

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 16

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
Ludwigsburg, 27. November 2009



ZAAR Verlag München 2010

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

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-10-7

Vorwort

Inwieweit das Kartellrecht mit seinem entmachtenden Wettbewerbsprinzip Geltungsanspruch für den Arbeitsmarkt und dessen vermachtendes Gegenmachtprinzip erheben kann, ist eine schon von *Franz Böhm* diskutierte und bis heute umstrittene Frage. Die Siebte GWB-Novelle hat 2005 den bisherigen „kartellrechtlichen Ausnahmebereich Arbeitsmarkt“ abgeschafft. Das Kartellverbot des § 1 GWB ist an Unternehmen adressiert und erfasst vom Wortlaut her deren Arbeitsmarktverhalten. Dass Tarifverträge den Wettbewerb beschränken können und dürfen, das folgt aus dem TVG. Wird aber das Arbeitsrecht vom Kartellrecht überlagert? Kann das Kartellamt prüfen, ob ein Tarifvertrag unwirksam ist, weswegen das TVG die Wettbewerbsbeschränkung nicht deckt? Wie sieht das Kartellrecht außertarifliche Wettbewerbsbeschränkungen des Arbeitsmarkts – etwa einseitige Verbandsbeschlüsse, aber auch schuldrechtliche Koalitionsverträge?

Neben dieser für die Arbeitsmarktverfassung zentralen Frage ist für die Praxis wichtig, inwieweit Marktmacht für sozialpolitische Ziele eingesetzt werden darf. Das betrifft den Staat als Nachfrager von Wirtschaftsleistungen, der Tariftreue verlangt, aber auch Frauenförderung und womöglich Datenschutz. Es betrifft aber gerade auch mächtige Unternehmen, die auf das Verlangen von Gewerkschaft oder Betriebsrat darauf achten, dass ihre Kunden oder Lieferanten sozialpolitischen Anforderungen entsprechen – international geht es um das Verbot der Kinderarbeit, national um Tarifbindung (nicht nur in der Zeitarbeit). Die Marktmacht von Großunternehmen stützt Gewerkschaftsarbeit. An der Schnittstelle von Arbeits- und Gütermarkt stehen die Ein-Personen-Unternehmen, von Organmitgliedern juristischer Personen bis zu den Arbeitnehmerähnlichen und schließlich die Berufssportler (die bislang als Arbeitnehmer „geführt“ werden, um dem Kartellrecht zu entkommen). Auch hier

finden sich Wettbewerbsbeschränkungen – wie etwa Vergütungsempfehlungen.

Diesen Fragen geht das 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch nach.

München, November 2009

Professor Dr. Volker Rieble

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Hermann Reichold

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	13
 A. Thomas Ackermann: GWB Novelle und kartellrechtlicher Geltungsanspruch	 17
I. Einleitung	19
II. Grundlagen: Die Entwicklung des deutschen Kartellverbots zu einem Teil der europäischen Wettbewerbsordnung	20
1. Ein Rückblick auf die Rechtslage bis zur 6. GWB-Novelle	20
2. Die Koppelung der Auslegung der §§ 1 f. GWB an die Auslegung von Art. 101 AEUV	22
3. Anwendung des Kartellverbots auf Tarifverträge und andere Formen der Koordinierung von Arbeitsmarktteuren	24
III. Der kartellrechtliche Geltungsanspruch <i>ratione personae</i> : Arbeitsmarktteure als Adressaten des europäischen und des deutschen Kartellrechts?	25
1. Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände	25
2. Arbeitnehmer und Gewerkschaften	26
IV. Der kartellrechtliche Geltungsanspruch <i>ratione materiae</i> : Fehlende Anwendbarkeit des Kartellverbots auf arbeitsrechtliche Kollektivmechanismen	28
1. Keine Lösung auf der Ebene der Voraussetzungen des Verbots- und des Freistellungstatbestands	28
2. Die (begrenzte) Bereichsausnahme aufgrund der Albany-Rechtsprechung	29
a) Der Inhalt der Bereichsausnahme	29
b) Die Begründung der Bereichsausnahme	31
c) Verweis auf das nationale Recht	33
3. Übertragung auf das GWB	34

V. Grenzen der Bereichsausnahme	35
1. Keine Ausnahme für verdeckte Regulierung der Arbeit- gebertätigkeit auf Güter- und Dienstleistungsmärkten	36
2. Keine Ausnahme für Tarifverträge zulasten Dritter	37
3. Keine Ausnahme für Streikhilfeabkommen	38
4. Keine Ausnahme für Vereinbarungen der Arbeitgeberseite	39
VI. Schluss	40
Diskussion	43

B. Hermann Reichold: Gegenmachtprinzip und arbeitsrechtliche Kartellgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG

I. Einführung	57
1. Das „nahezu identische“ Recht wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im europäischen und deutschen Markt seit der 7. GWB-Novelle 2005	57
2. Keine kartellrechtliche Bereichsausnahme für den Arbeits- markt	58
II. Die schwierige Tatbestandswürdigung beim Abschluss von Tarifverträgen: „Marktkonforme Vermachtung“ und die Irritation des Kartellrechts im Bereich des Arbeitsmarkts	60
1. Arbeitgeberverbände werden als „Unternehmensver- einigungen“ von § 1 GWB erfasst, Gewerkschaften als Zu- sammenschlüsse von Arbeitnehmern dagegen nicht	60
2. Firmentarife unterliegen daher nicht § 1 GWB, wohl aber Verbandstarife	64
3. Der dem Flächentarif immanente Beschluss einer Ver- einigung von Unternehmen beschränkt „plangemäß“ den Nachfragewettbewerb der Arbeitgeber	66
4. Eine Freistellung von Kollektivvereinbarungen nach § 2 GWB kommt nach Sinn und Zweck dieser Norm nicht in Betracht	69
III. Warum Kartellrecht und Art. 9 Abs. 3 GG nur im Rahmen von Arbeitsmarktregelungen miteinander vereinbar sind, oder: Das „Gegenmachtprinzip“ rechtfertigt keine Regelungen des Güter- oder Dienstleistungswettbewerbs für Unternehmen	69

