dienstleistungsfreiheit. Die Betätigung auf dem jeweils anderen Markt wird durch privative Tariftreue weniger interessant.

4. Rechtfertigung

Privative Tariftreue verstößt indes nur dann gegen das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit, wenn sie nicht gerechtfertigt werden kann. Da ein Rückgriff auf die Grundrechte, insbesondere das Recht auf Kollektivmaßnahmen nach Art. 28 GRC, für privative Tariftreue ausscheidet und für privative Tariftreue als kollektive Marktverhaltensregel[1273] auch nicht die geringeren Rechtfertigungsanforderungen der »sachlichen Erwägungen« gelten[1274], bleibt nur die Möglichkeit der Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls.

a. Schutz der Arbeitnehmer

Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt auch der soziale Schutz der Arbeitnehmer, der hier als etwaiger Rechtfertigungsgrund einschlägig sein könnte[1275]. Da der EuGH schon mehrfach entschieden hat, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle

1270 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [2], S. 223.
1271 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [4], S. 232.
1272 Oben § 5 B. I. 2. a, S. 249.
1273 Oben § 5 B. I. 2. b, S. 251.
1274 Oben § 5 A. IV. 3. b, S. 235.
1275 Oben § 5 A. II. 1, S. 199.

Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben und die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen, könnte man also durchaus auf die Idee kommen, privative Tariftreue als »Quasi-Mindestlohn« falle unter diese Rechtsprechungslinie[1276].

b. Erhöhte Anforderungen an Stimmigkeit

Die grundsätzliche Qualifikation des Schutzes der Arbeitnehmer als zwingenden Grund des Allgemeininteresses darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass jede Beschränkung geeignet und erforderlich sein muss, um das legitime Allgemeinwohlinteresse zu verwirklichen, insbesondere die Einschränkung nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen und das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar sein darf[1277].

Gemessen an den vom EuGH in der Sache »Rüffert« entwickelten erhöhten Anforderungen an die Stimmigkeit der Argumentation im Rahmen von Geeignetheit und Erforderlichkeit[1278], kommt eine Rechtfertigung privativer Tariftreue nicht in Betracht: Sie ist nicht kohärent, da die Regelungen nur für Arbeitnehmer derjenigen Tariftreuschuldner gelten, die mit in Dienst genommenen Tariftreuegläubigern kontrahieren möchten und Partikularschutz keine geeignete Schutzmaßnahme darstellt.

c. Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie

Daneben sind die Höchstvorgaben für Schutzbestrebungen in Entsendefällen nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Entsenderichtlinie zu beachten[1279].

d. Zwischenergebnis

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann somit nicht gerechtfertigt werden.

5. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt damit gegen die Dienstleistungsfreiheit EU-ausländischer Tariftreueschuldner.

1276 Oben § 5 A. IV. 3. c. aa, S. 236.
1277 Oben § 5 A. IV. 3. d, S. 240.
1278 Oben § 5 A. IV. 3. d, S. 240.
1279 Oben § 5 A. IV. 3. f, S. 243.

II. Warenverkehrsfreiheit

1. Anwendbarkeit

Neben die Dienstleistungsfreiheit, die das grenzüberschreitende Anbieten von Dienstleistungen schützt, tritt die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 ff. AEUV. Sie ist als unmittelbar anwendbare[1280] Grundfreiheit zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 26 Abs. 2 AEUV unabdingbar[1281].

Die Art. 34 ff. AEUV enthalten keine Ermächtigung des Unionsgesetzgebers zur Beseitigung nationaler Hindernisse für den innerunionalen Warenverkehr; Warenverkehrsstandards können jedoch auf Grundlage der Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV geschaffen werden[1282]. Dabei hat der Sekundärrechtsetzer eine Reihe warenbezogener Sekundärrechtsakte geschaffen, die einerseits abschließenden Charakter haben, andererseits aber nur teilharmonisieren[1283]. Soweit der Sekundärrechtsetzer Herstellung, Aufmachung und Vertrieb von Waren in einem bestimmten Bereich abschließend geregelt hat, scheidet eine Berufung der Mitgliedstaaten auf Rechtfertigungsgründe aus, da das unionsrechtliche Allgemeininteresse bereits konkretisiert wurde[1284]. Darauf soll im Folgenden nicht weiter eingegangen werden, da es sich um Spezialregelungen für bestimmte Warengruppen handelt, die im Hinblick auf privative Tariftreue keine besonderen Erkenntnisse bringen.

2. Anwendungsbereich

Damit die Warenverkehrsfreiheit vor grenzüberschreitender privativer Tariftreue schützen kann, müsste der sachliche und persönliche Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet sein und die Handelnden adressieren.

a. Schutzbereich

Die Warenverkehrsfreiheit schützt Unionswaren. Das sind gemäß Art. 28 Abs. 2 AEUV alle aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie die-

1280 EuGH 22.3.1977 – Rs. 74/76 »Iannelli & Volpi« – Slg. 1977, 557 Rn. 13; EuGH 5.3.1996 – verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 »Brasserie du pêcheur und Factortame« – Slg. 1996, I-1029 Rn. 23.

1281 EuGH 9.12.1997 – Rs. C-265/95 »Kommission/Frankreich« – Slg. 1997, I-6959 Rn. 30.

1282 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 14.

1283 Dazu R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 15 mit Beispielen.

1284 EuGH 11.5.1999 – Rs. C-350/97 »Monsees« – Slg. 1999, I-2921 Rn. 24; auch EuGH 13.1.2000 – Rs. C-220/98 »Estée Lauder« – Slg. 2000, I-117 Rn. 23; R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 14.

jenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden. Der Warenhandel mit Drittstaaten unterfällt Art. 207 AEUV. Die Dienstleistungsfreiheit kann mit der Warenverkehrsfreiheit insoweit zusammenhängen, als die zu erbringende Dienstleistung nur Neben- oder Begleiterscheinung der Warenlieferung ist[1285]. Steht die Warenlieferung im Hintergrund, sind hingegen die Art. 56 ff. AEUV, ob der Subsidiaritätsanordnung in Art. 57 Abs. 1 AEUV, einschlägig[1286]. Jeweils wird die Maßnahme nur entweder anhand der Warenverkehrsfreiheit oder anhand der Dienstleistungsfreiheit geprüft, wenn sich herausstellt, dass eine der beiden Freiheiten völlig zweitrangig ist[1287].

Waren sind Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können[1288]. Die Warenverkehrsfreiheit schützt das Recht, Waren »zu erwerben, anzubieten, auszustellen oder feilzuhalten, zu besitzen, herzustellen, zu befördern, zu verkaufen, entgeltlich oder unentgeltlich abzugeben, einzuführen oder zu verwenden«[1289]. Geschützt sind daher ausländische Lieferanten, die Waren an Tariftreuegläubiger veräußern wollen, ebenso wie der umgekehrte Fall, dass Tariftreuegläubiger ihre Waren an Tariftreueschuldner veräußern möchten.

Persönlich schützt die Warenverkehrsfreiheit jedenfalls Unionsbürger und nach Maßgabe des Art. 54 Abs. 2 AEUV auch juristische Personen[1290]. Ob auch Drittstaatsangehörige von der Warenverkehrsfreiheit geschützt werden ist umstritten[1291], wird aber mit dem Argument bejaht, Art. 28 Abs. 2 AEUV knüpfe nur an die Herkunft der Ware an[1292].

b. Adressaten

Fraglich ist, ob Private, gleichermaßen wie bei der Dienstleistungsfreiheit[1293], Adressaten der Warenverkehrsfreiheit sind.

1285 *Birk*, in: FS Wissmann, S. 525.
1286 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 12.
1287 EuGH 26.5.2005 – Rs. C-20/03 »Burmanjer« – Slg. 2005, I-4133 Rn. 35 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH.
1288 EuGH 10.12.1968 – Rs. 7/68 »Kommission/Italien« – Slg. 1968, 634, 642; EuGH 26.10.2006 – Rs. C-65/05 »Kommission/Griechenland« – Slg. 2006, I-10341 Rn. 23.
1289 EuGH 27.06.1996 – Rs. C-293/94 »Brandsma« – Slg. 1996, I-3159 Rn. 6; Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 123.
1290 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 124.
1291 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 32 f.
1292 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 24; *Frenz*, HdbEuR I, Rn. 230 f.; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, S. 274 f.
1293 Oben § 5 B. I. 2. b, S. 251.

aa. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Zunächst vertrat der EuGH in seiner Entscheidung in der Sache »Dansk Supermarked« die Ansicht, »dass Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrags über den freien Warenverkehr abweichen dürfen«[1294]. Mittlerweile betont der EuGH, dass sich die Art. 34 ff. AEUV »nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen beziehen«[1295]. Die erstgenannte Entscheidung wird daher als Ausreißer in der Judikatur des EuGH gesehen[1296].

Allerdings vermitteln die Grundfreiheiten, als Ausprägung der Handlungspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV, auch Schutzpflichten[1297]. Ebendiese zieht der EuGH bei der Warenverkehrsfreiheit heran, denn sie verbietet »nicht nur Maßnahmen, die auf den Staat zurückzuführen sind und selbst Beschränkungen für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten treffen, sondern kann auch dann Anwendung finden, wenn ein Mitgliedstaat keine Maßnahmen ergriffen hat, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs einzuschreiten, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückzuführen sind«[1298]. »Der innergemeinschaftliche Handelsverkehr kann nämlich ebenso wie durch eine Handlung dadurch beeinträchtigt werden, daß ein Mitgliedstaat untätig bleibt oder es versäumt, ausreichende Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr zu treffen, die insbesondere durch Handlungen von Privatpersonen in seinem Gebiet geschaffen wurden, die sich gegen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten richten«[1299].

Die vom EuGH bei der Warenverkehrsfreiheit herangezogene Schutzpflicht besteht freilich gleichermaßen bei den Personenverkehrsfreiheiten. Schutzpflicht und Drittwirkung schließen sich nicht gegenseitig aus[1300]. Die Argumente des EuGH zur Bejahung der Drittwirkung bei den Perso-

1294 EuGH 22.01.1981 – Rs. 58/80 »Dansk Supermarked« – Slg. 1981, 181 Rn. 17; auch schon EuGH 8.6.1971 – Rs. 78/70 »Deutsche Grammophon Gesellschaft« – Slg. 1971, 487 Rn. 12.

1295 EuGH 01.10.1987 – Rs. C-311/85 »van Vlaamse Reisbureaus« – Slg. 1987, 3801 Rn. 30; ähnlich EuGH 27.9.1988 – Rs. 65/86 »Bayer und Maschinenfabrik Hennecke« – Slg. 1988, 5249 Rn. 11 f.

1296 *Roth*, in: FS Everling, S. 1234 ff.

1297 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 12.

1298 EuGH 9.12.1997 – Rs. C-265/95 »Kommission/Frankreich« – Slg. 1997, I-6959 Rn. 30; auch EuGH 12.6.2003 – Rs. C-112/00 »Schmidberger« – Slg. 2003, I-5659 Rn. 57.

1299 EuGH 9.12.1997 – Rs. C-265/95 »Kommission/Frankreich« – Slg. 1997, I-6959 Rn. 31; EuGH 12.6.2003 – Rs. C-112/00 »Schmidberger« – Slg. 2003, I-5659 Rn. 58

1300 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 15.

nenverkehrsfreiheiten, mithin dass die Binnenmarktziele der Union gefährdet seien, wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichten[1301], gelten gleichermaßen für die Warenverkehrsfreiheit[1302].

bb. Kritik in der Literatur

Im Schrifttum sind die Ansichten geteilt, doch ist man sich im Wesentlichen zumeist einig, dass die Grundfreiheiten einheitlich zu behandeln sind[1303]. Teilweise wird auch versucht, die unterschiedliche Behandlung anhand der unterschiedlichen Fallkonstellationen zu erklären: Während es bei den Entscheidungen des EuGH zur Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit entweder um Fälle ging, für die die Art. 101 ff. AEUV sachnäher waren oder sich bei Blockaden von Demonstranten außer dem einschreitenden Mitgliedstaat kein Verantwortlicher finden ließ[1304], betrafen die zu den Personenverkehrsfreiheiten ergangenen Entscheidungen Fälle privater Regelsetzung, die der EuGH funktional für mit staatlicher Rechtsetzung vergleichbar hält[1305].

cc. Lösung und neue Rechtsprechung des EuGH

Während der erstgenannte Fall zu keiner Unterscheidung führen darf, da die Wettbewerbsvorschriften nicht nur andere Voraussetzungen als die Personenverkehrsfreiheiten haben[1306], sondern auch als die Warenverkehrsfreiheit[1307], trifft es die zweitgenannte Fallkonstellation: Es kommt auf die Regelungswirkung an. Handelt es sich um eine kollektive Marktverhaltensregel, adressiert die Grundfreiheit unmittelbar auch Private. Bei Be-

1301 EuGH 12.12.1974 – Rs. 36/74 »Walrave« – Slg. 1974, 1405 Rn. 18; bestätigt: EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 83; EuGH 11.4.2000 – verb. Rs. C-51/96 und C-191/97 »Deliège« – Slg. 2000, I-2549 Rn. 47; EuGH 13.4.2000 – Rs. C-176/96 »Lehtonen« – Slg. 2000, I-2681 Rn. 35; EuGH 6.6.2000 – Rs. C-281/98 »Angonese« – Slg. 2000, I-4139 Rn. 32; EuGH 19.2.2002 – Rs. C-309/99 »Wouters« – Slg. 2002, I-1577 Rn. 120; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 98; EuGH 17.7.2007 – Rs. C-94/07 »Raccanelli« – Slg. 2008, I-5939 Rn. 43.

1302 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 27; anders Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 115.

1303 *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 713 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

1304 von Bogdandy/Bast/*Kingreen*, S. 747.

1305 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 222.

1306 Oben § 5 B. I. 2. b. cc, S. 256.

1307 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 27.

schränkungen durch tatsächliches Handeln (wie etwa Blockaden durch Demonstranten) bleibt es hingegen bei der mitgliedstaatlichen Schutzpflicht.

Soweit die Rechtsprechung des EuGH herangezogen wird, die Art. 34 ff. AEUV bezögen sich nicht auf »Verhaltensweisen von Unternehmen«, um der Drittwirkung eine (endgültige) Absage zu erteilen, ist zu erwidern, dass keine Aussage über kollektive Marktverhaltensregeln getroffen wurde. Auch aus der Entscheidung in der Sache »Bayer und Maschinenfabrik Hennecke« ist eine eindeutige Absage der Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit nicht herauszulesen. Der EuGH betont nur, dass sich die Vorlagefrage »nicht auf die Anwendung einer nationalen Regelung über die Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts [bezieht], durch die der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten behindert werden *könnte*« (Hervorhebung durch den Verfasser)[1308].

Eine Abkehr bzw. Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung deutet auch eine neue Entscheidung des EuGH an, in der dieser Art. 34 AEUV auf eine private Normungs- und Zertifizierungsstelle anwandte, da deren Tätigkeit »ebenso wie staatliche Maßnahmen Behinderungen des freien Warenverkehrs« zur Folge hatte[1309]. Die Zertifizierungsstelle hatte Normen erlassen, die dem italienischen Unternehmen faktisch den Marktzugang versperrten.

dd. Zwischenergebnis

Richtigerweise ist daher die Warenverkehrsfreiheit nach den gleichen Kriterien wie die Personenverkehrsfreiheiten unmittelbar auf kollektive Marktverhaltensregel anwendbar[1310]. Das bedeutet, dass privative Tariftreue auch an der Warenverkehrsfreiheit zu messen ist.