1. Gleichlauf von deutschem und europäischem Recht	69
2. Grenzen der Kartellrechtserlaubnis durch Art. 9 Abs. 3 GG	71
3. Beispiel: Tarifliche Regelung von Ladenschlusszeiten	73
IV. Argumente der „zweiten Linie“: Grundfreiheiten als Maßstab für eine Missbrauchskontrolle bei (zwischenstaatlichen) Wett- bewerbsbeschränkungen	75
V. Fazit	76
Diskussion	78
 C. Michael Ronellenfitsch: Sozialpolitische staat- liche Lenkung durch (Markt-) Machteinsatz	85
I. Politik und Staat	86
II. Staat und Staatsaufgaben	86
1. Staat als historischer Begriff	86
2. Merkmale der Staatlichkeit im Verfassungsstaat	87
3. Staatszwecke und Staatsaufgaben	88
III. Staatlichkeit der Bundesrepublik	89
1. Werteordnung	89
2. Wirtschaftsverfassung	90
3. Vom Gewährleistungsstaat zum Interventionsstaat	94
IV. Anwendungsfelder	95
1. Gleichbehandlungsideologie	95
2. Kartell- und Vergaberecht	97
3. Compliance	100
 D. Volker Rieble: Unternehmerischer Marktmacht- einsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten	103
I. Befund	104
1. Von der Anbieter-Arbeitsmarktmacht zum Marktmacht- zugriff auf die Gütermarktnachfrage	104
2. Subunternehmerauswahl: „Sauber waschen mit Tarif“	106
3. Auswahl der Arbeitszeitunternehmen	107

4.	Fremdvergabeverbote	111
5.	„Privative“ Tariftreue als Modell?	111
II.	Arbeitsrechtliche Sicht	114
1.	Versagung arbeitsrechtsspezifischer Kollektivregelungs- befugnis	114
2.	Differenzierung nach Verbandszugehörigkeit im Konflikt mit der Koalitionsfreiheit	115
III.	Kartellrechtliche Grenzen	116
1.	Boykott als unzulässiges Instrument?	116
2.	Wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung durch marktmächtige Nachfrager	117
3.	Kollektive Wettbewerbsbeschränkung durch informelle Stern-„Verträge“	120
IV.	Fazit	123
	Diskussion der Referate Ronellenfitsch und Rieble	124
E.	Ulrich Denzel: Wettbewerbsbeschränkungen für „Ein-Mann-Unternehmen“	131
I.	Einführung	133
II.	Die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf arbeitsrechtliche Sach- verhalte	133
1.	Die Zeit bis zur 6. GWB-Novelle	133
2.	Die Zeit ab der 6. GWB-Novelle 1999	136
3.	Das Verhältnis des Arbeitsrechts zum europäischen Kartell- recht	139
III.	Der Begriff der „Ein-Mann-Unternehmen“	140
1.	Der Unternehmensbegriff des Kartellrechts	134
IV.	Wettbewerbsbeschränkungen für „Ein-Mann-Unternehmen“	144
1.	Vereinbarungen über „Ein-Mann-Unternehmen“	144
2.	Vereinbarungen mit „Ein-Mann-Unternehmen“	149
3.	Vereinbarungen zwischen „Ein-Mann-Unternehmen“	150

V. Ausblick.....	151
Diskussion	152
Diskussionsteilnehmer	161
Sachregister	163

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz, Absätze	BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	Bd.....	Band, Bände
AEntG.....	Arbeitnehmer- Entsendegesetz	BetrVG	Betriebsver- fassungsgesetz
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch
a.F.	alte Fassung	BGBI.....	Bundesgesetzblatt
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesell- schaft (Zeitschrift)	BGH	Bundesgerichtshof
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedingungen	BGH	Bundesgerichtshof
AGG.....	Allgemeines Gleich- behandlungsgesetz	BIEK.....	Bundesverband internationaler Ex- press- und Kurier- dienste e.V.
AktG	Aktiengesetz	GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
AMP.....	Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienst- leister	BGH GSZ.....	Bundesgerichtshof Großer Senat für Zivilsachen
AOG.....	Arbeitsordnungs- gesetz	BGHZ	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
AOK.....	Allgemeine Orts- krankenkasse	BKartA	Bundeskartellamt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BT-Druck- sache	Bundestags- Drucksache
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	BVerfG	Bundesverfas- sungsgericht
Art.	Artikel	BVerfGE	Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts
AÜG.....	Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz	BVerwG	Bundesverwal- tungsgericht
Aufl.....	Auflage	BVerwGE.....	Entscheidungen des Bundesver- waltungsgerichts
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	BZA	Bundesverband Zeitarbeit
BAG	Bundesarbeits- gericht	CML Rev.	Common Market Law Review

CSR	Corporate Social Responsibility	EuZA.....	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)	e.V.....	eingetragener Verein
ders.	derselbe	f., ff.	folgende
DFB	Deutscher Fußball-Bund	FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
DFL	Deutsche Fußball Liga	FENIN	Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
DGFB	Deutsche Gesellschaft für Personalführung	Fn.	Fußnote, Fußnoten
DTV	Deutscher Textilverbinderbund	GG.....	Grundgesetz
DVBl.....	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ebd.	ebenda	GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ECR.....	Reports of the European Court of Justice	GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
EFTA.....	European Free Trade Association	GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
EG	Europäische Gemeinschaft	HBV	Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen
EG, EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	HGB	Handelsgesetzbuch
E.L. Rev.....	European Law Review	Hrsg.	Herausgeber
EnWG.....	Energiewirtschaftsgesetz	IG.....	Industriegewerkschaft
et al.	et alii	ILO	International Labour Organization
etc.	et cetera		
EU	Europäische Union		
EuG	Europäisches Gericht		
EuGH	Europäischer Gerichtshof		
EUV.....	Vertrag über die Europäische Union		

INAIL	Istituto Nazionale per L'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro	RGZ.....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
intex	Industrieverband Textil Service	Rn.....	Randnummer, Randnummern
JZ	Juristenzeitung	Rs.	Rechtssache
KG	Kammergericht	Rz.	Randziffer, Rand- ziffern
LAG	Landesarbeits- gericht	S.	siehe; Seite, Seiten
LG.....	Landgericht	SAE	Sammlung Arbeits- rechtlicher Ent- scheidungen (Zeit- schrift)
lit.	littera	Slg.	Amtliche Sammlung
LMU	Ludwig- Maximilians- Universität München	Suppl.....	Supplement
LOS.....	Lizenzordnung Spieler	TATEX	Tarifpolitische Arbeitsgemein- schaft Textil- reinigung
Mio.	Million, Millionen	TÜV	Technischer Über- wachungsverein
n.F.	neue Fassung	TV.....	Tarifvertrag
NGO	Non-Governmental Organization	TVG.....	Tarifvertragsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	Tz.	Textziffer, Textzif- fern
Nr.	Nummer, Nummern	UN.....	United Nations
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	US	United States
OECD	Organisation for Economic Co- operation and De- velopment	UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wett- bewerb
ÖPNV	Öffentlicher Per- sonennahverkehr	verb. Rs.	verbundene Rechtssache(n)
OPEC.....	Organization of the Petroleum Export- ing Countries	ver.di.....	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft
OVG.....	Oberverwal- tungsgericht	vgl.	vergleiche
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)	VO	Verordnung
RGewO	Reichsgewerbe- ordnung	Vol.....	Volume
		VorstOG	Vorstandsver- gütungs-Offen- legungsgesetz

VVDStRL.....	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
WRV.....	Weimarer Reichs- verfassung	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Wirt- schaftsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeit- schrift)	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZESAR.....	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht	ZNER.....	Zeitschrift für neues Energierecht
ZEW	Zentrum für Europäische Wirt- schaftsforschung GmbH	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht	ZWeR.....	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

A. Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB

Referat Thomas Ackermann*

Rn.

I. Einleitung	1
II. Grundlagen: Die Entwicklung des deutschen Kartellverbots zu einem Teil der europäischen Wettbewerbsordnung	4
1. Ein Rückblick auf die Rechtslage bis zur 6. GWB-Novelle	4
2. Die Koppelung der Auslegung der §§ 1 f. GWB an die Aus- legung von Art. 101 AEUV	6
3. Anwendung des Kartellverbots auf Tarifverträge und andere Formen der Koordinierung von Arbeitsmarkt- akteuren	8
III. Der kartellrechtliche Geltungsanspruch <i>ratione personae</i> : Arbeitsmarktteure als Adressaten des europäischen und des deutschen Kartellrechts?	9
1. Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände	10
2. Arbeitnehmer und Gewerkschaften	12
IV. Der kartellrechtliche Geltungsanspruch <i>ratione materiae</i> : Fehlende Anwendbarkeit des Kartellverbots auf arbeitsrecht- liche Kollektivmechanismen	14
1. Keine Lösung auf der Ebene der Voraussetzungen des Verbots- und des Freistellungstatbestands	14
2. Die (begrenzte) Bereichsausnahme aufgrund der Albany- Rechtsprechung	15
a) Der Inhalt der Bereichsausnahme	15
b) Die Begründung der Bereichsausnahme	18
c) Verweis auf das nationale Recht	22
3. Übertragung auf das GWB	24
V. Grenzen der Bereichsausnahme	26
1. Keine Ausnahme für verdeckte Regulierung der Arbeit- gebertätigkeit auf Güter- und Dienstleistungsmärkten	29

* Professor Dr. *Thomas Ackermann*, LL.M. (Cambridge) ist Inhaber des Lehr-
stuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschafts-
recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2.	Keine Ausnahme für Tarifverträge zulasten Dritter	31
3.	Keine Ausnahme für Streikhilfeabkommen	32
4.	Keine Ausnahme für Vereinbarungen der Arbeitgeberseite	33
VI.	Schluss	35
	Diskussion	38

I. Einleitung

Wenn die Veranstalter einer arbeitsrechtlichen Tagung einen Kartellrechtler zu Gast haben, müssen sie eigentlich damit rechnen, dass er sein Gastrecht missbraucht: Die Versuchung, mit den Mitteln des Kartellrechts die kollektive Ordnung des Arbeitsmarkts einzureißen oder wenigstens eine Bresche hineinzuschlagen, ist für einen Kartellrechtler fast übermächtig. Wer mit der neoklassischen Wettbewerbstheorie vertraut ist, kennt den Grund dafür: Wo Kartelle über Marktmacht verfügen, bilden sich überhöhte Monopolpreise anstelle markträumender Wettbewerbspreise. Dass Anbieter und Nachfrager von Arbeitsleistungen keine markträumenden, sondern höhere Löhne vereinbaren, dass es also mit anderen Worten Arbeitslosigkeit gibt, scheint daher eine selbstverständliche Folge der Kartellierung auf beiden Marktseiten zu sein. Das „Gegenmachtprinzip“, das in diesem Zusammenhang gerne angeführt wird, rückt diesen Zustand nicht unbedingt in ein besseres Licht: In der Welt des Kartellrechts sind Gegenmachtargumente generell suspekt; allzu sehr erinnern sie an den Versuch, den Teufel mit dem Beelzebub auszutreiben¹. Das Gegenmachtprinzip zum Leitmotiv für die Organisation von Arbeitsmärkten zu erheben, provoziert daher geradezu den Widerspruch des Kartellrechtlers. Wenn er versucht, das aus seiner Sicht volkswirtschaftlich verheerende Gegenmachtprinzip auf den Arbeitsmärkten zurückzudrängen und dem wohlfahrtsstiftenden Wettbewerbsprinzip dort so weit wie möglich Geltung zu verschaffen, sieht er deshalb jedenfalls die gerechte (rechtspolitische) Sache, wenn auch nicht immer das positive Recht auf seiner Seite.

Einem mit den Besonderheiten des Arbeitsmarkts vertrauten Kreis braucht man nicht zu sagen, dass diese Perspektive zumindest anfechtbar ist. Ohne sich allzu weit auf das Glatteis der Arbeitsmarktökonomik zu wagen, kann man wenigstens konstatieren, dass das neoklassische Modell hier keineswegs konkurrenzlos ist: Zum einen hat die „*efficient wage theory*“ eine Reihe von Gründen zutage gefördert, die dafür sprechen, dass Arbeitgeber Arbeitnehmern unabhängig von einer Vermachtung des Arbeitsmarkts Löhne zahlen, die über dem markträumenden Niveau liegen². Das „Tarifkartell“ ist also keineswegs so eindeutig (mit-) schuld an

¹ Vgl. hierzu Ackermann, Annotation on Joined Cases C-319/93, C-40/94 and C-224/94, Dijkstra and Others, [1995] ECR I-4471; Case C-399/93, Oude Luttikhuis and Others, [1995] ECR I-4515, C.M.L.Rev. 34 (1997), 695, 708 ff.; Nordemann, Gegenmacht und Fusionskontrolle, 1996.