Bleibt man beim Schutzpflichtkonzept, kann eine Prüfung privativer Tariftreue an den Art. 34 ff. AEUV nicht erfolgen. Vielmehr ist zu prüfen, ob der Mitgliedstaat seine Schutzpflicht, privative Tariftreue effektiv zu verbieten, mithin auch zu sanktionieren, erfüllt hat. Lässt man die deutschrechtliche Unwirksamkeit – wie es hier vertreten wird[1311] – genügen, wäre der Schutzpflicht genüge getan. Sieht man die Sanktionsmöglichkeiten als nicht ausreichend an, wie es etwa der EuGH in der Sache »Kommission/ Frankreich« tat, da Frankreich trotz Strafbarkeit der privaten Handlungen nicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat,

1308 EuGH 27.9.1988 – Rs. 65/86 »Bayer und Maschinenfabrik Hennecke« – Slg. 1988, 5249 Rn. 12.

1309 EuGH 12.7.2012 – Rs. C-171/11 »Fra.bo« – EuZW 2012, 797, Rn. 26 ff.; dazu *Roth*, EWS 2013, 16 ff.

1310 Dazu oben § 5 B. I. 2. b, S. 251.

1311 Oben § 5 A. IV. 4, S. 245.

den freien Warenverkehr zu schützen, mithin die Boykotttaten nicht hinreichend verfolgte[1312], bliebe die Schutzpflicht unerfüllt. Darin zeigt sich die Schwäche der bloßen Schutzpflicht und die Notwendigkeit des Drittwirkungsmodells[1313]: Lässt man die bestehenden deutschrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten genügen, kann die Schutzpflicht nicht mehr herangezogen werden, um »unionsrechtlich« gegen privative Tariftreue vorzugehen. Für den Verstoß gegen die Personenverkehrsfreiheiten spielt es hingegen keine Rolle, dass privative Tariftreue schon nach nationalem Recht unwirksam und sanktioniert ist, sie schützt davor auch auf europäischer Ebene. Diese unionsrechtliche Komponente fehlt dem Schutzpflichtmodell. Aber auch wenn man die bestehenden Maßnahmen als nicht hinreichend erachtet, bleibt es bei der bloßen verletzten Schutzpflicht. Gegen die unmittelbare Beeinträchtigung durch Private könnte nicht vorgegangen werden.

3. Tatbestand

a. Mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkung

Art. 34 und 35 AEUV verbieten zunächst mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen. Das sind Maßnahmen, die die Ein- oder Ausfuhr einer Ware nach der Menge, dem Wert oder dem Einfuhrzeitraum ganz oder teilweise untersagen[1314]. Darum geht es privativer Tariftreue nicht. Sie soll nicht die Ein- oder Ausfuhr bestimmter Waren nach bestimmten Größenkriterien beschränken, sondern Tariftreue beim Tariftreueschuldner durchsetzen.

b. Maßnahmen gleicher Wirkung

Art. 34 und 35 AEUV verbieten auch ausdrücklich Maßnahmen gleicher Wirkung.

aa. Einfuhrfreiheit

[1] »Dassonville«

Eine Maßnahme gleicher Wirkung die die Einfuhrfreiheit beschränkt, ist nach der Rechtsprechung des EuGH in der Sache »Dassonville« »[jede] Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder poten-

1312 EuGH 9.12.1997 – Rs. C-265/95 »Kommission/Frankreich« – Slg. 1997, I-6959 Rn. 7.

1313 A.A. Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 116.

1314 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 126; R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 32.

tiell zu behindern«[1315]. Dabei muss es sich weder um eine explizite *Handels*regelung handeln, noch die Regelung zwingend vom Mitgliedstaat ausgehen, jedoch setzt der Binnenmarktbezug (Art. 26 Abs. 2 AEUV) voraus, dass die Regelung den unionalen Handel beeinträchtigen *kann*[1316]. Durch die Erfassung auch mittelbarer und potentieller Maßnahmen wandelt sich Art. 34 AEUV von einem Einfuhrbehinderungsverbot zu einem Absatzbehinderungsverbot[1317]. Es verbietet nicht nur diskriminierende Maßnahmen, sondern wird ganz überwiegend als umfassendes Beschränkungsverbot interpretiert[1318].

Privative Tariftreue diskriminiert ausländische Produkte nicht unmittelbar. Sie wird nicht verwendet, um gerade ausländische Erzeugnisse, bzw. die Arbeitnehmer, die für ausländische Tariftreueschuldner arbeiten, zu erfassen. Auch eine mittelbare Diskriminierung scheidet aus. Privative Tariftreue ist unterschiedslos anwendbar und erfasst ausländische Tariftreueschuldner nicht stärker als inländische[1319]. Dennoch beschränkt sie den Absatz in- wie ausländischer Produkte in bestimmten Zweigen bzw. an bestimmte Unternehmen. Je nach Marktstärke kann das auch den unionalen Handel beeinträchtigen.

[2] »Keck und Mithouard«

Die Auslegung des Einfuhrverbots als umfassendes Beschränkungsverbot führte dazu, dass quasi alle wirtschaftslenkenden Regelungen mit der Warenverkehrsfreiheit kollidierten[1320], weswegen der EuGH mit seiner Entscheidung in der Sache »Keck und Mithouard« begann, bestimmte Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit herauszunehmen. Denn »entgegen der bisherigen Rechtsprechung [ist] die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten [...] zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berüh-

1315 EuGH 11.07.1974 – Rs. 8/74 »Dassonville« – Slg. 1974, 837 Rn. 5.
1316 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 36; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Leible/T. Streinz*, Art. 34 AEUV Rn. 62.
1317 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 38; *Kleier*, RIW, 1988, 623, 624.
1318 Schwarze/*U. Becker*, Art. 34 AEUV Rn. 44; R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 40.
1319 Oben § 5 A. III, S. 208.
1320 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 41.

ren«[1321]. In diesen Fällen ist die Regelung »nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut«[1322]. Andererseits »stellen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, daß Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmässig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen [...], selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, [...] verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht«[1323]. Der EuGH unterscheidet mithin produkt- und vertriebsbezogene Regelungen und scheidet bestimmte[1324] (nichtdiskriminierende) vertriebsbezogene Maßnahmen bereits aus dem Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit aus[1325].

Fraglich ist, ob privative Tariftreue als produkt- oder vertriebsbezogene Regelung zu qualifizieren ist. Einerseits betrifft sie nicht das Produkt als solches, bestimmt also nicht ihre Form, ihre Abmessungen, ihr Gewicht, ihre Zusammensetzung, ihre Aufmachung, ihre Etikettierung oder ihre Verpackung[1326]. Andererseits handelt es sich auch um keine vertriebsbezogene »Regelung, die eine Beschränkung der kommerziellen Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer bewirkt, ohne sich auf die Merkmale der erfassten Erzeugnisse selbst zu erstrecken«, indem sie »die Modalitäten des Absatzes bestimmter Waren insoweit [bestimmt], als sie den Vertrieb [beschränkt]«[1327]. Vielmehr handelt es sich um eine *produktions*bezogene Regelung.

Die Rechtsprechung des EuGH in der Sache »Keck und Mithouard« kann aber ohnehin nur als erster Filter dienen[1328]. Auch in seiner Entscheidung in der Sache »Alfa Vita« sah der EuGH Anforderungen an Räumlichkei-

1321 EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 »Keck und Mithouard« – Slg. 1993, I-6097 Rn. 17; kritisch *Ackermann*, RIW 1994, 189, 191 ff.
1322 EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 »Keck und Mithouard« – Slg. 1993, I-6097 Rn. 18.
1323 EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 »Keck und Mithouard« – Slg. 1993, I-6097 Rn. 15.
1324 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Leible/T. Streinz*, Art. 34 AEUV Rn. 79.
1325 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 46.
1326 EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 »Keck und Mithouard« – Slg. 1993, I-6097 Rn. 15.
1327 EuGH 29.6.1995 – Rs. C-391/92 »Kommission/Griechenland« – Slg. 1995, I-1621 Rn. 15.
1328 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Leible/T. Streinz*, Art. 34 AEUV Rn. 82.

ten, in denen Brot aufgebacken wird, als Verkaufsmodalität an, bejahte aber dennoch das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung[1329].

[3] Marktzugangsregelung

In Fällen, in denen die Unterteilung in produkt- und vertriebsbezogene Maßnahmen scheitert, musste der EuGH daher auf das Kriterium des Marktzugangs zurückgreifen[1330], das eigentlich durch die Unterscheidung zwischen Produkt- und Vertriebsmodalitäten ausgeformt werden sollte, indem der EuGH betonte, dass bestimmte Verkaufsmodalitäten nicht geeignet seien, »den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut«[1331]. Letztlich ist daher auf die Marktzugangsbehinderung als übergeordnete Leitlinie abzustellen[1332].

Um zu prüfen, ob eine Marktzugangsbehinderung vorliegt, muss zunächst der räumlich, sachlich und zeitlich relevante Markt bestimmt werden, um in einem zweiten Schritt zu fragen, ob der Zugang zu diesem Markt behindert wird. Dabei können die kartellrechtlichen Wertungen herangezogen werden[1333], wobei auf ein Spürbarkeitserfordernis verzichtet wird[1334]. Insofern ist von einer Marktzugangsbehinderung grundsätzlich auszugehen.

[4] Zu Ungewisse und indirekte Wirkung?

Daneben hat der EuGH in einer Reihe von Entscheidungen argumentiert, die beschränkenden Wirkungen seien zu ungewiss und zu indirekt[1335]. Vom Tatbestand des Art. 34 AEUV blieben damit Regelungen ausgeschlossen,

1329 EuGH 14.9.2006 – verb. Rs. C-158/04 und C-159/04 »Alfa Vita« – Slg. 2006, I-8135 Rn. 19.

1330 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 34 AEUV Rn. 54.

1331 EuGH 24.11.1993 – verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 »Keck und Mithouard« – Slg. 1993, I-6097 Rn. 18.

1332 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Leible/T. Streinz*, Art. 34 AEUV Rn. 83; ebenso: GA *Jacobs* 24.11.1994 – Schlussanträge in der Rs. C-412/93 »Leclerc-Siplec« – Slg. 1995, I-179 Rn. 38 ff.; GA *Stix-Hackl* 11.03.2003 – Schlussanträge in der Rs. C-322/01 »Deutscher Apothekerverband« – Slg. 2003, I-14887 Rn. 78; *Rauber*, ZEuS 2010, 15, 35: »Auffanglösung«.

1333 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Leible/T. Streinz*, Art. 34 AEUV Rn. 84; dazu oben § 3 A. I. 4. c, S. 133.

1334 EuGH 13.3.1984 – Rs. 16/83 »Prantl« – Slg. 1984, 1299 Rn. 20; EuGH 5.4.1984 – verb. Rs. 177/82 und 178/82 »van der Haar« – Slg. 1984, 1797 Rn. 13; EuGH 18.5.1993 – Rs. C-126/91 »Yves Rocher« – Slg. 1993, I-2361 Rn. 21.

1335 EuGH 7.3.1990 – Rs. C-69/88 »Krantz« – Slg. 1990, I-583 Rn. 11; EuGH 13.10.1993 – Rs. C-93/92 »CMC Motorradcenter« – Slg. 1993, I-5009 Rn. 12; EuGH 14.7.1994 – Rs. C-379/92 »Peralta« – Slg. 1994, I-3453 Rn. 24; EuGH 13.1.2000 – Rs. C-254/98 »TK-Heimdienst« – Slg. 2000, I-151 Rn. 30.

deren Folgen für den Warenverkehr so mittelbar sind und so weit entfernt liegen, dass eine Einfuhrbeschränkung nicht zu erwarten ist[1336]. Dies ist bei privativer Tariftreue zu verneinen, da Einfuhrbeschränkungen in dem von privativer Tariftreue »geregelten« Markt nicht fern liegen.

[5] Zwischenergebnis

Privative Tariftreue ist daher als Maßnahme gleicher Wirkung zu qualifizieren.

bb. Ausfuhrfreiheit

Auch die Ausfuhrfreiheit könnte durch privative Tariftreue gestört sein, indem inländische Lieferanten beschränkt werden, an ausländische Tariftreueschuldner zu liefern, die nicht bereit sind, Tariftreue im Gegenzug zur Warenlieferung zu garantieren.

Maßnahmen gleicher Wirkung werden im Hinblick auf die Ausfuhrfreiheit trotz Kritik in der Literatur[1337] vom EuGH allerdings nicht gleich der Einfuhrfreiheit interpretiert. Er subsumiert unter Art. 35 AEUV nur Maßnahmen, die »spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel eines Mitgliedstaats und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt«[1338]. Sie schützt jedoch nicht vor Produktionsbedingungen, die die Herstellungskosten und damit den Preiswettbewerb zwischen in- und ausländischen Erzeugnissen beeinflussen[1339]. Eine spezifische Beschränkung des Ausfuhrstroms legt danach nur vor, wenn die Ausfuhrerzeugnisse anderen Regelungen unterworfen werden, als diejenigen Erzeugnisse, die nur im Inland vertrieben werden sollen[1340]. Die unterschiedliche Auslegung von Art. 34 und Art. 35 AEUV wird damit gerechtfertigt, dass Einfuhrbedingungen regelmäßig in- und ausländische Erzeugnisse unterschiedlich betreffen, während sich Ausfuhrregelungen ausschließlich auf inländische Waren beziehen[1341]. Dieser Unterscheidung

1336 Schwarze/*U. Becker*, Art. 35 AEUV Rn. 41.
1337 Schwarze/*U. Becker*, Art. 35 AEUV Rn. 12 mit zahlreichen Nachweisen.
1338 EuGH 8.11.1979 – Rs. 15/79 »Groenveld« – Slg. 1979, 3409 Rn. 7; EuGH 9.6.1992 – Rs. C-47/90 »Delhaize« – Slg. 1992, I-3669 Rn. 12; EuGH 25.6.1998 – Rs. C-203/96 »Dusseldorp« – Slg. 1998, I-4075 Rn. 40; auch EuGH 16.12.2008 – Rs. C-205/07 »Gysbrechts« – Slg. 2008, I-9947 Rn. 40.
1339 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 35 AEUV Rn. 4.
1340 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 128 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.
1341 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 35 AEUV Rn. 4.

folgt der EuGH im Wesentlichen auch bei den Personenverkehrsfreiheiten[1342].

Privative Tariftreue würde nach diesem Verständnis nicht den Tatbestand der Maßnahme gleicher Wirkung nach Art. 35 AEUV erfüllen. Es handelt sich um keine spezifische Beschränkung der Ausfuhrfreiheit, vielmehr erschwert privative Tariftreue gleichermaßen den Binnen- und Außenhandel der Tariftreuegläubiger und ließe sich damit als Produktionsbedingung im weitesten Sinne einstufen, die freilich von den klassischen Ausfuhrbeschränkungen insoweit abweicht, als eigentlich Bedingungen an den Empfänger der Ware gestellt werden, die Durchsetzung aber freilich dem inländischen Lieferanten aufgebürdet wird.

Teilweise wird in der Literatur allerdings ein Gleichlauf von Art. 34 AEUV und Art. 35 AEUV gefordert, sodass Art. 35 AEUV auch Maßnahmen erfasst, die unterschiedslos auf den Innen- und Außenhandel anwendbar sind, im Ergebnis aber den Außenhandel beschränken, ohne diesen gegenüber dem Binnenhandel zu diskriminieren[1343]. Das dadurch prinzipiell alle nationalen Bedingungen von Art. 35 AEUV erfasst seien, könne kein Argument für die unterschiedliche Behandlung sein, da dies letztlich auch für Art. 34 AEUV gelte; letztlich gehe es auch bei Art. 35 AEUV darum, den Marktzugang für grenzüberschreitend gehandelte Waren zu sichern[1344]. Dabei wird eine abweichende Vergleichsgruppenbildung herangezogen[1345]: Nicht die die Herkunftsstaatsbedingungen für Binnen- und Außenhandel werden verglichen, sondern die Bedingungen des Herkunftsstaats für den Außenhandel mit denjenigen des Bestimmungsstaates[1346]. Allerdings geht es auch nach dieser Ansicht um einen produktbezogenen Zugang zum Markt, der Erzeuger hat hingegen keinen Anspruch auf die im Bestimmungsstaat geltenden Produktionsbedingungen; kostenintensiven Rahmenbedingungen für die Inlandsproduktion kann er sich nicht entziehen[1347].

Privative Tariftreue wirkt im Hinblick auf die Ausfuhrfreiheit wie eine Inlandsrahmenbedingung. Sie hat keinen Produktbezug sondern verlangt

1342 Oben § 5 B. I. 2. a, S. 249.
1343 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 129 ff.; Schwarze/*U. Becker*, Art. 35 AEUV Rn. 12; R. Streinz/*Schroeder*, Art. 35 AEUV Rn. 5; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Leible/T. Streinz*, Art. 35 AEUV Rn. 11 ff.; *Füller*, Warenverkehrsfreiheiten, S. 244 ff.; *Brigola*, EuZW 2009, 479, 482.
1344 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 35 AEUV Rn. 5.
1345 *Roth*, ZHR 159 (1995), 78, 88 ff.
1346 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 129 f.
1347 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 130.

von inländischen Erzeugern, Tariftreue von ihren Leistungserbringern und -empfängern zu verlangen. Auch nach dieser Ansicht scheidet daher eine Beschränkung der Ausfuhrfreiheit aus.

c. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt als Maßnahme gleicher Wirkung gegen die Einfuhrfreiheit nach Art. 34 AEUV. Die Ausfuhrfreiheit kann gegen privative Tariftreue hingegen nicht ins Feld geführt werden.