² Hierzu gehören etwa die Vermeidung von *moral hazard* des Arbeitnehmers, die Vermeidung von adverser Selektion, Gesichtspunkte von Tradition und Fairness und andere; näher Akerlof, Labor Contracts as Partial Gift Exchange, Quarterly Journal of Economics 97 (1982), 543; Akerlof/Yellen, Efficiency Wage

der Arbeitslosigkeit, wie es die neoklassische Sicht suggeriert, auch wenn es natürlich Studien gibt, die auf einen Zusammenhang zwischen „*union wage premium*“ und Arbeitslosenquote hinweisen³. Zum anderen gibt es eine Reihe von Ansätzen, die unter Stichworten wie „*bargaining model*“ oder „*collective voice model*“ ausgehend von Unvollkommenheiten der Arbeitsmärkte zumindest diskutabile Begründungen für effizienzsteigernde Wirkungen der kollektiven Ordnung solcher Märkte bieten⁴.

- 3 Ohne ein abschließendes Urteil über die Erkenntnisse der Arbeitsmarkt-ökonomik ist aus juristischer Sicht sicher eines festzuhalten: Man muss sich davor hüten, auf der Basis allzu einfacher neoklassischer Glaubenssätze eine möglichst weitreichende Anwendung des kartellrechtlich instrumentierten Wettbewerbsschutzes auf Arbeitsmärkten voranzutreiben. Die rechtspolitische Frage, wie viel Wettbewerb und wie viel kollektive Ordnung Arbeitsmärkte brauchen, ist nun einmal nicht einfach zu beantworten. Das hat Konsequenzen für das positive Recht: Eine gesetzgeberische Entscheidung, den Arbeitsmarkt nicht oder nicht uneingeschränkt nach dem Wettbewerbsprinzip zu ordnen, verdient den Respekt auch und gerade der Kartellrechtler, die rechtspolitische Neutralität zu wahren und der Versuchung zu widerstehen haben, dem Kartellrecht mit der dogmatischen Brechstange Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen. So sind denn auch die folgenden Ausführungen dem Versuch gewidmet, die Grenzen der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf das Verhalten der Arbeitsmarktakteure *sine ira et studio* nachzuzeichnen.

II. Grundlagen: Die Entwicklung des deutschen Kartellverbots zu einem Teil der europäischen Wettbewerbsordnung

1. Ein Rückblick auf die Rechtslage bis zur 6. GWB-Novelle

- 4 Es gibt Kartellrechte, darunter auch solche von EU-Mitgliedstaaten, die jedenfalls für Tarifverträge ausdrückliche Ausnahmebestimmungen vorsehen⁵. Das Kartellverbot in § 1 GWB mitsamt der zugehörigen Frei-

Models of the Labor Market, 1986; Fehr/Gächter/Kirchsteiger, Reciprocal Fairness and Noncompensating Wage Differentials, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152 (1996), 608.

- 3 Vgl. etwa Blanchflower/Millward/Oswald, Unionism and Employment Behavior, *Economic Journal* 101 (1991), 815.

- 4 Zu diesen (potenziellen) Wirkungen gehören die Senkung von Transaktionskosten, die Beseitigung von Problemen asymmetrischer Information und die Erzeugung effizienz- und produktivitätssteigernden Vertrauens; näher zu diesen Ansätzen Kordel, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, 2004, S. 78 ff.

- 5 Vgl. zu den Ausnahmebestimmungen im dänischen, finnischen und schwedischen Recht Kordel (Fn. 4), S. 125 f. – Zur Rechtslage im US-Antitrust-

stellungsregelung in § 2 GWB kennt eine solche Ausnahmebestimmung aber nicht. Auch sonst ist im GWB keine Ausnahme für den Arbeitsmarkt zu finden. Nun ist es keineswegs so, dass erst durch die 7. GWB-Novelle 2005 ein zuvor bestehender „Ausnahmebereich Arbeitsmarkt“ abgeschafft worden ist. Einen expliziten Ausnahmebereich für den Arbeitsmarkt hat es im GWB nie gegeben. Es gab in der Ursprungsfassung des § 1 GWB nur eine – allerdings schon 1999 in der 6. GWB-Novelle weggefallene – Formulierung, der zufolge sich das Kartellverbot nur auf den „Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen“ bezog. Dieser Formulierung konnte und sollte man nach dem Willen des Gesetzgebers von 1957 zwar den Gegenschluss entnehmen, dass Wettbewerbsbeschränkungen mit Blick auf Arbeitsleistungen nicht vom Kartellverbot erfasst sein sollten⁶. Das Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und Tarifautonomie hat sich auf dieser schmalen Grundlage aber nie wirklich auflösen lassen.

Die Frage, ob § 1 GWB a.F. zur Unwirksamkeit tarifvertraglicher Regelungen führen kann, wurde bekanntlich durchaus kontrovers beurteilt: Das BAG etwa ging davon aus, dass Tarifverträge aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts ganz herauszunehmen seien, stützte diese Ansicht aber nicht allein auf die fehlende Erfüllung des Tatbestands des damaligen § 1 GWB, sondern auch auf den Grundrechtsschutz nach Art. 9 Abs. 3 GG und die ordnungspolitische Sonderstellung des Arbeitsmarkts⁷. Demgegenüber hielt das Bundeskartellamt eine Abwägung der beteiligten Interessen für möglich⁸. Das Kammergericht, seinerzeit zuständig für Beschwerden gegen Entscheidungen des damals noch in Berlin ansässigen Bundeskartellamts, tendierte ebenfalls nicht zu einer uneingeschränkten Ausnahme für Tarifverträge: Mittelbare, aber „von den Tarifvertragsparteien ins Auge gefasste und in die gemeinsamen Zielvorstellungen aufgenommen[e]“ Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Absatzmarkt des Arbeitgebers seien als Kartellverstoß zu bewerten⁹. Man sieht: Ob es das kartellrechtsfreie Arbeitsrechtsparadies wirklich gab, aus dem uns die

recht, dessen auf Arbeitnehmer und Gewerkschaften bezogene „*statutory labor exemption*“ durch eine unter anderem Tarifvereinbarungen mit Arbeitgebern erfassende „*non-statutory exemption*“ ergänzt wird, vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Bd. IB, 3. Aufl. 2006, Tz. 255 ff.

6 So ausdrücklich die Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 2/1158, 30: Das Merkmal „gewerbliche Leistung“ in § 1 GWB a.F. stelle klar, dass „Abreden über den Abschluss oder Inhalt von Arbeits- oder Dienstverhältnissen nicht darunter fallen. Dies sind keine gewerblichen Leistungen.“

7 BAG 27.6. 1989 – 1 AZR 404/88, BAGE 62, 171, 185 f.

8 BKartA, Stellungnahme vom 3.4. 1989, WuW 1989, 563 f.; BKartA Brief vom 31.1. 1961, WuW/E BKartA 339 f. (Sonnabendarbeitszeit).

9 KG 21.2. 1990 – Kart U 4357/89, WuW/E OLG 4531, 4533 (Ladenöffnungszeit).

6. GWB-Novelle vertrieben, haben die zeitgenössische Rechtsprechung und erst recht die Literatur¹⁰ durchaus kontrovers beurteilt. Immerhin aber bot die frühere Rechtslage mit dem Tatbestandsmerkmal der „gewerblichen Leistung“ im Kartellverbot aber einen kartellgesetzlich positivierten Anknüpfungspunkt für eine Privilegierung des Arbeitsmarkts, und man muss sich natürlich die Frage stellen, ob es auch ohne diesen Anknüpfungspunkt im deutschen Recht einfach weiter geht wie zuvor.

2. Die Koppelung der Auslegung der §§ 1 f. GWB an die Auslegung von Art. 101 AEUV

- 6 Wer die kartellrechtliche Literatur zu dieser Frage konsultiert, wird nicht sehr viel dazu finden. Dafür gibt es zwei Erklärungen: Zum einen gibt es natürlich eine gewisse Tendenz, die einmal für richtig erkannte Position beizubehalten und sich nicht allzu sehr von Gesetzesänderungen irritieren zu lassen, zumal der bis zur 6. GWB-Novelle geltende Wortlaut des § 1 GWB nur einer unter mehreren Begründungssträngen für die kartellrechtliche Sonderstellung des Arbeitsmarkts war. Zum anderen – und das ist wichtiger – hat sich der Schwerpunkt der Diskussion mittlerweile nahezu vollständig vom deutschen in das europäische Kartellrecht verlagert. So sind die letzten Dissertationen zur Anwendung des Kartellrechts auf dem Arbeitsmarkt im Allgemeinen und auf Tarifvereinbarungen im Besonderen primär den europäischen Wettbewerbsregeln gewidmet¹¹. Das ist kein Zufall: Teilweise mit der 6. und vollends mit der 7. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber die Regelung koordinierter Wettbewerbsbeschränkungen (also wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmter Verhaltensweisen) im deutschen Recht an

¹⁰ In der Zeit vor der 6. GWB-Novelle für eine eher weitgehende Kartellrechtsanwendung (vergleichbar der Position des Bundeskartellamts) *Immenga*, Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs Arbeitsmarkt, 1989, S. 35 ff.; *Kulka*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der zulässigen Arbeitszeit im Einzelhandel, RdA 1988, 336 ff.; *Nacken*, Tarifverträge über das Ende der Arbeitszeit und § 1 GWB, WuW 1988, 475 ff.; *Poth*, Kartellrechtliche Grenzen der Regelung betrieblicher Nutzungszeiten durch Tarifvertrag, NZA 1989, 626 ff.; eher der Position des BAG vergleichbar dagegen *Bechtold*, Zur Anwendung des Kartellverbots auf wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge, RdA 1983, 99, 100; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 457 ff.; *Roth*, Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht, in: FIW (Hrsg.), Tarifautonomie und Kartellrecht, 1990, S. 7, 22.

¹¹ Vgl. außer der Arbeit von *Kordel* (Fn. 4) *Viol*, Die Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge unter rechtsvergleichender Betrachtung der Rechtsordnungen der Schweiz, der USA und Deutschlands, Dissertation, St. Gallen 2004; *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, 2007; aus der Zeit vor der 6. GWB-Novelle von *Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrags, 1997.

Art. 101 AEUV, den damaligen Art. 81 EG, angepasst. Besonderheiten finden sich nur noch vereinzelt in den §§ 3, 28 und 30 GWB. Dazu kam der Gesetzgeber jedenfalls bei der 7. Novelle nicht nur aus eigenem Antrieb: Anlass für die Reform war die 2004 in Kraft getretene europäische Kartellverfahrensverordnung, die VO 1/2003¹². Anders als ihre Vorgängerverordnung, die VO 17/62¹³, enthält diese Verordnung in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 eine (teilweise) Regelung des Vorrangs des europäischen gegenüber den mitgliedstaatlichen Kartellrechten, die im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV (allerdings nicht des Art. 102 AEUV = ex-Art. 82 EG) im Ergebnis keine eigenständigen kartellrechtlichen Wertungen der Mitgliedstaaten mehr zulässt¹⁴. Die Frage, ob eine unternehmerische Vereinbarung oder sonstige Koordinierung einen Kartellverstoß darstellt oder nicht, wird, wenn die Koordinierung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet ist, von Art. 101 AEUV beantwortet; daneben kommt nur eine gleichsinnige parallele Anwendung des nationalen Rechts in Betracht.

Spielraum für Sonderwege bietet sich dem nationalen Gesetzgeber daher im Bereich des Kartellverbots nur noch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle. Wenn der deutsche Gesetzgeber sich dazu entschlossen hat, diesen Spielraum nicht auszunutzen, so hat das im Wesentlichen zwei Gründe: Erstens ist die durch die Zwischenstaatlichkeitsschwelle bedingte Unterscheidung zwischen „kleinen“ nationalen und „großen“ europäischen Fällen kaum ein materielles Kriterium, das eine unterschiedliche kartellrechtliche Behandlung rechtfertigen könnte. Zweitens ist der Verlauf dieser Schwelle so unklar und in der Praxis so schwer zu ermitteln, dass unterschiedliche Standards dies- und jenseits dieser Schwelle für die betroffenen Unternehmen eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich brächten.

Der gesetzgeberischen Entscheidung zur vollständigen Anpassung der §§ 1 f. GWB an Art. 101 AEUV ist auch bei der Auslegung dieser Vorschriften Rechnung zu tragen: Auch wenn man darüber streiten kann, ob unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle ein Gleichlauf mit der Aus-

12 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (Amtsblatt EG 2003 L 1/1).