4. Rechtfertigung

Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit können aus den in Art. 36 Satz 1 AEUV genannten Gründen, aufgrund »zwingender Erfordernisse« sowie durch Grundrechte gerechtfertigt werden, soweit dem die Beeinträchtigung motivierenden Schutzgut im Einzelfall ein solches Gewicht zukommt, dass es die Verkürzung der Warenverkehrsfreiheit legitimieren kann[1348].

a. Ausnahmen nach Art. 36 Satz 1 AEUV

Nach Art. 36 Satz 1 AEUV können Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zunächst aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichen oder archäologischen Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt werden.

Einzig die ganz allgemeinen Gründe der öffentliche Sittlichkeit und Ordnung könnten Tariftreue zwingend verlangen. Dabei ist das Verhältnis dieser Rechtfertigungsgründe untereinander und deren Reichweite umstritten[1349].

Nach dem EuGH ist es »Sache jedes Mitgliedsstaats, den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit für sein Gebiet im Einklang mit seiner eigenen Wertordnung und in der von ihm gewählten Form auszufüllen«[1350]. Allerdings bedürfen die geltend gemachten Wertvorstellungen einer gewissen Verfestigung im nationalen Recht[1351]. Eine solche ist für Deutschland freilich zu verneinen. Es wird nach der in der Bevölkerung herrschenden Vorstellung nicht als anstößig oder unsittlich empfunden, dass Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten ihren Arbeitnehmern nicht die gleichen

1348 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 192 f.
1349 R. Streinz/*Schroeder*, Art. 36 AEUV Rn. 9.
1350 EuGH 14.12.1979 – Rs. 34/79 »Henn und Darby« – Slg. 1979, 3795 Rn. 15.
1351 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 196; Schwarze/*U. Becker*, Art. 36 AEUV Rn. 9.

Arbeitsbedingungen gewähren, wie sie der inländische Warenempfänger gewährt.

Eine Berufung auf den eng zu verstehenden Tatbestand der öffentlichen Ordnung kommt hingegen nur in Betracht, »wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt«[1352]. Auch dies ist mit den entsprechenden Argumenten zur öffentlichen Sittlichkeit zu verneinen.

b. Zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse

Neben den in Art. 36 Satz 1 AEUV kodifizierten Rechtfertigungsgründen anerkennt der EuGH weitere ungeschriebene Rechtfertigungsgründe aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses. Ein Rückgriff auf die Grundrechte oder »sachlichen Erwägungen« scheidet aus[1353].

Allgemeine sozialpolitische Erwägungen[1354] und damit auch der Arbeitnehmerschutz können einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen[1355]. Allerdings wird hier die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit noch deutlicher als bei der Dienstleistungsfreiheit[1356]: Die Beschränkung ausländischer Zulieferer ist schlicht nicht geeignet, dem Arbeitnehmerschutz zu dienen. Privative Tariftreue schützt partikulär nur diejenigen Zulieferer, die an Tariftreuegläubiger liefern. Es gibt jedoch keinen Hinweis darauf, dass nur diejenigen Arbeitnehmer ausländischer Tariftreueschuldner eines Schutzes bedürften, die in von privativer Tariftreue in Dienst genommene Branchen liefern.

5. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue gegenüber EU-ausländischen Warenlieferanten verstößt somit gegen die Einfuhrfreiheit des Art. 34 AEUV.

III. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Fraglich ist, ob durch privative Tariftreue auch die eigene Arbeitnehmerfreizügigkeit der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner betroffen ist.

1. Anwendbarkeit

Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner könnten in ihrer eigenen Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt sein, wenn Tariftreuegläubiger Tariftreue-

1352 EuGH 14.10.2004 – Rs. C-36/02 »Omega« – Slg. 2004, I-9609 Rn. 30.
1353 Oben § 5 A. IV. 3. b, S. 235.
1354 EuGH 14.07.1981 – Rs. 155/80 »Oebel« – Slg. 1981, 1993 Rn. 16.
1355 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 215.
1356 Oben § 5 B. I. 4. b, S. 262.

schuldner zur Tariftreue verpflichten. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit garantiert als unmittelbar anwendbare[1357] Grundfreiheit die unbeschränkte Mobilität des Produktfaktors Arbeit im europäischen Binnenmarkt[1358]. Die Bereichsausnahme für die öffentliche Verwaltung nach Art. 45 Abs. 4 AEUV[1359] spielt für privative Tariftreue keine Rolle, die Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung enthält hingegen nur Bestimmungen hinsichtlich des Diskriminierungsverbots EU-ausländischer Arbeitnehmer[1360].

2. Anwendungsbereich

Dies setzt zunächst voraus, dass der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit eröffnet ist.

a. Schutzbereich

aa. Sachlicher Schutzbereich

[1] Arbeitnehmerbegriff

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit schützt »Arbeitnehmer« im Sinne des unionsautonomen und -einheitlichen Arbeitnehmerbegriffes. Da weder eine primärrechtliche noch eine sekundärrechtliche Definition des Arbeitnehmers existiert, obliegt die Konkretisierung dem EuGH[1361]. Danach ist Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält[1362]. Dabei ist der Arbeitnehmerbegriff weit auszulegen[1363]. Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner sind daher ohne Weiteres Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV.

1357 EuGH 15.10.1969 – Rs. 15/69 »Württembergische Milchverwertung-Südmilch« – Slg. 1969, 363 Rn. 7; EuGH 4.12.1974 – Rs. 41/74 »van Duyn« – Slg. 1974, 1337 Rn. 4 ff.; EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 93;eine Ausnahme bildet nur das Verbleiberecht nach Art. 45 Abs. 3 lit. d AEUV.

1358 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 1.

1359 Dazu Schwarze/*Schneider/Wunderlich*, Art. 45 AEUV Rn. 134 ff.

1360 Oben § 5 A. III, S. 208.

1361 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 16.

1362 EuGH 3.7.1986 – Rs. 66/85 »Lawrie-Blum« – Slg. 1986, 2121 Rn. 12; EuGH 12.5.1998 – Rs. C-85/96 »Martínez Sala« – Slg. 1998, I-2691 Rn. 32; Schüren/*Riederer von Paar*, Einl. Rn. 540.

1363 EuGH 3.6.1986 – Rs. 139/85 »Kempf« – Slg. 1986, 1741 Rn. 13.

[2] Grenzüberschreitender Sachverhalt

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit setzt wie die anderen Grundfreiheiten einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus[1364]. Regelmäßig – und für die hier relevanten Konstellationen – muss sich der Arbeitnehmer hierfür in einen anderen Mitgliedstaat begeben[1365]. Privative Tariftreue kann daher nur dann mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Konflikt geraten, wenn es sich um Fälle handelt, bei denen Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners in Erfüllung einer Dienstleistung oder einer Warenlieferung in den Mitgliedstaat »entsandt« werden, in dem der Tariftreuegläubiger seinen Sitz hat. Der Begriff der »Entsendung« darf in diesem Zusammenhang allerdings nicht gleichbedeutend mit Art. 2 Abs. 1 Entsenderichtlinie verstanden werden, der insbesondere Fälle grenzüberschreitender Warenlieferungen nicht erfasst. Überschreitet hingegen nur die Ware oder Dienstleistung die Grenze (mit Ausnahme der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung), kommt eine Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht in Betracht.

[3] Zugang zum Aufnahmestaat

Fraglich ist indes, ob Arbeitnehmer überhaupt eigene Rechte aus dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV ableiten können. Dabei geht es weder um das Recht ihres Arbeitgebers, Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung von Waren oder Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat zu »entsenden«[1366], noch um etwaige aus der Dienst- oder Warenverkehrsfreiheit des Arbeitgebers abgeleitete Rechte oder Begünstigungen der Arbeitnehmer, sondern allein um die Frage, ob sich der Arbeitnehmer im Rahmen der Entsendung auf seine *eigene* Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen kann. Das hat insbesondere Bedeutung im Hinblick auf die Rechte der Familienangehörigen der entsandten Arbeitnehmer[1367] oder die Entsendung mitgliedstaatlicher Arbeitnehmer durch einen Dienstleister oder Lieferanten mit Sitz außerhalb der Union[1368]. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die entsandten Arbeitnehmer aufgrund ihres kurzen Einsatzes in den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates integriert werden.

1364 EuGH 5.5.1997 – verb Rs. C-64/96 und C-65/96 »Uecker und Jacquet« – Slg. 1997, I-3171 Rn. 16; EuGH 26.1.1999 – Rs. C-18/95 »Terhoeve« – Slg. 1999, I-345 Rn. 26.

1365 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 33.

1366 Dienstleistungsfreiheit: EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417 Rn. 17; EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05 »Laval« – Slg. 2007, I-11767 Rn. 56; Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 131; *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 59; *Krebber*, in: Jb.J.ZivRWiss. 1997, S. 147; *Schrammel*, EuZA 2009, 36; Warenverkehrsfreiheit: *Birk*, in: FS Wissmann, S. 533 f.

1367 *Birk*, in: FS Wissmann, S. 527 f.

1368 *Rieble/Lessner*, ZfA 2002, 29, 47.

[a] Leiharbeitnehmer

Soweit die (grenzüberschreitende) Arbeitnehmerüberlassung betroffen ist, können sich Leiharbeitnehmer nach der Rechtsprechung des EuGH auf ihre eigene Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen. Überlässt ein Verleiher Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat, erbringt er zwar eine von der Dienstleistungsfreiheit geschützte Dienstleistung. Nach der Rechtsprechung des EuGH übt er allerdings zugleich eine Tätigkeit aus, die darin besteht, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates Arbeitskräfte zuzuführen; danach ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Leiharbeitnehmer anwendbar, ohne von der Dienstleistungsfreiheit verdrängt zu werden[1369]. Dass der Leiharbeitnehmer nicht immer selbst entscheidet, in welches Unternehmen er verliehen wird, scheint für den EuGH keine Rolle zu spielen. Es wäre gekünstelt, »bei einem Zustrom von Arbeitnehmern zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats danach zu unterscheiden, ob sie im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern oder unmittelbar und eigenverantwortlich in den Markt eintreten, da diese potenziell beträchtliche Zuwanderung in beiden Fällen zu Störungen auf diesem Arbeitsmarkt führen kann«[1370]. Auch gibt es durchaus Fälle, in denen die Initiative vom Leiharbeitnehmer ausgeht. Bewerben sich Arbeitnehmer bei größeren Unternehmen, kann es vorkommen, dass sie etwa aus Kostengründen oder wegen eines von der Konzernleitung verordneten Einstellungsstopps, über den Umweg der Zeitarbeit eingestellt werden[1371]. D.h. Arbeitnehmer, Zielunternehmen und Zeitarbeitsunternehmen wirken derart zusammen, dass der Arbeitnehmer beim Zeitarbeitsunternehmen eingestellt wird und sogleich an das Zielunternehmen verliehen wird. So soll es nach mündlicher Auskunft beispielsweise in Einzelfällen bei BMW gehandhabt werden. Die grundsätzliche Kritik in der Literatur, der Arbeitnehmer nehme die Freizügigkeit gar nicht aufgrund eigener Entscheidung wahr[1372], ist deshalb so nicht haltbar, richtigerweise kommt es nach oben Gesagtem darauf gar nicht an.

[b] Sonstige Entsendefälle

Entsandte Arbeitnehmer von Leistungserbringern außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung werden durch privative Tariftreue ebenfalls mittelbar betroffen, da sich bei schwindender Auftragslage ihre Entwicklungschan-

1369 EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417 Rn. 16; bestätigt durch EuGH 10.2.2011 – verb. Rs. C-307/09 bis C-309/09 »Vicoplus« – Slg. 2011, I-453 Rn. 28 ff.; offen gelassen noch in EuGH 17.12.1981 – Rs. 279/80 »Webb« – Slg. 1981, 3305 Rn. 10.

1370 EuGH 10.2.2011 – verb. Rs. C-307/09 bis C-309/09 »Vicoplus« – Slg. 2011, I-453 Rn. 35.

1371 Schüren/*W. Hamann*, § 14 AÜG Rn. 197.

1372 Z.B. *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 61.

cen in den Unternehmen verschlechtern können. Dennoch lehnt die überwiegende Ansicht einen Schutz durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab, da sie keinen Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates begehren[1373]. Vielmehr blieben sie in ihren heimischen Arbeitsmarkt integriert und nähmen kein eigenständiges Freizügigkeitsrecht wahr, da sie sich – entsprechend der parallel strukturierten Niederlassungsfreiheit – nicht im Aufnahmestaat niederließen[1374]. Darüber hinaus hätten sie die Entscheidung nicht selbst getroffen, sondern lediglich in Erfüllung ihrer Arbeitspflicht eine arbeitsvertragliche Weisung befolgt[1375]. Dem scheint auch der EuGH zu folgen, der etwa in seinen Entscheidungen in den Sachen »Laval« und »Rüffert« keinen Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit prüfte.

Dies überzeugt nicht. Jede Leistung von Diensten durch entsandte Arbeitnehmer »berührt« den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates[1376]. Ob Leiharbeitnehmer angefordert werden oder auf Industriedienstleister[1377] zurückgegriffen wird, hängt vielfach allein von organisatorischen Erwägungen ab: muss ich als Auftraggeber Weisungen erteilen können, die das persönliche Arbeitsverhalten betreffen oder genügen fachliche Weisungen[1378]? Schließlich gibt es keine zeitliche Untergrenze der Beschäftigung, bevor das Freizügigkeitsrechts beansprucht werden kann[1379]. Dass zwischen »normalen« Arbeitnehmern und entsandten Arbeitnehmern nicht unter-

1373 EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417 Rn. 15; EuGH 9.8.1994 – Rs. C-43/93 »Vander Elst« – Slg. 1994, I-3803 Rn. 21; EuGH 25.10.2001 – verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 »Finalarte« – Slg. 2001, I-7831 Rn. 22; pauschal verneinend für alle Entsendefälle: *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 19; *Franzen*, DZWir 1996, 89, 96; *Krebber*, in: Jb.J.ZivRWiss. 1997, S. 139 f.; *ders.*, ZEuP 2011, 365, 366; siehe auch die Nachweise bei *Birk*, in: FS Wissmann, S. 524.

1374 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 61; *Franzen*, DZWir 1996, 89, 96.

1375 *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614; kritisch *Birk*, in: FS Wissmann, S. 532 f., der zu Recht darauf hinweist, dass dies – von vereinbarten Entsenderechten abgesehen – regelmäßig nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst sein wird.

1376 *Schlachter*/Ohler, vor Art. 19 Dienstleistungsrichtlinie Rn. 7; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 74; *Konzen*, NZA 2002, 781; *Rieble/Lessner*, ZfA 2002, 29, 44 ff.; *Birk*, in: FS Wissmann, S. 529; *Körner*, NZA 2007, 233, 236.

1377 Oben § 1 D. II. 2, S. 46.

1378 Zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Industriedienstleistung ausführlich: *Oberthür*, in: Industriedienstleistung, S. 44 ff., zu den Rechtlichen Vorteilen der Industriedienstleistung S. 51 ff; auch *Reichel/Spieler*, BB 2011, 2741, 2744 f. und *Freckmann*, DB 2013, 459.

1379 EuGH 12.7.1984 – Rs. 237/83 »Prodest« – Slg. 1984, 3153 Rn. 10; EuGH 26.2.1992 – Rs. C-357/89 »Raulin« – Slg. 1992, I-1027 Rn. 9, 11; EuGH 20.5.1992 – Rs. C-106/91 »Ramrath« – Slg. 1992, 3351 Rn. 25.

schieden wird, scheint auch Auffassung des europäischen Sekundärrechtsetzers zu sein, der in Erwägungsgrund 4 der Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung bekräftigt, das Freizügigkeitsrecht stünde gleichermaßen Dauerarbeitnehmern, Saisonarbeitnehmern, Grenzarbeitnehmern und Arbeitnehmern zu, die ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Dienstleistung ausüben. Auch die Leiharbeitsrichtlinie geht davon aus, dass Leiharbeitnehmer reguläre Arbeitnehmer sind[1380]. Das Argument, dass entsandte Arbeitnehmer keine eigene Entscheidung träfen sondern nur im Rahmen ihrer Vertragserfüllung tätig würden, ist nicht nur regelmäßig unzutreffend, sondern ließe sich andernfalls gleichermaßen auch für Leiharbeitnehmer heranziehen, deren »eigenes« Freizügigkeitsrecht anerkannt ist[1381].

Entscheidend ist aber die Arbeitgeberspaltung im Fall der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung[1382]. Die im Rahmen grenzüberschreitenden Verleihs entsandten Arbeitskräfte bleiben zwar ihren Vertragsarbeitgebern verpflichtet. Dennoch geht das Weisungsrecht teilweise auf den Entleiher über[1383]. Dieser behandelt den Leiharbeitnehmer im Hinblick auf die Arbeitsorganisation wie einen eigenen Arbeitnehmer und nicht wie einen Mitarbeiter des Vertragspartners, dem keine (personenbezogenen) Weisungen erteilt werden können[1384]. Auch wenn die Grenze zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Industriedienstleistung fließend sein kann, ist die funktionale Stellung des Leiharbeitnehmers näher an der Beschäftigung eines eigenen Arbeitnehmers.

Letztlich ist die Rechtsprechung des EuGH eindeutig, der zuletzt in seiner Entscheidung in der Sache »Vicoplus« das eigene Freizügigkeitsrecht (nur) für Fälle der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung anerkannte[1385] und nur in diesem Fall davon ausging, dass der im Rahmen grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung entsandte Arbeitnehmer während des Zeitraums der Überlassung typischerweise auf einem Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet wird, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre[1386].

Dies gilt letztlich auch für die grenzüberschreitende Einfuhr von Waren, soweit sich der Arbeitgeber hierfür eigenen Personals bedient. Reicht schon die vertragliche Betätigung im Aufnahmestaat nach der Rechtspre-

1380 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 164.
1381 Oben § 5 B. III. 2. a. aa. [3] [a], S. 278.
1382 So im Ergebnis auch Oetker/Preis/*Feuerborn*, EAS, B 2500 Rn. 61.
1383 Schüren/*W. Hamann*, § 1 AÜG Rn. 79.
1384 *Oberthür*, in: Industriedienstleistung, S. 47.
1385 Oben § 5 B. III. 2. a. aa. [3] [a], S. 278.
1386 EuGH 10.2.2011 – verb. Rs. C-307/09 bis C-309/09 »Vicoplus« – Slg. 2011, I-453 Rn. 31.

chung des EuGH nicht aus, um dessen Arbeitsmarkt zu berühren, so kann hierfür erst recht nicht die punktuelle Begleitlieferleistung des Arbeitnehmers genügen[1387]. Noch geringer ist die »Berührung«, wenn der Arbeitnehmer im fremden Mitgliedstaat nur die Ware oder Dienstleistung für seinen Arbeitgeber empfängt.

[4] Zwischenergebnis

Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Arbeitnehmerfreizügigkeit somit (nur) für Fälle grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung. Sonstige Entsendefälle sind nicht erfasst.

bb. Persönlicher Schutzbereich

Die Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt nur für Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen[1388]. Das ergibt sich bereits aus der Präambel des AEUV, die den Willen der Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringt, »die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Völker als wesentliches Ziel anzustreben«[1389]. Außerdem werden auch Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich nur für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten gewährleistet; für die Mobilität abhängig Beschäftigter kann nichts anderes gelten[1390].

Für die Beitrittsstaaten gelten bzw. galten Übergangsvorschriften. So sahen sowohl die Beitrittsverträge vom 16. April 2003 über den Betritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zum 1. Mai 2004[1391] als auch die Beitrittsverträge vom 25. April 2005 über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumänien zum 1. Januar 2007[1392] vor, dass der Zugang zu den Arbeitsmärkten der alten Mitgliedstaaten für bis zu sieben Jahre beschränkt werden durfte, wobei an die Zulässigkeit der Beschränkungen nach zwei, sowie nach weiteren drei Jahren jeweils höhere Anforderungen gestellt wurden[1393]. Während

1387 A.A. *Birk*, in: FS Wissmann, S. 534, wonach sich die hierfür eingesetzten Arbeitnehmer auf ihre eigene Freizügigkeit berufen können.
1388 EuGH 5.7.1984 – Rs. 238/83 »Maede« – Slg. 1984, 2631 Rn. 7.
1389 Schwarze/*Schneider/Wunderlich*, Art. 45 AEUV Rn. 21; für Drittstaatsangehörige siehe R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 41 ff. und Schwarze/*Schneider/Wunderlich*, Art. 45 AEUV Rn. 23 ff.
1390 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 37.
1391 ABl. 2003, L 236/3.
1392 ABl. 2005, L 157/3.
1393 Schwarze/*Schneider/Wunderlich*, Art. 45 AEUV Rn. 21.

der Übergangsfristen dürfen Arbeitnehmer jener Mitgliedstaaten in Deutschland nur mit Zustimmung der Bundeagentur für Arbeit und nicht als Leiharbeitnehmer beschäftigt werden (§ 284 SGB III, § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 6 Abs. 1 Nr. 2 ArGV)[1394]. Für die Beitrittsverträge aus dem Jahre 2003 ist die Frist am 1. Mai 2011 abgelaufen; im Verhältnis zu Bulgarien und Rumänien bestehen die Beschränkungen voraussichtlich noch bis Ende 2013 fort[1395].

Das ändert freilich jeweils nichts an der Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers und der damit verbundenen Entsendekompetenz, die insoweit auch zugunsten des ordnungsgemäß im Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmers, der keine Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, wirkt[1396]. Doch bleibt es für grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer, die den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaat berühren[1397], bei den vorgenannten Restriktionen[1398].

b. Adressatenstellung

Auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt sich das Problem der Drittwirkung, da Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Betriebsräte und gegebenenfalls Unternehmen Tariftreue veranlassen. Art. 45 Abs. 2 AEUV ist wiederum auf mitgliedstaatliche Vorschriften gerichtet, während Art. 45 Abs. 1 und 3 AEUV keine Einschränkung auf bestimmte Adressaten enthält. Die Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung der Grundfreiheiten gilt aber nicht nur für die Dienstleistungsfreiheit, sondern gleichermaßen auch für die Arbeitnehmerfreizügigkeit[1399].

c. Zwischenergebnis

Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Hinblick auf privative Tariftreue nur für Fälle der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, bei der Arbeitnehmer entsandt werden, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen. In diesen Fällen adressiert die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch private Tariftreueveranlasser,

1394 Einzelheiten unter: http://ec.europa.eu/eures/main.jsp?acro=free&lang=de&countryId=DE&accessing=0&content=1&restrictions=1&step=1.

1395 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 40.

1396 Schwarze/*Holoubek*, Art. 56, 57 AEUV Rn. 131 mit weiteren Nachweisen; *Schrammel*, EuZA 2009, 36, 37.

1397 Oben § 5 B. III. 2. a. aa. [3] [a], S. 278.

1398 EuGH 27.3.1990 – Rs. C-113/89 »Rush Portuguesa« – Slg. 1990, I-1417 Rn. 16; EuGH 10.2.2011 – verb. Rs. C-307/09 bis C-309/09 »Vicoplus« – Slg. 2011, I-453 Rn. 41.

1399 Oben § 5 B. I. 2. b. aa, S. 251.

z.B. Tariftreue veranlassende Unternehmen. Sonstige Entsendefälle sind nicht erfasst.

3. Tatbestand

a. Grundsatz der Inländergleichbehandlung

Art. 45 Abs. 2 AEUV verbietet jede unterschiedliche Behandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen, soweit sie auf der Staatsangehörigkeit beruht. Die Vorschrift enthält zunächst ein umfassendes Diskriminierungsverbot und garantiert EU-Arbeitnehmern ein Recht auf Inländergleichbehandlung. Ergänzend gelten die Freizügigkeitsrechte nach Art. 45 Abs. 3 AEUV.

Daneben erfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch Formen der verdeckten oder mittelbaren Diskriminierung, bei denen eine innerstaatliche Rechtsvorschrift zwar nicht unmittelbar an die Staatsangehörig anknüpft, ihre nachteiligen Folgen aber praktisch ausschließlich oder weit überwiegend EU-Ausländer trifft, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen möchten[1400].

Allerdings behandelt privative Tariftreue inländische wie ausländische Leiharbeitnehmer unmittelbar und mittelbar gleich. Wollen Leiharbeitnehmer an Tariftreuegläubiger verliehen werden, muss ihm sein Vertragsarbeitgeber – je nach Ausgestaltung – gewisse Arbeitsbedingungen gewähren. Das betrifft in- und ausländische Leiharbeitnehmer gleichermaßen und belastet EU-ausländische Arbeitnehmer auch nicht faktisch überwiegend[1401]. Es liegt somit kein Verstoß gegen den Inländergleichbehandlungsgrundsatz vor.

b. Beschränkungsverbot

Allerdings enthält Art. 45 AEUV spätestens seit der Entscheidung des EuGH in der Sache »Bosman« auch ein Beschränkungsverbot[1402]. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit verbietet daher auch »Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, [...] auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden«[1403].

1400 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 83.
1401 Oben § 5 A. III, S. 208.
1402 R. Streinz/*Franzen*, Art. 45 AEUV Rn. 86.
1403 EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 »Bosman« – Slg. 1995, I-4921 Rn. 96.

Fraglich ist, ob Leiharbeitnehmer durch privative Tariftreue daran gehindert werden, von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, genauer: sich an deutsche Entleiher verleihen zu lassen. Wie der EuGH in der Sache »Vicoplus« entschieden hat, kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer unmittelbar und eigenverantwortlich in den Markt eintritt oder ob dies im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern geschieht[1404]. Jede faktische Einschränkung der Überlassungstätigkeit ist deshalb zugleich eine Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Ausländische Entleiher verlieren durch das künstlich hohe Lohnniveau ihren Wettbewerbsvorteil gegenüber inländischen Dienstleistern (Verlust komparativer Lohnkostenvorteile[1405]). Das Überlassungsentgelt stellt sich für den Leiharbeitnehmer aber gerade als entscheidende Kostengröße dar, die im Wettbewerb zu dem Entgelt steht, das der Entleiher einem neu eingestellten Arbeitnehmer zahlen würde. Übersteigt das Überlassungsentgelt unter Einbeziehung aller relevanten Verwaltungskosten diejenigen Kosten, die ein festangestellter Arbeitnehmer inklusive aller Lohnnebenkosten und »Risikoaufschläge« aufgrund geringerer Flexibilität verursacht – oder reicht es zumindest an jenes heran –, wird es für den Leiharbeitnehmer schwieriger, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates zugeführt zu werden. Dadurch, dass der ausländische Verleiher seinen Lohnkostenvorteil verliert, verliert auch der Leiharbeitnehmer einen eigenen Wettbewerbsvorteil, indem seine »Lohnkosten« – das Überlassungsentgelt zuzüglich Verwaltungsaufwand – künstlich erhöht werden. Die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit folgt letztlich reflexartig aus der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Privative Tariftreue hindert Leiharbeitnehmer am Marktzugang und erfüllt damit auch die Kriterien, die der EuGH bemüht, um den uferlosen Beschränkungstatbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu begrenzen. In der Sache »Graf« ließ der EuGH erkennen, dass unterschiedslos anwendbare Bestimmungen nur dann Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen können, wenn sie den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen[1406].

4. Rechtfertigung

a. Schutz der (Leih-)Arbeitnehmer

Die Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit steht gemäß Art. 45 Abs. 3 AEUV unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit

1404 EuGH 10.2.2011 – verb. Rs. C-307/09 bis C-309/09 »Vicoplus« – Slg. 2011, I-453 Rn. 35.
1405 Oben § 5 A. IV. 2. c, S. 219.
1406 EuGH 27.1.2000 – Rs. C-190/98 »Graf« – Slg. 2000, I-493 Rn. 23.

und Gesundheit. Damit sollen fundamentale Interessen der Mitgliedstaaten gewahrt werden. Die Begriffe sind abschließend[1407], autonom[1408] und eng[1409] auszulegen. Der hier in Betracht kommende Schutz der (Leih-) Arbeitnehmer stellt aber weder einen Grund der inneren[1410] oder äußeren[1411] Sicherheit des Staates, noch der öffentlichen Gesundheit (vgl. Art. 29 Freizügigkeitsrichtlinie[1412]) dar. Ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung setzt hingegen eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt[1413] (siehe auch Art. 27 Abs. 2 Unterabs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie). Das umfasst nicht den sozialen Schutz der Arbeitnehmer. Vielmehr gehört der soziale Schutz der Arbeitnehmer zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung rechtfertigen können, wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zweckes erforderlich ist[1414]. Ein Rückgriff auf die Grundrechte oder »sachlichen Erwägungen« scheidet aus[1415].

Ob dabei der abgesenkte Maßstab nach Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie[1416] auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen werden kann, darf aufgrund der (nur) dienstleistungsfreiheitkonkretisierenden Wirkung der Leiharbeitsrichtlinie[1417] bezweifelt werden, kann jedoch dahin gestellt bleiben. Denn die erhöhten Anforderungen an die Stimmigkeit, die der EuGH in der Sache »Rüffert« aufgestellt hat, betreffen nicht speziell die Dienstleistungsfreiheit, sondern generell das Rechtfertigungsregime der Grundfreiheiten und sind damit auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu übertragen. Privative Tariftreue schafft kein allgemeines Schutzniveau,

1407 EuGH 7.3.1991 – Rs. C-10/90 »Masgio« – Slg. 1991, I-1119 Rn. 24.
1408 EuGH 4.12.1974 – Rs. 41/74 »van Duyn« – Slg. 1974, 1337 Rn. 18 f.
1409 EuGH 26.2.1975 – Rs. 67/74 »Bonsignore« – Slg. 1975, 297 Rn. 6; EuGH 27.10.1977 – Rs. 30/77 »Bouchereau« – Slg. 1977, 1999 Rn. 33; EuGH 9.3.2000 – Rs. C-355/98 »Kommission/Belgien« – Slg. 2000, I-1221 Rn. 28.
1410 EuGH 10.7.1974 – Rs. 72/83 »Campus Oil« – Slg. 1984, 2727 Rn. 34.
1411 EuGH 4.10.1991 – Rs. C-367/89 »Richardt« – Slg. 1991, I-4621 Rn. 22.
1412 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004, L 158/77.
1413 EuGH 19.1.1999 – Rs. C-348/96 »Calfa« – Slg. 1999, I-11 Rn. 21; EuGH 9.3.2000 – Rs. C-355/98 »Kommission/Belgien« – Slg. 2000, I-1221 Rn. 28.
1414 EuGH 9.9.2003 – Rs. C-285/01 »Burbaud« – Slg. 2003, I-8219 Rn. 104.
1415 Oben § 5 A. IV. 3. b, S. 235.
1416 Oben § 5 A. IV. 3. a, S. 234.
1417 Oben § 5 A. IV. 1. b. bb, S. 211.

sondern Partikularschutz der Stammarbeitsplätze der Arbeitnehmer der Tariftreueschuldner[1418]. Privative Tariftreue ist schlicht nicht geeignet, EU-ausländische Leiharbeitnehmer *am* Markt zu schützen, da sie sie gänzlich *vom* Markt drängt.

b. Keine Perversion des Schutzgedankens der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Auf den ersten Blick scheint dieses Ergebnis den Schutzgedanken der Arbeitnehmerfreizügigkeit ins Gegenteil zu verkehren. Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland sollen solchen im Inland gleichgestellt werden und die gleichen Rechte und Vergünstigungen zustehen (Art. 45 Abs. 2 AEUV, Art. 7 Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung).

Dennoch ist das Ergebnis konsequent und folgt aus der marktanbietenden Zielrichtung der Art. 45 ff. AEUV. Ziel der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist es nicht, bestimmte Arbeitsbedingungen zu garantieren. Dies ist Aufgabe der Sozialpolitik der Union gemäß Art. 151 ff. AEUV und wurde sekundärrechtlich unter anderem durch die Leiharbeitsrichtlinie ausgestaltet. Die Durchsetzung des dort geregelten *Equal Pay* ist aber gerade nicht Aufgabe des Zielstaats, sondern bemisst sich nach dem Heimatarbeitsrecht[1419]. Welche Arbeitsbedingungen auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind, richtet sich nach dem internationalen Privatrecht und konkret Art. 8 Rom I-VO. Aufgrund der gespaltenen Arbeitgeberstellung bei der Leiharbeit ist das in aller Regel das Heimatarbeitsrecht des Leiharbeitnehmers[1420]. Sozialer Mindeststandard im Aufnahmestaat wird hingegen in der Entsenderichtlinie geregelt und gilt gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. c Entsendrichtlinie auch für Fälle grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung. Letzteres wäre widersprüchlich, wenn der soziale Schutz schon *per se* vom Aufnahmestaat bestimmt würde.