13 Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 6.2. 1962 (Amtsblatt EWG 1962, S. 204).

14 Näher zur Vorrangregelung *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattsammlung, 70. Lieferung, Stand: März 2010, § 1 GWB Rn. 13.

legung des Art. 101 AEUV unionsrechtlich vorgegeben ist¹⁵, folgt dieser doch jedenfalls als autonomes Gebot aus der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, Sonderwertungen in diesem Bereich grundsätzlich aufzugeben¹⁶.

3. Anwendung des Kartellverbots auf Tarifverträge und andere Formen der Koordinierung von Arbeitsmarktakteuren

- 8 Damit ist zugleich ein Ausgangspunkt für die Bestimmung der Anwendung des Kartellverbots auf Tarifverträge und andere Formen der Koordinierung von Arbeitsmarktakteuren gefunden: Wer den Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB in dieser Richtung definieren will, hat zuerst den Geltungsanspruch von Art. 101 AEUV zu ermitteln. Oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle wären abweichende Wertungen des deutschen Rechts ohnehin unbeachtlich, unterhalb der Schwelle sind sie vom GWB-Gesetzgeber nicht gewollt und wären allenfalls durch Vorgaben höherrangigen Rechts zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu sehen, dass das Anliegen, einen möglichst vollständigen Gleichlauf zwischen deutscher und europäischer Regelung zu wahren, gerade auch bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Tarifverträgen seine Berechtigung hat: Wenn man bedenkt, dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel sehr weit ausgelegt wird und auch rein nationale Kartelle unter Art. 101 AEUV fallen, wenn sie den grenzüberschreitenden Verkehr nur mittelbar (aber spürbar) betreffen¹⁷, wird klar, dass jedenfalls bedeutendere Flächentarifverträge und die durch die Übernahme von Pilotabschlüssen gebildeten branchenweiten Tarifvertrags„bündel“ ohne weiteres dem europäischen Kartellverbot unterstellt sein können¹⁸. Ist das der Fall, kommt nur eine europarechtlich begründete kartellrechtliche Immunität in Betracht, und eine andere, insbesondere eine großzügigere Behandlung durch das deutsche Recht wäre irrelevant. Auch denjenigen Tarifvertragsparteien, deren Vereinbarungen sich in der breiten Grauzone bewegen, in der die Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht klar

15 Dazu (im Ergebnis bejahend) *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 14), § 1 GWB Rn. 25 ff.

16 Näher *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 14), § 1 GWB Rn. 32 ff.

17 Vgl. EuGH 11.7. 1989 – Rs. 246/86, Slg. 1989, 2117 Rn. 33 (Belasco); EuGH 23.11. 2006 – Rs. C-238/05, Slg. 2006, I-11125 Rn. 37 (Asnef-Equifax); dazu *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattsammlung, 68. Lieferung, Stand: Juni 2009, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 443.

18 Näher zu den Folgen der weiten Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel für die Anwendung des Art. 101 AEUV auf Tarifverträge *Kordel* (Fn. 4), S. 244 ff.; *Mühlbach* (Fn. 11), S. 177 ff.

ist, wäre mit einer weiter reichenden Privilegierung durch das deutsche Recht nicht wirklich geholfen, weil das Damoklesschwert des Art. 101 AEUV immer noch über ihnen schwebte. Eine Freude könnte der deutsche Gesetzgeber mit einer über die europäische Grenzziehung hinausgehenden Bereichsausnahme nur den Parteien „kleiner“ Tarifverträge bereiten, was aber gegenüber den „großen“ sicher nicht leicht zu rechtfertigen wäre.

III. Der kartellrechtliche Geltungsanspruch *ratione personae*: Arbeitsmarktakeure als Adressaten des europäischen und des deutschen Kartellrechts?

Entwickelt man aus diesem Grund die Anwendungsgrenzen des deutschen Kartellverbots aus den europäischen Vorgaben, bietet sich als erster Ansatzpunkt der Unternehmensbegriff, der in beiden Rechtsordnungen den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellverbots bestimmt. 9

1. Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände

Hier scheint zunächst eine Einsicht trotz einzelner Gegenstimmen¹⁹ gesichert zu sein: Arbeitgeber sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, und zwar nicht nur mit Blick auf ihre Tätigkeit auf Güter- und Dienstleistungsmärkten, sondern auch in ihrer Eigenschaft als Nachfrager von Arbeitsleistungen²⁰. Schaut man sich die neuere EuGH-Rechtsprechung zur unternehmerischen Qualität der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand an, kann man allerdings an dieser Aussage wohl nicht uneingeschränkt festhalten: Jedenfalls was die Nachfrage auf Güter- und Dienstleistungsmärkten betrifft, hat der EuGH – zunächst implizit im Urteil AOK Bundesverband aus dem Jahr 2004 und dann explizit im Urteil FENIN aus dem Jahr 2006²¹ – entschieden, dass diese nur dann als unternehmerisch zu qualifizieren ist, wenn die auf dem *Upstream*-Markt nachgefragten Güter oder Dienstleistungen *downstream* marktförmig angeboten werden, aber nicht wenn sie für eine hoheitliche oder soziale Tätigkeit eingesetzt werden, die ihrerseits nicht unternehmerisch ist. Diese Rechtsprechung ist, da sie erhebliche Schutzlücken in das Kartellrecht reißt – man denke an die Marktmacht staatlicher Nachfrager –, zu Recht kritisiert worden²², aber als derzeit unumstößliches Datum zu- 10

19 Anders offenbar *Lange*, Kartellrechtliche Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa, WuW 2002, 953, 954.

20 In diesem Sinne etwa *Kordel* (Fn. 4), S. 41; *Mühlbach* (Fn. 11), S. 139.

21 EuGH 11.7. 2006 – Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295 Rn. 25 ff., 36 (FENIN); EuGH 16.3. 2004 – verb. Rs. C-264, 306, 354, 355/01, Slg. 2004, I-2493 Rn. 45 ff., 58 (AOK).