Da der Leiharbeitnehmer also grundsätzlich den Schutzbestimmungen seines Heimatstaates sowie den Entsendebestimmungen des Aufnahmestaates unterliegt, darf dieses Schutzniveau nicht durch weitere Bestimmungen des Aufnahmestaates überkompensiert werden, da der Leiharbeitnehmer sonst jegliche Wettbewerbsmöglichkeit auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates verliert. Marktverdrängung durch sozialen Schutz (vor sich selbst) ist nicht Ziel der Arbeitnehmerfreizügigkeit[1421]. Dies bestätigt auch Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a bis g Entsenderichtlinie,

1418 Oben § 5 A. IV. 3. d, S. 240.
1419 Oben § 5 A. IV. 2. d. bb. [3] [b], S. 226.
1420 Oben § 5 A. IV. 2. d. aa, S. 220.
1421 *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung, Rn. 164.

der hinsichtlich der Beschränkungsmöglichkeiten der Dienstleistungsfreiheit Höchstvorgaben festlegt[1422].

5. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt somit auch gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit EU-ausländischer Leiharbeitnehmer.

IV. Zwischenergebnis

Privative Tariftreue verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit und die Einfuhrfreiheit EU-ausländischer Tariftreueschuldner. Sie verstößt ferner gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit EU-ausländischer Leiharbeitnehmer.

C. Ergebnis

Sekundärrechtliche Bestimmungen des Unionsrechts können privative Tariftreue nur teilweise erfassen. Eine (Teil-)Umsetzung der Entsenderichtlinie scheitert daran, dass sich privative Tariftreue auf keine in der Entsenderichtlinie vorgesehene oder zugelassene Festlegungsart stützen kann. Privative Tariftreue fällt auch nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie. Die Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung enthält hingegen nur Bestimmungen hinsichtlich des Diskriminierungsverbots. Nur die Leiharbeitsrichtlinie normiert in Art. 4 Abs. 1 ein sekundärrechtliches Beschränkungsverbot, das privative Tariftreue verbietet. In grenzüberschreitenden Fällen kann hierauf unmittelbar zurückgegriffen werden.

Primärrechtlich verstößt privative Tariftreue darüber hinaus gegen die Dienstleistungsfreiheit und die Einfuhrfreiheit EU-ausländischer Tariftreueschuldner. Sie verstößt ferner gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit EU-ausländischer Leiharbeitnehmer.

1422 Oben § 5 A. IV. 3. f, S. 243.

§ 6 Zusammenfassung und Ergebnisse

Privative Tariftreue ist eine Kunstbezeichnung für neuere Erscheinungen tariflicher Ausweitung und definiert Tariftreueverlangen von Privatrechtssubjekten (Tariftreueveranlasser) durch in der Regel tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen mit in Dienst genommenen Arbeitgebern (Tariftreuegläubigern), die durch deren Marktmacht bei dritten Arbeitgebern (Tariftreueschuldnern) durchgesetzt oder durchzusetzen versucht werden. Sie ist von umliegenden »Gestaltungen« abzugrenzen.

Alle Gestaltungsformen privativer Tariftreue zielen letztlich auf das gleiche Ergebnis: Den Arbeitnehmern der Tariftreueschuldner sollen gewisse Arbeitsbedingungen gewährt werden. Regelmäßig sollen dabei diejenigen Arbeitsbedingungen angewandt werden, die beim Tariftreuegläubiger gelten – gegebenenfalls in modifizierter Form.

Zwar ist privative Tariftreue ein Phänomen der Zeitarbeit, prinzipiell kann aber jeder Leistungserbringer oder -empfänger als Tariftreueschuldner Opfer privativer Tariftreue sein, um in dessen Betrieb vor »Fremdvergabe« der Arbeit im weitesten Sinne zu schützen.

Kollektivarbeitsrechtlich steht privativer Tariftreue prinzipiell die schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung zur Verfügung, soweit die tarifschließende Gewerkschaft hiermit nicht gegen die schuldrechtlichen Pflichten aus dem Heimattarifvertrag verstößt. Tariflich kann sie hingegen nicht umgesetzt werden. Ein entsprechender Tarifvertrag steht außerhalb des Regelungssystems des TVG und kann keine normative Wirkung entfalten. Auch kommt keine Durchführungspflicht aus dem schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags in Betracht, die eine wirksame Tarifnorm voraussetzt.

Dem Betriebsrat hilft kein Mitbestimmungstatbestand und privative Tariftreue kann auch nicht durch freiwillige Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede geregelt werden, da der Betriebsrat damit seine funktionelle Zuständigkeit verlässt und *ultra vires* handelt. Doch schließt dies nicht aus, dass dennoch eine (unwirksame) Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber geschlossen wird.

Privative Tariftreue kann gegen geltendes *Wettbewerbsrecht* verstoßen, da sie unternehmerische Entscheidungen steuert. Dabei wird das Kartellierungsverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB durch Verbote be-

stimmter einseitiger Verhaltensweisen sowie Tatbestände des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen Zivilrechts flankiert.

Eine geschriebene Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt findet sich weder im deutschen noch im europäischen Kartellrecht. Auch kann sich privative Tariftreue nicht auf die Bereichsausnahme stützen, die der EuGH in der Sache »Albany« entwickelt hat und im Kern auf das nationale Recht verweist. Auch auf die deutschrechtliche Kartellgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG kann sich privative Tariftreue nicht berufen, da privative Tariftreue außerhalb der Tarifmacht der beteiligten Tarifvertragsparteien stattfindet. Arbeitgeber sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, Arbeitgeberverbände Unternehmensvereinigungen. Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften und Betriebsräte sind ferner Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, wenn sie fremdes Gütermarktverhalten im Rahmen einer funktionalen Entscheidungseinheit steuern.

Bei privativer Tariftreue besteht eine horizontale Verhaltensabstimmung zwischen Unternehmen im Fall der Verbandskoalitionsvereinbarung, bei gleichförmigen Hauskoalitionsvereinbarungen, beim Betriebsräte-Arbeitskreis sowie im Fall des »sozialen« Unternehmens, das ein Tariftreuenetz aufbaut. »Echte« Unternehmen können zudem von der Konstellation der vertikalen Verhaltensabstimmung erfasst sein. Bei einsam gebliebenen Hauskoalitionsvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen muss man hingegen eine Marktstufe tiefer gehen, um eine Verantwortlichkeit des Tariftreueveranlassers zu erreichen. Der Tariftreueveranlasser bildet in diesem Fall mit dem primären Tariftreuegläubiger die funktionale Entscheidungseinheit, indem sie vom primären Tariftreueschuldner zugleich die (sekundäre) Tariftreuegläubigerfunktion verlangen. Beim Arbeitgeberverband kann zudem auf den Zustimmungsbeschluss zurückgegriffen werden.

Privative Tariftreue beschränkt den Wettbewerb. Für die mittelbare horizontale Kartellierung des Preises der Ware oder Dienstleistung auf Ebene der Tariftreuegläubiger kommt es auf die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr an. Soweit man indes auf die vertikale Kartellierung des Produkt- oder Arbeitspreises abstellt, müsste privative Tariftreue im Einzelfall die Marktverhältnisse in einer praktisch ins Gewicht fallenden Weise beeinflussen. Privative Tariftreue kann weder im Rahmen einer sozialpolitischen Güterabwägung gerechtfertigt werden, noch kommt eine Freistellung in Betracht. Sie verstößt damit – wenn eine horizontale Produktpreiskartellierung gegeben ist oder die vertikale Beschränkung spürbar ist – gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB.

Privative Tariftreue verstößt ferner gegen Art. 102 Abs. 2 lit. c, Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB; entweder durch ein »echtes« Unternehmen als Tariftreueveranlasser gegenüber Tariftreuegläubigern

oder durch Tariftreueveranlasser und Tariftreuegläubiger in funktionaler Entscheidungseinheit gegenüber Tariftreueschuldnern. Daneben greift § 21 Abs. 2 und 3 GWB gegenüber »echten« Unternehmen als Tariftreueveranlasser und dem Arbeitgeberverband als tariftreueveranlassende Unternehmensvereinigung. Gewerkschaften und Betriebsräte können mit dem Tariftreuegläubiger eine funktionale Entscheidungseinheit bilden und als Tariftreueveranlasser für die nächste Marktstufe auftreten. Soweit sich die Absicht des Tariftreueveranlassers auf ein Abstimmungselement zwischen den Tariftreuegläubigern bezieht, greift schon § 21 Abs. 2 GWB. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB kommt daher eine Auffangfunktion zu, soweit die Absicht hinsichtlich des Abstimmungselements fehlt. Der Boykotttatbestand des § 21 Abs. 1 GWB scheitert hingegen jedenfalls an der fehlenden Liefer- oder Bezugssperre.

Soweit die Kartelltatbestände einzelne Akteure mangels Unternehmens- bzw. Unternehmensvereinigungseigenschaft nicht erfassen, können diese zivilrechtlich als Anstifter oder Gehilfen nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 BGB mithaften.

Ein Verstoß privativer Tariftreue gegen lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände oder das zivilrechtliche Wettbewerbsverbot scheidet hingegen aus.

Neben den wettbewerbsrechtlichen Schranken enthält das deutsche Recht weitere Regelungen, welche vor Fremdbestimmung schützen. Neben vertragsrechtlichen Grenzen sichern »echte« *Autonomieschutz*vorschriften die individuelle und kollektive Autonomie von privativer Tariftreue betroffener Personen.

Privative Tariftreue ist in Verträgen gegenüber Tariftreuegläubigern unwirksam, soweit die AGB-Kontrolle anwendbar ist, mithin die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen ist und vom Tariftreueveranlasser gestellt wird. Dies scheidet nur bei privativer Tariftreue aus, die vom Betriebsrat ausgeht und die Klausel nicht von einem Betriebsräte-Arbeitskreis ausgearbeitet wurde oder sonst nur gegenüber einem einzigen Tariftreuegläubiger eingesetzt werden soll. Sie ist ferner sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Ausnutzung von Übermacht.

Daneben führt privative Tariftreue gegenüber Aktiengesellschaften und deutschen *Societas Europaea* nach § 117 AktG zur Haftung des Tariftreueveranlassers. Die Durchsetzung des § 117 AktG bereitet aber praktische Schwierigkeiten.

Schließlich beeinträchtigt privative Tariftreue regelmäßig die Tarifautonomie der Tarifpartner der Tariftreueschuldner.

Das europäische Binnenmarktziel wird neben dem europäischen Kartellrecht durch *Grundfreiheiten* verwirklicht (Art. 26 Abs. 2 AEUV), die von privativer Tariftreue beschränkt werden.

Sekundärrechtliche Bestimmungen des Unionsrechts können privative Tariftreue nur teilweise erfassen. Eine (Teil-)Umsetzung der Entsenderichtlinie scheitert daran, dass sich privative Tariftreue auf keine in der Entsenderichtlinie vorgesehene oder zugelassene Festlegungsart stützen kann. Privative Tariftreue fällt auch nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie. Die Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung enthält hingegen nur Bestimmungen hinsichtlich des Diskriminierungsverbots. Nur die Leiharbeitsrichtlinie normiert in Art. 4 Abs. 1 ein sekundärrechtliches Beschränkungsverbot, das privative Tariftreue verbietet. In grenzüberschreitenden Fällen kann hierauf unmittelbar zurückgegriffen werden.

Primärrechtlich verstößt privative Tariftreue darüber hinaus gegen die Dienstleistungsfreiheit und die Einfuhrfreiheit EU-ausländischer Tariftreueschuldner. Sie verstößt ferner gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit EU-ausländischer Leiharbeitnehmer.

Privative Tariftreue ist aus den genannten Gründen daher eine grundsätzlich unzulässige Gestaltung der Arbeitsbedingungen bei den Tariftreuschuldnern. Schon das kollektive Arbeitsrecht gestattet sie nicht. Konsequenterweise verstößt privative Tariftreue auch gegen Wettbewerbsvorschriften, sonstige Autonomieschutzvorschriften und europäische Marktfreiheiten. Jeweils wirkt die kollektivarbeitsrechtliche Unzulässigkeit nach, indem jede Bereichsausnahme oder Rechtfertigung scheitert.

Tariftreueveranlasser, insbesondere Verbände und Betriebsräte, sollten sich daher auf Betätigungen beschränken, die (kollektivarbeits-)rechtlich zulässig sind, denn insbesondere der Verstoß gegen geltendes Kartellrecht kann – neben der Nichtigkeit entsprechender Regelungen – nicht nur zur zivilrechtlichen Haftung, sondern auch zu Bußgeldern führen. Umgekehrt haben die Untersuchungen gezeigt, dass kollektivarbeitsrechtlich konformes Verhalten die betroffenen Akteure vor Unwirksamkeit und Verantwortung schützt. Für Tariftreueveranlasser stellen sich Compliance-Herausforderungen.

Literaturverzeichnis

Die §§ 18 ff. GWB wurden bereits in der Fassung der damals noch nicht verabschiedeten 8. GWB-Novelle (Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juni 2013, BGBl. I 2013, S. 1738) berücksichtigt. Im Übrigen wurden Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur bis zum 1. April 2013 berücksichtigt. Hier nicht verzeichnete Quellen sind in den Fußnoten ausführlich zitiert. Das betrifft insbesondere Internetquellen; diese wurden sämtlich letztmals am 1. April 2013 abgerufen.

Ackermann, Thomas: Kartellrecht und Arbeitsmarkt: der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Kartellrecht und Arbeitsmarkt. 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 27. November 2009 (2010), S. 17 ff., zitiert als: Ackermann, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt.

Ackermann, Thomas: Warenverkehrsfreiheit und »Verkaufsmodalitäten«. Zu den EuGH-Entscheidungen »Keck« und »Hünermund«, RIW 1994, 189 ff.

Anzinger, Rudolf/Koberski, Wolfgang: Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche, kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen, NZA 1989, 737 ff.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar. BGB, Edition 26, Stand: 1.2.2013, zitiert als: BeckOK-BGB/Bearbeiter.

Baumbach, Adolf (Begr.)/*Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung · Unterlassungsklagengesetz · Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 31. Auflage (2013), zitiert als: Köhler/Bornkamm.

Bayreuther, Frank: Ist die Lohnwucherrechtsprechung internationalprivatrechtlich zwingend?, NZA 2010, 1157 ff.

Bayreuther, Frank: Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht (2005), zitiert als: Bayreuther, Tarifautonomie.

Bayreuther, Frank: Vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Gunsten der MOE-Staaten. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 706 ff.

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo/Hirsbrunner, Simon: EG-Kartellrecht, 2. Auflage (2009).

Bechtold, Rainer: Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar, 6. Auflage (2010).

Bechtold, Rainer: Ladenschluss, Arbeitnehmerschutz und Kartellrecht, in: Baeck, Ulrich/Hauck, Friedrich/Preis, Ulrich/Rieble, Volker/Röder, Gerhard/Schunder, Achim (Hrsg.): Festschrift für Jobts-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag (2010), S. 109 ff., zitiert als: Bechtold, in: FS Bauer.

Bechtold, Rainer: Zur Anwendung des Kartellverbots auf wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge, RdA 1983, 99 ff.

Beck, Thorsten: Rationalisierungsschutz und Grenzen der Tarifmacht (I. Teil), AuR 1981, 333 ff.

Belke, Rolf: Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973. Teil 2: Das Druckverbot des § 25 II GWB, ZHR 138 (1974), 291 ff.

Belling, Detlev W.: Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen (1990), zitiert als: Belling, Haftung des Betriebsrats.

Benecke, Martina: Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung. 7. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 19. November 2010 (2011), S. 49 ff., zitiert als: Benecke, in: Mindestlohn.

Berg, Peter/Platow, Helmut/Schoof, Christian/Unterhinninghofen, Hermann: Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 3. Auflage (2010).

Berg, Peter: Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2009), 69 ff.

Bettermann, Karl August: Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 1951, 321 ff.

Beuthien, Volker: Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1983, 141 ff.

Biedenkopf, Kurt: Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, BB 1966, 1113 ff.

Birk, Rolf: Entsendung und Freizügigkeit. Die europarechtliche Stellung entsandter Arbeitnehmer zur Erfüllung von Aufträgen, in: Kohte, Wolfhard/Dörner, Hans-Jürgen/Anzinger, Rudolf (Hrsg.): Arbeitsrecht im sozialen Dialog. Festschrift für Hellmut Wissmann (2005), zitiert als: Birk, in: FS Wissmann.

Blanke, Thomas: Streikende Wikinger vor dem Europäischen Gerichtshof. Streikrecht und wirtschaftliche Grundfreiheiten im EU-Recht, AuR 2006, 1 ff.

Boemke, Burkhard/Lembke, Mark: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage (2005).

Boemke, Burkhard: EU-Osterweiterung und grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 266 ff.

von Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage (2009), zitiert als: von Bogdandy/Bast/Bearbeiter.

Böhm, Franz: Kartelle und Koalitionsfreiheit (1933).

Böhm, Wolfgang: 1.5.2011: Europa-Tag für die Zeitarbeit, NZA 2010, 1218 ff.

Bohnert, Joachim: Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage (2010).

Bornkamm, Joachim: Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht. »FENIN« Revisited, in: Jung, Peter/ Lamprecht, Philipp/Blasek, Kathrin/Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.): Einheit und Vielfalt im Unternehmensrecht. Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag, S. 41 ff., zitiert als: Bornkamm, in: FS Blaurock.

Breideneichen, Ulf: Gütermarktregulierende Tarifvereinbarungen und Tariftreueerklärungen. Legitimation innerhalb des Kartell-, Verfassungs- und Europarechts (2004), zitiert als: Breideneichen, Gütermarktregulierende Tarifvereinbarungen.

Brigola, Alexander: Die Figur der Marktaustrittsbeschränkungen als Korrelat der Figur der Marktzugangsbeschränkungen. Zur Kohärenz der EG-Grundfreiheiten anlässlich des Urteils des EuGH vom 16.12.2008 – C-205/07 – Gysbrechts u.a., EuZW 2009, 479 ff.

Brouwer, Tobias/Schreiner, Manja: Die Unterwerfung unter fremde Lieferantenkodizes – ein zweistufiges Anerkennungskonzept soll für Erleichterung sorgen, CCZ 2010, 228 ff.

Brüggemeier, Gert: Die Einflußnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft. Zur Struktur und zum Verhältnis der §§ 117 und 317 AktG, AG 1988, 93 ff.

Buchinger, Stefan/Michner, Alois/Müller, Christian: Dienstleistungsrichtlinie. Ein Erfolg der österreichischen Präsidentschaft 2006 (2007), zitiert als: Buchinger/Michner/Müller, Dienstleistungsrichtlinie.

Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. Band 1. Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage (2011), zitiert als: Langen/Bunte/Bearbeiter.

Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht. Band 2. Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage (2010), zitiert als: Langen/Bunte/Bearbeiter.

Calliess, Christian/Korte, Stefan: Dienstleistungsrecht in der EU. Handbuch des Rechts der Europäischen Union zum freien Dienstleistungsverkehr (2011).

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Auflage (2011), zitiert als: Calliess/Ruffert/Bearbeiter.

Casper, Matthias: Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617 ff.

Dannecker, Gerhard, Die Ahndbarkeit von Kartellwächtern und Beratungsunternehmen im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht. Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs Erster Instanz vom 8.7.2008 – AC-Treuhand/Kommission, ÖZK 2010, 171 ff.

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Auflage (2012), zitiert als: Däubler/Bearbeiter.

Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin (Hrsg.): Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, 2. Auflage (2010), zitiert als: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Bearbeiter.

Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter (Hrsg.): BetrVG. Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 13. Auflage (2012), zitiert als: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde/Bearbeiter.

Däubler, Wolfgang: Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 3. Auflage (1975), zitiert als: Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung.

Däubler, Wolfgang: Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, EuZW 1997, 613 ff.

Däubler, Wolfgang: ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?, AuR 2008, 409 ff.

Däubler, Wolfgang: Neue Akzente im Arbeitskollisionsrecht, RIW 2000, 255 ff.

Dauses, Manfred (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand des Gesamtwerks: 31. Ergänzungslieferung (Juli 2012), zitiert als: Dauses/Bearbeiter.

Deinert, Olaf: Abweichung vom Tarifvertrag durch verdrängte Vertragsabrede oder Vorratsvereinbarung, in: Dieterich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide (Hrsg.): Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächnisschrift für Ulrich Zachert (2010), S. 521 ff., zitiert als: Deinert, in: FS Zachert.

Denzel, Ulrich: Wettbewerbsbeschränkungen für »Ein-Mann-Unternehmen«, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Kartellrecht und Arbeitsmarkt. 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 27. November 2009 (2010), S. 131 ff., zitiert als: Denzel, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt.

Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter (Begr.)/Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage (2013), zitiert als: ErfKomm/Bearbeiter.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Band I. Präambel, Artikel 1-19, 2. Auflage (2004), zitiert als: Dreier/Bearbeiter.

Dzida, Boris/Reinhard, Christian: Globale Rahmenabkommen: zwischen Corporate Social Responsibility und gewerkschaftlichen Kampagnen, BB 2012, 2241 ff.

Egger, Johann: Die Entsende-Richtlinie, in: Wachter, Gustav/Burger, Florian (Hrsg.), Die Dienstleistungsrichtlinie. Dienstleistungsfreiheit in Europa. Segen oder Fluch. Tagungsband zum Symposium vom 8. Und 9. November 2006 an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck (2008), S. 209 ff., zitiert als: Egger, in: Dienstleistungsrichtlinie.

Eichenhofer, Eberhard: Arbeitsbedingungen bei Entsendung von Arbeitnehmern, ZIAS 1996, 55 ff.

Eifler, Timm: Sektorale Deregulierungen im Bereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Herausnahme der speziellen Arbeitnehmergruppe der Studenten (2008), zitiert als: Eifler, Sektorale Deregulierungen.

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Auflage (2010).

Emmerich, Volker/Habersack, Mathias: Konzernrecht. Ein Studienbuch, 9. Auflage (2008), zitiert als: Emmerich/Habersack, Konzernrecht.

Emmerich, Volker: Kartellrecht. Ein Studienbuch, 11. Auflage (2008), zitiert als: Emmerich, Kartellrecht[11].

Emmerich, Volker: Kartellrecht. Ein Studienbuch, 12. Auflage (2012), zitiert als: Emmerich, Kartellrecht.

Emmerich, Volker: Langfristige Liefer- und Bezugsverträge im europäischen Kartellrecht, in: Kramer, Ernst A./Schuhmacher, Wolfgang (Hrsg.): Beiträge zum Unternehmensrecht. Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag, S. 351 ff., zitiert als: Emmerich, in: FS Koppensteiner.

Erdlenbruch, Michael: Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerbsmäßig überlassender Arbeitnehmer (1992), zitiert als: Erdlenbruch, Betriebsverfassungsrechtliche Stellung.

Erman, Walter (Begr.)/*Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBVG, VersAusglG und WEG, Band I, 13. Auflage (2011), zitiert als: Erman/Bearbeiter.

Feudner, Bernd W.: Tarifzuständigkeit der Gewerkschaften, BB 2004, 2297 ff.

Fitting, Karl (Begr.)/*Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang*: Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar, 26. Auflage (2012), zitiert als: Fitting.

Fleischer, Holger: Tarifverträge und Europäisches Wettbewerbsrecht. Besprechung der Albany-International-Entscheidung des EuGH, DB 2000, 821 ff.

Forst, Gerrit: Leiharbeitnehmer im Betriebsübergang, RdA 2011, 228 ff.

Franzen, Martin: »Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort«? Die Entsendung von Arbeitnehmern aus EU-Staaten nach Deutschland, DZWir 1996, 89 ff.

Franzen, Martin: Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011, 255 ff.

Franzen, Martin: Die Lohnwucherrechtsprechung des BAG als Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Rom I-VO bzw. § 2 Nr. 1 AEntG?, ZESAR 2011, 101 ff.

Franzen, Martin: Drittbezogene Betriebsratsrechte im Entleiherbetrieb, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit. 3. ZAAR-Tagung. Düsseldorf, 9. September 2011 (2012), S. 85 ff., zitiert als: Franzen, in: Industriedienstleistung.

Franzen, Martin: Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht, in: Bauer, Jobst-Hubertus/Kort, Michael/Möllers, Thomas M. J./Sandmann, Bernd (Hrsg.): Festschrift für Herbert Buchner (2009), S. 231 ff., zitiert als: Franzen, in: FS Buchner.

Franzen, Martin: Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1.5. 2011, EuZA 2011, 451 ff.

Franzen, Martin: Kampfmitteleinsatz für außertarifliche Regelungen, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten. 8. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 18. November 2011 (2012), S. 119 ff., zitiert als: Franzen, in: Ausweitung der Tarifmacht.

Franzen, Martin: Kollektive Rechtsdurchsetzung – Länderbericht Deutschland, ZIAS 2004, 32 ff.

Franzen, Martin: Tarifzuständigkeit und Tariffähigkeit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, BB 2009, 1472 ff.

Freckmann, Anke: Freie Mitarbeit wieder im Trend. Flucht aus der Leiharbeit, DB 2013, 459 ff.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht. Band 1. Europäische Grundfreiheiten, 2. Auflage (2012), zitiert als: Frenz, HdbEuR I.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht. Band 2. Europäisches Kartellrecht (2006), zitiert als: Frenz, HdbEuR II.

Frenz, Walter: Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BVerfG, NZS 2011, 321 ff.

Fritzsche, Alexander: 8. GWB-Novelle – Überblick über den Regierungsentwurf, DB 2012, 845 ff.

Fuchs, M*aximilian*: Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009, 57 ff.

Füller, Jens Thomas: Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten nach dem EG-Vertrag (2000), zitiert als: Füller, Warenverkehrsfreiheiten.

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht. Ein Lehrbuch, Band I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung (1997), zitiert als: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I.

Ganten, Ted Oliver: Die Drittwirkung der Grundfreiheiten. Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten (2000), zitiert als: Ganten, Drittwirkung.

Giesen, Richard: Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten. 8. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 18. November 2011 (2012), S. 57 ff., zitiert als: Giesen, in: Ausweitung der Tarifmacht.

Giesen, Richard: Rechtspolitik des Mindestlohns, in: Schubert, Jens (Hrsg.): Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht. Festschrift für Otto Ernst Kempen (2013), S. 216 ff., zitiert als: Giesen, in: FS Kempen.

Giesen, Richard: Tarifvertragliche Erweiterung von Betriebsratsrechten beim Leiharbeitseinsatz, ZfA 2012, 143 ff.

Gilch, Andreas/Pelz, Christian: Compliance-Klauseln – Gut gemeint aber unwirksam?, CCZ 2008, 131 ff.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2. §§ 76-117. MitbestG · DrittelbG, 3. Auflage (2008), zitiert als: MünchKommAktG/Bearbeiter.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7. Europäisches Aktienrecht. SE-VO · SEBG · Europäische Niederlassungsfreiheit, 3. Auflage (2012), zitiert als: MünchKommAktG/Bearbeiter.

Goette, Wulf: »Zur ARAG/GARMENBECK-Doktrin«, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.): Liber Amicorum für Martin Winter (2011), S. 153 ff., zitiert als: Goette, in: Liber Amicorum Winter.

Goette, Wulf: Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand?, ZHR 176 (2012), 588 ff.

Göller, Harald: Gewerkschaftliche Gruppenrechtsschutzversicherungen (1993).

Grabitz, Eberhard (Begr.)/*Hilf, Meinhard* (Fortgef.)/*Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Stand des Gesamtwerks: 49. Ergänzungslieferung (November 2012), zitiert als: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bearbeiter.

Greiner, Stefan: Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn – Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung, ZIP 2011, 2129 ff.

Gutzler, Helmut: Gelöste und ungelöste Fragen der Lieferverweigerung, BB 1966, 390 ff.

Hamann, Wolfgang: Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen der Reform der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2003, 526 ff.

Hamann, Hartmut: Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht (1992), zitiert als: H. Hamann, Unternehmen als Täter.

Hamann, Wolfgang: Anmerkung zu BAG 23.1.2008 – 1 ABR 74/06, AP Nr. 14 zu § 14 AÜG.

Hammerl, Christoph: Inländerdiskriminierung (1997).

Hanau, Peter: Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, NJW 1996, 1369 ff.

Hanau, Peter: Die Einbeziehung der Tarifverträge der Zeitarbeit in das System des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG), in: Bieback, Karl-Jürgen/Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Kocher, Eva/Schäfer, Claus (Hrsg.): Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 127 ff, zitiert als: Hanau, in: Tarifgestützte Mindestlöhne.

Hanau, Peter: Lohnunterbietung (»Sozialdumping«) durch Europarecht, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Everling (1995), Band I, S. 415 ff., zitiert als: Hanau, in: FS Everling.

Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias: Europarecht, 8. Auflage (2012).

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Mit Preisangabenverordnung. Kommentar, 2. Auflage (2009), zitiert als: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearbeiter.

Hartmann, Felix/Lobinger, Thomas: Die Arbeitsvertrags- und Wettbewerbsfreiheit als Grenze tarifvertraglicher Vorteilsregelungen, NZA 2010, 421 ff.

Hartmann, Felix: Grenzen der Tarifautonomie über Unternehmerverhalten, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten. 8. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 18. November 2011 (2012), S. 15 ff., zitiert als: Hartmann, in: Ausweitung der Tarifmacht.

Hauschka, Christoph E. (Hrsg.): Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2. Auflage (2010), zitiert als: Hauschka/Bearbeiter, Compliance.

Heermann, Peter W./Hirsch, Günter (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1. Grundlagen des Wettbewerbsrechts. Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht. Europäisches Gemeinschaftsrecht- Grundlagen und sekundärrechtliche Maßnahmen. §§ 1-4 UWG (2006), zitiert als: MünchKommUWG/Bearbeiter.

Hendriks, Birger: Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht (1976).

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht. Kommentar, 5. Auflage (2012), zitiert als: Henssler/Willemsen/Kalb/Bearbeiter.

Henssler, Martin: Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1 ff.

Herresthal, Carsten: Die Re-Individualisierung des kollektiven Arbeitsrechts in der europäischen Integration am Beispiel der Tarifautonomie, EuZA 2011, 3 ff.

Herschel, Wilhelm: Tariffähigkeit und Tarifmacht. Eine Skizze (1932), zitiert als: Herschel, Tariffähigkeit und Tarifmacht.

Herschel, Wilhelm: Verpflichtungsermächtigung und Tarifvertragsrechte, JZ 1952, 26.

Heuschmid, Johannes/Klauk, Melanie: Zur Primärrechtswidrigkeit der Leiharbeits-Richtlinie, SR 2012, 84 ff.

Hickl, Manfred: Auswirkungen und Probleme des Entsendegesetzes, NZA 1997, 513 ff.

Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht). Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 1. Europäisches Wettbewerbsrecht (2007), zitiert als: MünchKommWettbR/Bearbeiter.

Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht). Kartellrecht. Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 2. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). §§ 1-96, 130, 131 (2008), zitiert als: MünchKomm-WettbR/Bearbeiter.

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

Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar (2011), zitiert als: Hölters/Bearbeiter.

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Aktiengesetz. Großkommentar, Vierter Band. §§ 95-117, 4. Auflage (2006), zitiert als: GK-AktG/Bearbeiter.

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, 10. Auflage (2012).

Hunold, Wolf: Die Rechtsprechung zu den Beteiligungsrechten des Entleiher-Betriebsrats bei Einsatz von Leiharbeitnehmern, NZA-RR 2008, 281 ff.

Hurst, Adrian: Tarifverträge in der Zeitarbeit. Praxishandbuch und Kommentar (2010), zitiert als: Hurst, Tarifverträge in der Zeitarbeit.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage (2012), zitiert als: Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Auflage (2012), zitiert als: Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage (2007), zitiert als: Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter.

Immenga, Ulrich: Der Vorteilsbegriff des Lockverbotes nach § 25 Abs. 2 GWB, in: Hadding, Walther/Immenga, Ulrich/Mertens, Hans-Joachim/Pleyer, Klemens/Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984: Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, S. 375 ff., zitiert als: Immenga, in: FS Werner.

Immenga, Ulrich: Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs Arbeitsrecht. Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Regelung von Ladenschlußzeiten (1989), zitiert als: Immenga, Ausnahmebereich Arbeitsrecht.

Jaeger, Wolfgang/Pohlmann, Petra/Rieger, Harald/Schroeder, Dirk (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht. Mit Kommentierung des EG-Kartellrechts, des GWB und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Stand des Gesamtwerks: 77. Ergänzungslieferung (2012), zitiert als: FK/Bearbeiter.

Jaensch, Michael: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV (1997), zitiert als: Jaensch, Unmittelbare Drittwirkung.

Jäger, Christian: Die Anwendbarkeit des GWB auf die Verbandsarbeit der Deutschen Arbeitgeberverbände (1998), zitiert als: Jäger, GWB und Arbeitgeberverbände.

Jakob, Johannes: Werkverträge. Missbrauch stoppen, AiB 2013, 81 ff.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 12. Auflage (2012).