22 Dazu mit eingehender Begründung *Säcker/Herrmann*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (MünchKommKartellrecht), Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, Einl.

grunde zu legen. Geht man davon aus, kommt man wohl nicht umhin, das Auftreten der öffentlichen Hand (aber auch Organisationen wie der Kirchen) als Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt mit gleicher Elle zu messen. Die Konsequenz ist, dass Arbeitgeber der öffentlichen Hand, die ihre Arbeitnehmer für nichtwirtschaftliche hoheitliche oder soziale Tätigkeiten einsetzen, nicht Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV sind²³. Vereinbarungen, die sie untereinander oder mit den Gewerkschaften schließen, fallen also, da auch Letztere nach (sogleich näher zu erörternder) herrschender Meinung keine Unternehmen sind, schon mangels Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs nicht unter Art. 101 AEUV. Im Sinne des Gleichlaufs zwischen deutschem und europäischem Kartellverbot ist die Grenzziehung, auch wenn sie inhaltlichen Einwänden ausgesetzt ist, für § 1 GWB zu übernehmen.

- ¹¹ Soweit Arbeitgeber nach dieser Maßgabe Unternehmen sind, versteht es sich, dass die von ihnen gebildeten Verbände Unternehmensvereinigungen im Sinne des deutschen und des europäischen Kartellverbots sind. Hier liegt der Grund dafür, dass der Bereich der Tarifautonomie nicht über die Definition des persönlichen Anwendungsbereichs aus dem Kartellrecht herausgenommen werden kann: Selbst wenn Tarifverträge als solche mangels Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaften nicht unter den Tatbestand des Kartellverbots fallen sollten, weil es sich nicht um Vereinbarungen „zwischen Unternehmen“ handelt, ist das Verbot doch jedenfalls bei schlichter Subsumtion auf die hierzu getroffenen Beschlüsse der Arbeitgebervereinigungen anwendbar, die nun einmal Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sind. Bei Firmentarifverträgen ist dieser Weg selbstverständlich verschlossen.

2. Arbeitnehmer und Gewerkschaften

- ¹² Um Tarifverträge als solche unter Art. 101 AEUV oder § 1 GWB subsumieren zu können, muss man auch die Unternehmenseigenschaft der Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als Anbieter von Arbeitsleistungen und damit die Einordnung der Gewerkschaften als Unternehmensvereinigungen postulieren. Die ganz herrschende Meinung lehnt dies ab²⁴,

Rn. 1629 ff.; *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 17), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen, Rn. 45 ff.

²³ *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 17), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 61.

²⁴ Zum Beispiel *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 EG Rn. 14; *Bunte*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. 2010, Art. 81 Generelle Prinzipien Rn. 9; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 8 Rn. 31.

aber es findet sich kein einziges wirklich überzeugendes Argument gegen die immer noch nur vereinzelt vertretene Position, dass ein Arbeitnehmer als autonomer Anbieter von Arbeitsleistungen unternehmerisch tätig ist, wie es in der Konsequenz des funktionalen Unternehmensbegriffs des Kartellrechts liegt²⁵. Das übliche Sprachverständnis, das sich gegen eine solche Zuordnung sperren mag, ist für den funktionalen Unternehmensbegriff ohne Bedeutung. Ebenso wenig kommt es für das Kartellrecht darauf an, dass in anderen Bereichen, darunter auch bei den europäischen Grundfreiheiten, zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit unterschieden wird. Auch die immer wieder betonte Besonderheit, dass ein Arbeitnehmer nur *ein* Arbeitsverhältnis begründet und sich für die Laufzeit des Vertrags nur in *ein* Abhängigkeitsverhältnis begibt, heißt ja nicht, dass der Arbeitnehmer, wenn er diese Entscheidung trifft, nicht autonom als Anbieter seiner Arbeitskraft handelt. Damit hat sein Handeln im Verhältnis zur Arbeitgeberseite unternehmerische Qualität. Dass der Arbeitnehmer nicht auch Unternehmen auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt seines Arbeitgebers, also im Außenverhältnis gegenüber Dritten ist, da er insoweit nicht autonom agiert, ist damit ohne Weiteres vereinbar²⁶; der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist nun einmal relativ. Im Übrigen vermeidet man auf diese Weise gerade bizarre Abgrenzungen, zu denen die herrschende Meinung aufgrund der Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen genötigt ist, so etwa im Bereich des Berufssports, wo zum Beispiel die kartellrechtliche Adressatenstellung des selbstständigen Tennisprofis zu bejahen, aber des angestellten Fußballprofis zu verneinen ist²⁷. Das entbehrt jeder Plausibilität.

Selbst wenn man der ketzerischen Einordnung von Arbeitnehmern als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne nicht folgen will, ist damit allerdings noch nicht das letzte Wort über die kartellrechtliche Adressatenstellung der Gewerkschaften gesprochen. Dabei interessiert weniger der unstreitige Umstand, dass eigene wirtschaftliche Aktivitäten eine Gewerkschaft in dieser Hinsicht (aber eben nicht bei der Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder) zu einem Unternehmen machen, als die Frage, ob Gewerkschaften durch die Steuerung des Arbeitgeberverhaltens auf deren Güter- oder Dienstleistungsmärkten

25 Hierfür *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 17), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 53 ff.; *Kordel* (Fn. 4), S. 32 ff.

26 Auf die insoweit fehlende Unternehmenseigenschaft des Arbeitnehmers bezieht sich EuGH 16.9.1999 – Rs. C-22/98, Slg. 1999, I-5665 Rn. 26 (Becu).

27 Vgl. zu der auf der Basis der herrschenden Meinung zu treffenden Differenzierung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Berufssportlern *Säcker/Herrmann*, in: MünchKommKartellrecht (Fn. 22), Einl. Rn. 1612b.

selbst Unternehmen werden. Wenn Gewerkschaften tarifvertraglich Vorgaben für das Verhalten der Arbeitgeber auf den Waren- oder Dienstleistungsmärkten machen, ist das zu bejahen. Auch in anderem Zusammenhang hat der EuGH die Unternehmenseigenschaft auf die (Fern-)Steuerung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines anderen Akteurs gestützt²⁸; bei Gewerkschaften sollte man nicht anders verfahren.