Jarass, Hans D.: Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge, Kommentar (2010).

Jarass, Hans D.: Tarifverträge und Verfassungsrecht. Grundlagenfragen, dargestellt am Beispiel des Streits um den Ladenschluß, NZA 1990, 505 ff.

Joussen, Jacob: Die Neufassung des Arbeitnehmerentsendegesetzes – ein Überblick, ZESAR 2009, 355 ff.

Junker, Abbo/Wichmann, Julia: Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz - Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht?, NZA 1996, 505 ff.

Junker, Abbo: Anmerkung zu BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, JZ 2008, 102 ff.

Junker, Abbo: Grundfreiheiten und »kollektive Maßnahmen« – Die Urteile des EuGH in Sachen Viking Line und Laval, SAE 2008, 209 ff.

Jüttner, Andreas: Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht (2006), zitiert als: Jüttner, Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht.

Kamanabrou, Sudabeh: Arbeitsrecht im Binnenmarkt, EuZA 2010, 157 ff.

Karakaya, Ilkin/Buch, Steffen: Sittenwidrigkeit von Sportmanagementverträgen. Exklusivverträge und die Vermarktung der Persönlichkeitsrechte, ZRP 2002, 193 ff.

Karthaus, Boris: »Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.« Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern in der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie, AuR 2010, 494 ff.

Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage (2006), zitiert als: Kempen/Zachert/Bearbeiter.

Kentner, Kathrin: Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber (2010).

Kirchhof, Ferdinand: Private Rechtsetzung (1987).

Klebe, Thomas: Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?, AiB 2012, 559 ff.

Klumpp, Steffen: Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, 3473 ff.

Koberski, Wolfgang/Asshoff, Gregor/Eustrup, Gabriele/Winkler, Holger: Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Mindestarbeitsbedingungengesetz. Kommentar, 3. Auflage (2011).

Koch, Jens: Kartellgehilfen als Sanktionsadressaten. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des EuG v. 8.7.2008 – Rs T-99/04 – AC-Treuhand AG, ZWeR 2009, 370 ff.

Koch, Jens: Keine Ermessensspielräume bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern, AG 2009, 93 ff.

Kocher, Eva: Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR 2008, 13 ff.

Kocher, Eva: Wer schützt die Beschäftigten im transnationalen Standortwettbewerb?, in: Dieterich, Thomas/Le Friant, Martine/Nogler, Luca/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide (Hrsg.): Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert (2010), S. 37 ff., zitiert als: Kocher, in: GS Zachert.

Köhler, Helmut/Piper, Henning (Begr.)/*Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung. Kommentar, 5. Auflage (2010), zitiert als: Piper/Ohly/Sosnitza.

Köhler, Helmut: Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99 ff.

Köhler, Helmut: Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht (1979), zitiert als: Köhler, Nachfragemacht.

Konzen, Horst: Europäische Dienstleistungsfreiheit und nationaler Arbeitnehmerschutz, NZA 2002, 781 ff.

Konzen, Horst: Europäische Grundrechte im aktuellen Arbeitsrecht, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.): Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag (2011), zitiert als: Konzen, in: FS Säcker.

Körber, Torsten: Grundfreiheiten und Privatrecht (2004).

Kordel, Guido: Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht. Zur Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EGV und der Fusionskontrollverordnung auf das Verhalten von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihrer Verbände (2004), zitiert als: Kordel, Arbeitsmarkt und europäisches Kartellrecht.

Körner, Marita: EU-Dienstleistungsrichtlinie und Arbeitsrecht, NZA 2007, 233 ff.

Korte, Stefan: Was bleibt vom herkömmlichen Verständnis der Dienstleistungsfreiheit? Zur Überlagerung der Art. 49 f. EG durch die Art. 16 ff. der Dienstleistungsrichtlinie, EWS 2007, 246 ff.

Krause, Rüdiger: Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Elektroindustrie, NZA 2012, 830 ff.

Krause, Rüdiger: Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, 2. Auflage (2012), zitiert als: Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit.

Krause, Rüdiger: Tarifvertragliche Regulierung der Leiharbeit auf der Entleiherseite, in: Bieder, Marcus/Hartmann, Felix (Hrsg.): Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht. Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück (2012), S. 35 ff., zitiert als: Krause, in: Kollektive Interessenwahrnehmung.

Krebber, Sebastian: Die Anwendung des eigenen Arbeitsrechts auf vorübergehend aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer. Europa- und kollisionsrechtliche Gedanken. Anmerkung zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 23. November 1999, ZEuP 2001, 365 ff.

Krebber, Sebastian: Die Vereinbarkeit von Entsenderichtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz mit der Dienstleistungsfreiheit und Freizügigkeit des EGV, in: Weber, Christoph/Steinbeck, Anja/Hennrichs, Joachim/Ingelfinger, Helmar/Müller, Hans-Friedrich/Raab, Thomas/Treber, Jürgen (Hrsg.): Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1997. Europäisierung des Privatrechts. Zwischenbilanz und Perspektiven. Mainzer Tagung. 10.-13. September 1997 (1998), S. 129 ff., zitiert als: Krebber, in: Jb.J.ZivRWiss. 1997.

Krebber, Sebastian: Globalisierungsbedingter Verlust der Bindungswirkung staatlicher Regulierung und die sich entwickelnden Alternativen: EuZA 2008, 141 ff. [Teil 1] und 315 ff. [Teil 2].

Kreis, Werner: Die Zulässigkeit von Höchstarbeitsbedingungen, RdA 1961, 97 ff.

Krieger, Steffen/Günther, Jens: Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt!?, NZA 2010, 20 ff.

Kronke, Herbert/Melis, Werner/Schnyder, Anton K. (Hrsg.): Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht (2005), zitiert als: Kronke/Melis/Schnyder/Bearbeiter.

Kulka, Michael: Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandel, RdA 1988, 336 ff.

Kulka, Michael: Kollektives Arbeitsrecht und Kartellrecht. Zur Anwendbarkeit des GWB auf Wettbewerbsbeschränkungen durch Arbeitskampf und Tarifvertrag, WuW 1987, 5 ff.

Lange, Knut Werner: Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa, WuW 2002, 953 ff.

Langenfeld, Christine: Wer schlägt die Schlacht im Fall Rosella?, in: Depenheuer, Otto/Heintzen, Markus/Jestaedt, Matthias/Axer, Peter (Hrsg.): Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee (2007), S. 815 ff., zitiert als: Langenfeld, in: FS Isensee.

Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1. Systematische Darstellungen. Erläuterungen zum EGVVG. §§ 1-99 VVG (2010), zitiert als: MünchKommVVG/Bearbeiter.

Larenz, Karl (Begr.)/*Canaris, Claus-Wilhelm* (Fortgef.): Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band. Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage (1994), zitiert als: Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2.

Latzel, Clemens/Serr, Stephan: Rechtsschutz gegen Mindestlöhne, ZfA 2011, 391 ff.

Lehmpfuhl, Rolf-Siegfried: Anmerkung zu BGH 25.11.1965 – KZR 11/64 »Bierbezug«, GRUR 1966, 279 ff.

Lenk, Jennifer: Die Ausnahme standesrechtlicher Werbeverbote aus dem EG-Kartellrecht. Zugleich ein Beitrag zu der Frage der Beeinflussung des EG-Kartellrechts durch Aspekte des Gemeinwohls (2006), zitiert als: Lenk, Werbeverbote.

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander (Hrsg.): Kartellrecht. Kommentar, 2. Auflage (2009), zitiert als: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Bearbeiter.

Lorenz, Frank: EU-Dienstleistungsrichtlinie und gesetzlicher Mindestlohn – rechtliche Bewertungen und mögliche Schlussfolgerungen, AuR 2006, 91 ff.

Löwisch, Manfred/Kaiser, Dagmar: Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 6. Auflage (2010).

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 3. Auflage (2012).

Löwisch, Manfred: Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsleistungen, DB 2004, 814 ff.

Löwisch, Manfred: Unangemessene Benachteiligung von Unternehmen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen atypischer Verträge mit arbeitsrechtlichem Bezug, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehorst, Christiane/Adolff, Johannes (Hrsg.): Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag (2005), S. 297 ff., zitiert als: Löwisch, in: FS Heldrich.

Maier, Arne: Unterbietung des Mindestlohns durch Tarifverträge, NZA 2009, 351 ff.

Mair, Andreas: Das kollektive Arbeitsrecht im Kontext von Dienstleistungsfreiheit und Dienstleistungsrichtlinie – dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Kollektivvertragsrechts, in: Wachter, Gustav/Burger, Florian (Hrsg.), Die Dienstleistungsrichtlinie. Dienstleistungsfreiheit in Europa. Segen oder Fluch Tagungsband zum Symposium vom 8. Und 9. November 2006 an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck (2008), S. 310 ff., zitiert als: Mair, in: Dienstleistungsrichtlinie.

von Mangoldt, Hermann (Begr.)/*Klein, Friedrich* (Fortgef.)/*Starck, Christian* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage (2010), zitiert als: von Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter.

Mankowski, Peter: Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101 ff.

Mankowski, Peter: Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133 ff.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Stand des Gesamtwerks: 67. Ergänzungslieferung (November 2012), zitiert als: Maunz/Dürig/Bearbeiter.

Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage (2004), zitiert als: Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR.

Misera, Karlheinz: Tarifmacht und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel (1969), zitiert als: Misera, Tarifmacht.

Mohr, Jochen/Wolf, Maik: Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, JZ 2011, 1091 ff.

Monopolkommission: Hauptgutachten 2008/2009. Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. Includes an English Summary (2010), zitiert als: Monopolkommission, Hauptgutachten XVIII.

Monopolkommission: Sondergutachten 51. Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 1996 (2008), zitiert als: Monopolkommission, Sondergutachten 51.

Moosmayer, Klaus: Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Auflage (2012), zitiert als: Moosmayer, Compliance.

Mortelmans, Kamiel: Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?, CMLR 2001, 613 ff.

Mühl, Alex: Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2004), zitiert als: Mühl, Diskriminierung und Beschränkung.

Mühlbach, Tatjana: Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle (2007), zitiert als: Mühlbach, Kartellkontrolle.

von Münch, Ingo (Begr.)/*Kunig, Philip* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Auflage (2012), zitiert als: von Münch/Kunig/Bearbeiter.

Nacken, Gert: Tarifverträge über das Ende der Arbeitszeit und § 1 GWG, WuW 1988, 475 ff.

Neumann, Daniela: Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen (2000), zitiert als: Neumann, Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen.

Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht. II. Band. Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht (1959), zitiert als: Nikisch, Arbeitsrecht II.

Oberthür, Nathalie: Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit. 3. ZAAR-Tagung. Düsseldorf, 9. September 2011 (2012), S. 43 ff., zitiert als: Oberthür, in: Industriedienstleistung.

Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich (Hrsg.): Europäisches Arbeits- und Sozialrecht. EAS. Rechtsvorschriften. Systematische Darstellungen. Entscheidungssammlung, Stand des Gesamtwerks: 173. Ergänzungslieferung (Februar 2013), zitiert als: Oetker/Preis/Bearbeiter, EAS.

Otto, Hansjörg: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (2006), zitiert als: Otto, Arbeitskampfrecht.

Otto, Hansjörg: Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG. Vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit?, RdA 2010, 135 ff.

Paefgen, Walter G.: Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Ermessensentscheidung, AG 2008, 761 ff.

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie dem Haager Unterhaltsprotokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 72. Auflage (2013), zitiert als: Palandt/Bearbeiter.

Pfarr, Heide/Bothfeld, Silke/Bradtke, Marcus/Kimmich, Martin/ Schneider, Julia/Ullmann, Karen: REGAM-Studie: Atypische Beschäftigung in den Betrieben – eingesetzt zur Umgehung des Kündigungsschutzes?, BB 2004, 602 ff.

Picker, Eduard: Privatautonomie und Kollektivautonomie. Arbeitsrecht als Freiheitsproblem, in: Picker, Eduard/Rüthers, Bernd: Recht und Freiheit. Symposium zu Ehren von Herrn Professor Dr. Reinhard Richardi (2003), S. 25 ff., zitiert als: Picker, in: Recht und Freiheit.

Pielow, Johann-Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar. Gewerberecht, Edition 21, Stand: 1.10.2012, zitiert als: BeckOK-GewR/Bearbeiter.

Piper, Henning: Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Bereitstellung von Versicherungsschutz für Vereinsmitglieder, in: Erdmann, Willi/Mees, Hans-Kurt/Piper, Henning/Teplitzky, Otto/ Hefermehl, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.): Festschrift für Otto-Friedrich Freiherr von Gamm (1990), S. 147 ff., zitiert als: Piper, in: FS von Gamm.

Plander, Harro: Tarifvertrag oder Koalitionsvertrag zugunsten Dritter?, PersR 2002, 292 ff.

Poth, Holger: Kartellrechtliche Grenzen der Regelung betrieblicher Nutzungszeiten durch Tarifvertrag, NZA 1989, 626 ff.

Preedy, Kara: Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht (2005), zitiert als: Preedy, Bindung Privater.

Preis, Ulrich/Greiner, Stefan: Die staatliche Geltungserstreckung nach dem alten und neu gefassten AEntG, insbesondere bei Vorliegen konkurrierender Tarifverträge, ZfA 2009, 825 ff.

Preis, Ulrich: Werkverträge zur Umgehung des AÜG - kein empfehlenswerter Weg!, BB 2012 Nr. 27, Die erste Seite.

Ramm, Thilo: Die Parteien des Tarifvertrages. Kritik und Neubegründung der Lehre vom Tarifvertrag (1961), zitiert als: Ramm, Parteien des Tarifvertrags.

Ramstetter, Simon: Mindestlöhne vor Gericht (2011).

Rauber, Markus: Quo vadis, »Keck«? – zum Problem von Verwendungsbeschränkungen im freien Warenverkehr, ZEuS 2010, 15 ff.

Rehbinder, Eckard: Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen über Geschäftszeiten und Betriebsferien, BB 1964, 895 ff.

Reichel, Christian/Spieler, Sven: Vertragsgestaltung bei internationalem Arbeitseinsatz, BB 2011, 2741 ff.

Reichold, Hermann: Die Kontrolle des Tarifvertrags durch das europäisierte GWB, ZESAR 2010, 195 ff.

Reichold, Hermann: Entmachtung des Tarifkartells durch neues Kartellrecht?, in: Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.): Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010 (2010), S. 759 ff., zitiert als: Reichold, in: FS Reuter.

Reichold, Hermann: Gegenmachtsprinzip und arbeitsrechtliche Kartellgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Kartellrecht und Arbeitsmarkt. 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 27. November 2009 (2010), S. 53 ff., zitiert als: Reichold, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt.

Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 7. Auflage (2010), zitiert als: Reithmann/Martiny/Bearbeiter.

Reuter, Dieter: Anmerkung zu BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – EzA Nr. 94 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Reuter, Dieter: Betriebsräte an die Front? Zur Musterbetriebsvereinbarung der IG Metall über den Einsatz von Leiharbeitnehmern, ZfA 2006, 459 ff.

Reuter, Dieter: Die Grenzen des Streikrechts, ZfA 1990, 535 ff.

Richardi, Reinhard (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar, 13. Auflage (2012), zitiert als: Richardi/Bearbeiter.

Richardi, Reinhard/Wißmann, Hellmut/Wlotzke, Otfried/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2. Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auflage (2009), zitiert als MünchHdbArbR/Bearbeiter.

Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht. Band 1. Individualarbeitsrecht I, 2. Auflage (2000), zitiert als MünchHdbArbR²/Bearbeiter.

Richardi, Reinhard: Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968), zitiert als: Richardi, Kollektivgewalt.

Rieble, Volker/Klebeck, Ulf: Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23 ff.

Rieble, Volker/Klebeck, Ulf: Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758 ff.

Rieble, Volker/Klumpp, Steffen/Gistel, Cornelia: Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung (2006), zitiert als: Rieble/Klumpp/Gistel, Rechtsmissbrauch.

Rieble, Volker/Kolbe, Sebastian: Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?, EuZA 2008, 453 ff.

Rieble, Volker/Latzel, Clemens: Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien (2012), zitiert als: Rieble/Latzel, Wirtschaftsförderung.

Rieble, Volker/Lessner, Jan: Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag, ZfA 2002, 29 ff.

Rieble, Volker/Serr, Stephan: Mittelbare Regulierung der Zeitarbeit durch den Stahltarifabschluß. Unveröffentlichtes Gutachten (2011), zitiert als: Rieble/Serr, Gutachten Stahltarif.

Rieble, Volker/Vielmeier, Stephan: Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474 ff.

Rieble, Volker: Anmerkung zu BAG 10.2.1999 – 2 AZR 422/98, RdA 2000, 40 ff.

Rieble, Volker: Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht (1996), ziert als: Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb.

Rieble, Volker: Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, ZTR 1993, 54 ff.

Rieble, Volker: Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5 ff.

Rieble, Volker: Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796 ff.

Rieble, Volker: Gewerkschaftsbestechung?, CCZ 2008, 121 ff.

Rieble, Volker: Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: ders./Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Zukunft der Zeitarbeit. 6. ZAAR-Kongress. München, 8. Mai 2009 (2009), S. 65 ff., zitiert als Rieble, in: Zukunft der Zeitarbeit.

Rieble, Volker: Konzerntarifvertrag (Teil II), Der Konzern 2005, 549 ff.

Rieble, Volker: Neue Wettbewerbsregeln für die Zeitarbeit, in: ders./Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit. 3. ZAAR-Tagung. Düsseldorf, 9. September 2011 (2012), S. 15 ff., zitiert als: Rieble, in: Industriedienstleistung.

Rieble, Volker: Tariflose Zeitarbeit?, BB 2012, 2177 ff.

Rieble, Volker: Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1 ff.

Rieble, Volker: Umweltschutz durch kollektives Arbeitsrecht – insbesondere durch Tarifvertrag und Koalitionsvereinbarung, ZTR 2000, 1 ff.

Rieble, Volker: Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: ders./Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Kartellrecht und Arbeitsmarkt. 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 27. November 2009 (2010), S. 103 ff., zitiert als: Rieble, in: Kartellrecht und Arbeitsmarkt.

Rieble, Volker: Zeitarbeit – invers, NZA 2013, 309 ff.

Rieble, Volker: Zulieferercompliance als soziales Druckmittel, BB 2013, 245 ff.

Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Auflage (2010), zitiert als: Riesenhuber/Bearbeiter.

Riesenhuber, Karl: Europäisches Arbeitsrecht. Eine systematische Darstellung (2009), zitiert als: Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht.

Rödl, Florian: Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, 292 ff.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar. Arbeitsrecht, Edition 26, Stand: 1.12.2012, zitiert als: BeckOK-ArbR/Bearbeiter.

Rolfs, Christian: Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Individual- und Betriebsvereinbarungen, RdA 2006, 349 ff.

Roth, Wulf-Henning: Die »horizontale« Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV), EWS 2013, 16 ff.

Roth, Wulf-Henning: Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Everling (1995), Band II, S. 1231 ff., zitiert als: Roth, in: FS Everling.

Roth, Wulf-Henning: Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht, in: FIW (Hrsg.): Tarifautonomie und Kartellrecht. Referate einer FIW-Veranstaltung (1990), S. 7 ff., zitiert als: Roth, in: Tarifautonomie und Kartellrecht.

Roth, Wulf-Henning: Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb der Hersteller? Plädoyer für eine Neubestimmung des Art. 34 EGV, ZHR 159 (1995), 78 ff.

Rüffer, Wilfried/Halbach, Dirk/Schimikowski, Peter (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage (2011), zitiert als: Rüffer/Halbach/Schimikowski/Bearbeiter.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, 6. Auflage (2011), zitiert als: Sachs/Bearbeiter.

Sack, Rolf: Der subjektive Tatbestand des § 826 BGB, NJW 2006, 945 ff.

Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen: Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010, 440 ff.

Säcker, Franz Jürgen/Oetker, Hartmut: Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie. Erläutert anhand aktueller tarifpolitischer Fragen (1992), zitiert als: Säcker/Oetker, Tarifautonomie.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1. Allgemeiner Teil. §§ 1-240 · ProstG · AGG, 6. Auflage (2012), zitiert als: MünchKommBGB/Bearbeiter.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5. Schuldrecht · Besonderer Teil III. §§ 705-853. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz · Produkthaftungsgesetz, 5. Auflage (2009), zitiert als: MünchKommBGB/Bearbeiter.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10. Internationales Privatrecht. Rom I-Verordnung. Rom II-Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24), 5. Auflage (2010), zitiert als: MünchKommBGB/Bearbeiter.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2. Schuldrecht · Allgemeiner Teil. §§ 241-432, 6. Auflage (2012), zitiert als: MünchKommBGB/Bearbeiter.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4. Schuldrecht · Besonderer Teil II. §§ 611-704. EFZG · TzBfG · KSchG, 6. Auflage (2012), zitiert als: MünchKommBGB/Bearbeiter.

Säcker, Franz Jürgen: Die privatrechtliche Dimension des Wettbewerbsrechts – Zur systematischen Harmonisierung von Vertrags- und Wettbewerbsrecht, ZWeR 2008, 348 ff.

Säcker, Franz Jürgen: Streikhilfeabkommen und Kartellrecht, ZHR 137 (1974), 455 ff.

Sagan, Adam: Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen. Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta (2008), zitiert als: Sagan, Art. 28 GRC.

Sansone, Piero: Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht (2011), zitiert als: Sansone, Gleichstellung.

Schiek, Dagmar: Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage (2007).

Schlachter, Monika/Ohler, Christoph (Hrsg.): Europäische Dienstleistungsrichtlinie. Handkommentar (2008), zitiert als: Schlachter/Ohler/Bearbeiter.

Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, I. Band. §§ 1-149, 2. Auflage (2010), zitiert als: K. Schmidt/Lutter/Bearbeiter.

Schmidt-Eriksen, Christoph: Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz, AuR 1991, 137 ff.

Schnorr, Gerhard: Aspekte des internationalen Privatrechts der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit), ZfA 1975, 143 ff.

Schoch, Norbert: Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Bestimmung mit dem Kartellgesetz, BB 1965, 477 f.

Scholz, Rupert: Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher Wettbewerb, in: Löwisch, Manfred/Schmidt-Leithoff, Christian/ Schmiedel, Burkhard (Hrsg.): Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag (1991), S. 629 ff., zitiert als: Scholz, in: FS Rittner.

Schönke, Adolf (Begr.)/*Schröder, Horst* (Fortgef.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Auflage (2010), zitiert als: Schönke/Schröder/ Bearbeiter.

Schoof, Christian: Betriebsratspraxis von A bis Z. Das Lexikon für die betriebliche Interessenvertretung, 10. Auflage (2012), zitiert als: Schoof, Betriebsratspraxis.

Schrammel, Walter: Dienstleistungsfreiheit und Sozialdumping, EuZA 2009, 36 ff.

Schreiber, Alexander: Implementierung von Compliance-Richtlinien, NZA-RR 2010, 617 ff.

Schüren, Peter (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 4. Auflage (2010), zitiert als: Schüren/Bearbeiter.

Schüren, Peter: Kostensenkung durch konzerneigene Verleihunternehmen. Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 28.2.2006 – 13 Ta BV 56/05, BB 2007, 2346 ff.

Schwab, Brent: Die vergaberechtliche »Tariftreuerklärung« im Spannungsfeld von Arbeitsrecht und Wettbewerb, NZA 2001, 701 ff.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Auflage (2012), zitiert als: Schwarze/Bearbeiter.

Seifert, Achim: Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 2008, 526 ff.

Selmayr, Martin: Die gemeinschaftsrechtliche Entsendungsfreiheit und das deutsche Entsendegesetz, ZfA 1996, 615 ff.

Sinzheimer, Hugo: Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung. Erster Teil (1907), zitiert als: Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag.

Sittard, Ulrich: Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG. Zugleich in Beitrag zur Debatte um staatliche Mindestlöhne (2010), zitiert als: Sittard, Tarifnormerstreckung.

Skouris, Vassilios: Das Verhältnis von Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten, RdA 2009 Sonderbeilage zu Heft 5, 25 ff.

Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer-Kommentar, Band 2. Allgemeiner Teil 2. §§ 104-240, 13. Auflage (1999), zitiert als: Soergel/Bearbeiter.

Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1. §§ 1-149, 2. Auflage (2010), zitiert als: Spindler/Stilz/ Bearbeiter.

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134-138; Anh zu § 138: ProstG (Allgemeiner Teil 4a), Neubearbeitung 2011, zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Neubearbeitung 2009, zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Schuldrecht. §§ 305-310 (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Neubearbeitung 2006, zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 328-345 (Vertrags zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Neubearbeitung 2009, zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), Neubearbeitung 2011, zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 826-829; ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), Neubearbeitung 2009, zitiert als: Staudinger/Bearbeiter.

Steck, Brigitte: Geplante Entsende-Richtlinie nach Maastricht ohne Rechtsgrundlage?, EuZW 1994, 140 ff.

Steiff, Jakob/André, Tobias: Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil zur Tariftreue, NZBau 2008, 364 ff.

Steinau-Steinrück, Robert/Brugger, Helen: Arbeitskampfrecht quo vadis?, NZA 2010, Beilage Nr. 3, 127 ff.

Stoffels, Markus: AGB-Recht, 2. Auflage (2009).

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage (2012), zitiert als: R. Streinz/Bearbeiter.

Streinz, Rudolf/Leible, Stefan: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459 ff.

Streinz, Rudolf: Die Ausgestaltung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch die Dienstleistungsrichtlinie – Anforderungen an das nationale Recht, in: Leible, Stefan (Hrsg): Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie – Chancen und Risiken für Deutschland, S. 95 ff., zitiert als: R. Streinz, in: Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie.

Taylor, Stephen/Emir, Astra: Employment Law. An Introduction (2006), zitiert als: Taylor/Emir, Employment Law.

Temming, Felipe: Das »schwedische Modell« auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval. Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05 abgedruckt in diesem Heft S. 256, ZESAR 2008, 231 ff.

Temming, Felipe: EU-Osterweiterung: Wie beschränkt ist die Dienstleistungsfreiheit, RdA 2005, 186 ff.

Thüsing, Gregor (Hrsg.): Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz. Kommentar (2010), zitiert als: Thüsing/Bearbeiter, AEntG.

Thüsing, Gregor (Hrsg.): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 3. Auflage (2012), zitiert als: Thüsing/Bearbeiter, AÜG.

Thüsing, Gregor/Lembke, Mark: Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie. Zum Vorschlag der Ausdehnung des AEntG auf die Zeitarbeitsbranche, ZfA 2007, 87 ff.

Thüsing, Gregor/Stiebert, Tom: Equal Pay in der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, ZESAR 2012, 199 ff.

Thüsing, Gregor/Traut, Johannes: Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht, RdA 2012, 65 ff.

Thüsing, Gregor: Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage (2011).

Thüsing, Gregor: International Framework Agreements: Rechtliche Grenzen und praktischer Nutzen, RdA 2010, 78 ff.

Tiedemann, Klaus, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Zweiter Halbband (1985), S. 1411 ff., zitiert als: Tiedemann, in: FS Jeschek.

Timm, Wolfram: Übersehene Risiken bei der Privatisierung und Betriebsveräußerung durch die Treuhandanstalt. Zu einem gesetzgeberischen Irrweg und untauglichen Versuch: zur Tragweite des § 28a EGAktG, in: Bierich, Marcus/Hommelhoff, Peter/Kropff, Bruno (Hrsg.): Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993. Unternehmen und Unternehmensführung im Recht (1993), S. 611 ff., zitiert als: Timm, in: FS Semler.

Tuengerthal, Hansjürgen/Rothenhöfer, Michael: Eine Lanze für den Werkvertrag, BB 2013, 53 ff.

Ulber, Jürgen (Hrsg.): AÜG. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage (2011), zitiert als: Ulber/Bearbeiter, AÜG.

Ulber, Jürgen: Arbeitnehmerentsendegesetz. Basiskommentar zum AEntG (2009), zitiert als: Ulber, AEntG.

Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether (Hrsg.): AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, 11. Auflage (2011), zitiert als: Ulmer/Brandner/Hensen/ Bearbeiter.

Urban-Crell, Sandra/Schulz, Christian: Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung (2003), zitiert als: Urban-Crell/Schulz, Arbeitnehmerüberlassung.

Vaubel, Ernst Dirk: Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Tarifertragsklauseln (1968), zitiert als: Vaubel, Tarifvertragsklauseln.

Veit, Barbara: Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats (1998), zitiert als: Veit, Zuständigkeit des Betriebsrats.

Velikova, Silvia: Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem. Zwischen Mindestschutz und Günstigkeitsvergleich (2012), zitiert als: Velikova, Arbeitnehmerentsendung.

Vielmeier, Stephan, Tarifzensur (2013).

Viol, Marion: Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge. Unter rechtsvergleichender Betrachtung der Rechtsordnungen der Schweiz, der USA und Deutschlands (2005), zitiert als: Viol, Anwendbarkeit des Kartellrechts.

Voigt, Hans-Christoph: Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG) (2004), zitiert als: Voigt, Haftung aus Einfluss.

Völker, Stefan: Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1990), zitiert als: Völker, Passive Dienstleistungsfreiheit.

Waelbroeck, Michel/Frigani, Aldo: Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE, Band 4. Concurrence, 2. Auflage (1997), zitiert als: Waelbroeck/Frigani, Commentaire J. Mégret 4.

Wallisch, Jochen: Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten. Grundlagen, Grenzen und gerichtliche Geltendmachung (1998), zitiert als: Wallisch, Einwirkungspflichten.

von Wallwitz, Sebastian: Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages. Wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge und das Kartellverbot des Artikel 85 EGV (1997), zitiert als: von Wallwitz, Tarifvertrag und Wettbewerb.

Waltermann, Raimund: Fehlentwicklung in der Leiharbeit, NZA 2010, 482 ff.

Waltermann, Raimund: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Betriebsautonomie und Tarifautonomie (1996), zitiert als: Waltermann, Rechtsetzung.

Weiss, Manfred: Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung, in: Konzen, Horst/Krebber, Sebastian/Raab, Thomas/Veit, Barbara/Waas, Bernd (Hrsg.): Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag (2008), S. 957 ff., zitiert als: Weiss, in: FS Birk.

Weiß, Wolfgang: Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU. Eine vergleichende Analyse der Assoziationsabkommen (1998), zitiert als: Weiß, Personenverkehrsfreiheiten.

Wermke, Matthias/Kunkel-Razum, Kathrin/Scholze-Stubenrecht, Werner (Hrsg.): Duden, Band 9. Das Fremdwörterbuch, 9. Auflage (2007), zitiert als: Duden.

Weitbrecht, Andreas/Baudenbacher, Laura Melusine, Bußgeld wegen Beihilfe zu einem Kartell? Zum Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 (Rs. T-99/2004 – AC Treuhand), EuR 2010, 230 ff.

Wensing, Hans-Hubert/Freise, Agnes: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern, BB 2004, 2238 ff.

Wessely, Thomas: Kartellrechtliche Aspekte des gewerkschaftsnützigen Einsatzes der Nachfragemacht von Großunternehmen, in: Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten. 8. Ludwigsburger Rechtsgespräch. Ludwigsburg, 18. November 2011 (2012), S. 85 ff., zitiert als: Wessely, in: Ausweitung der Tarifmacht.

Wetzel, Detlef: Wir kämpfen für »Gleiche Arbeit – Gleiches Geld«, metallzeitung 4/2008, S. 3.

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften. Kommentar, 7. Auflage (2007), zitiert als: Wiedemann/Bearbeiter.

Wiedemann, Herbert/Wonneberger, Wolfgang: Anmerkung zu BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band II: §§ 74-132 mit Wahlordnungen, 9. Auflage (2010), zitiert als: GK-BetrVG/Bearbeiter.

Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/2. §§ 95-117 AktG, 3. Auflage (2013), zitiert als: KölnKommAktG/Bearbeiter.

Zwanziger, Bertram: Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht, RdA 2009 Sonderbeilage zu Heft 5, 10 ff.

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
1. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
2. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4 Robert Lubitz
Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
3. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7 Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8	Folgenabschätzung im Arbeitsrecht ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
Band 9	Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts 3. Ludwigsburger Rechtsgespräch ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
Band 10	Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung 4. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
Band 11	Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht? 4. Ludwigsburger Rechtsgespräch ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
Band 12	Vereinbarte Mitbestimmung in der SE 5. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
Band 13	Arbeitsstrafrecht im Umbruch 5. Ludwigsburger Rechtsgespräch ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
Band 14	Jan H. Lessner-Sturm Gewerkschaften als Arbeitgeber ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
Band 15	Zukunft der Zeitarbeit 6. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
Band 16	Kartellrecht und Arbeitsmarkt 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
Band 17	Bernd Wiebauer Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
Band 18	Neues Arbeitskampfrecht? 7. ZAAR-Kongress ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8

Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5

Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2

Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9

Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6

Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3

Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0

Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6

Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3

Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7

Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4

Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
4. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1

Band 32 Stephan Vielmeier
Tarifzensur
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8

Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – Von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur
10. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5