IV. Der kartellrechtliche Geltungsanspruch *ratione materiae*: Fehlende Anwendbarkeit des Kartellverbots auf arbeitsrechtliche Kollektivmechanismen

1. Keine Lösung auf der Ebene der Voraussetzungen des Verbots- und des Freistellungstatbestands

- ¹⁴ Über die Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs des Kartellrechts gelangt man nach dem zuvor Gesagten nur zu Randkorrekturen, aber nicht zur Konstruktion einer Bereichsausnahme „Arbeitsmarkt“: Selbst wenn man der – hier kritisierten – restriktiven Lesart des Unternehmensbegriffs folgen will, bleibt es dabei, dass zumindest die mit der Betätigung der Tarifautonomie verbundenen Beschlüsse von Arbeitnehmervereinigungen als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen unter das Kartellverbot fallen. Auch wenn man sich die materiellen Voraussetzungen der Verbotsregelungen in § 1 GWB und in Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie der Freistellungsregelungen in § 2 Abs. 1 GWB und in Art. 101 Abs. 3 AEUV anschaut, ist es mit einer Bereichsausnahme nicht weit her: Tarifverträge und sonstige Kollektivvereinbarungen, aber auch andere arbeitsrechtliche Kollektivmechanismen bis hin zu Arbeitsk Kampfmaßnahmen, die den Wettbewerb beschränken, erfüllen, wenn die Hürde des persönlichen Anwendungsbereichs einmal genommen ist, die Merkmale des europäischen und/oder des deutschen Verbotstatbestands, und es wird meist große Schwierigkeiten bereiten, sie der Verbotsanwendung über den Freistellungstatbestand zu entziehen. Bei unbefangener Lektüre mag einem das Tatbestandsmerkmal der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts in Art. 101 Abs. 3 AEUV beziehungsweise § 2 Abs. 1 GWB Hoffnung einflößen, aber hinter dieser wohlklingenden Formulierung verbirgt sich das Erfordernis, Effizienzvorteile nachweisen zu müssen, für deren Erzielung die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung unerlässlich ist²⁹. Dieser Nachweis wird etwa bei Tarifverträgen selten gelingen. Mit Rücksicht auf die Quer-

²⁸ EuGH 10.1. 2006 – Rs. C-222/04, Slg. 2006, I-289 Rn. 110 f. (Ministero dell' Economia).

²⁹ Zum Erfordernis von Effizienzgewinnen Kommission der Europäischen Union, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (Amtsblatt EU 2004 C 101/97 Rn. 48 ff.).

schnittsklausel in Art. 147 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 127 Abs. 2 EG) kann man allenfalls dafür plädieren, über die Steigerung der produktiven Effizienz hinaus auch beschäftigungspolitische Vorteile als freistellungserheblich zu akzeptieren. Die europäische Praxis bietet hierfür immerhin Ansatzpunkte³⁰. Aber auch damit wäre nicht viel gewonnen: Die Wirksamkeit eines Tarifvertrags hänge dann vom – gegebenenfalls vor Kartellbehörden oder -gerichten zu erbringenden – Nachweis positiver Beschäftigungseffekte ab. Es bedarf keiner großen Vorstellungskraft, sich die Verwerfungen auszumalen, zu denen ein solches Erfordernis führen würde.

2. Die (begrenzte) Bereichsausnahme aufgrund der Albany-Rechtsprechung

a) Der Inhalt der Bereichsausnahme

Um das Spannungsverhältnis zwischen kollektivem Arbeitsrecht und Kartellrecht aufzulösen, muss man den Blick von den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der deutschen und der europäischen Regeln lösen und nach einer anderen Möglichkeit Ausschau halten. Hierzu hat, was die europäische Ebene betrifft, der EuGH bekanntlich in der Leitescheidung Albany aus dem Jahr 1999³¹, in den gleichzeitig ergangenen Urteilen Brentjens³² und Drijvende Bokken³³ sowie im 2000 verkündeten Urteil van der Woude³⁴ wertvolle Vorarbeit geleistet. Es sei mit dem Ergebnis dieser Judikatur begonnen, wie es der EuGH in van der Woude zusammengefasst hat: „Der Gerichtshof hat in den Urteilen Albany, Brentjens‘ und Drijvende Bokken entschieden, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fallen.“³⁵

30 Die Kommission hat in der Zeit vor der Einführung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Freistellungsregelung im Einzelfall sozialpolitischen Belangen im Rahmen des Freistellungstatbestands Rechnung getragen, vgl. Kommission 29.4. 1994 (Amtsblatt EG 1994 L 131/15 Rz. 27 [Stichting Baksteen]): Eine horizontale Vereinbarung über Kapazitätsabbau ermögliche annehmbare soziale Bedingungen und verbessere die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die betroffenen Unternehmer). Vgl. auch Kommission 4.7. 1984 (Amtsblatt EG 1984 L 207/17 Rn. 27 [Kunstfasern]).

31 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (Albany).

32 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-115-117/97, Slg. 1997, I-6025 (Brentjens‘).

33 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-219/97, Slg. 1999, I-6121 (Drijvende Bokken).

34 EuGH 21.9. 2000 – Rs. C-222/98, Slg. 2000, I-7111 (van der Woude).

35 EuGH 21.9. 2000 – Rs. C-222/98 (Fn. 34), Rn. 22 (van der Woude).

- 16 Dass es sich hierbei um eine begrenzte Bereichsausnahme für Kollektivvereinbarungen auf Arbeitsmärkten handelt, die nicht auf gleichsinnige kollektive Arrangements im Bereich selbstständiger Tätigkeit auszuweiten ist, illustriert das Urteil Pavlov aus dem Jahr 2000³⁶: Wie in Albany ging es um die Pflichtmitgliedschaft in einem Rentenfonds, die hier jedoch nicht für Arbeitnehmer, sondern für Freiberufler, nämlich Fachärzte, durch Beschluss ihrer Standesvertretung vorgesehen war. Dem Versuch, die Albany-Formel auch auf diese Konstellation zu beziehen, hielt der EuGH knapp und zutreffend entgegen, dass dem EG-Vertrag keine Bestimmung zu entnehmen sei, „nach der die Angehörigen freier Berufe aufgerufen wären, Kollektivvereinbarungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu schließen“³⁷. Es bleibe also bei einer auf den Arbeitsmarkt und dort spezifisch auf Kollektivvereinbarungen bezogenen Ausnahme.
- 17 Diese Ausnahme sei, bevor ihre Begründung analysiert wird, in dreierlei Hinsicht erläutert: Erstens beziehen sich die EuGH-Urteile in ihrem deutschen Wortlaut auf „im Rahmen von Tarifverhandlungen geschlossene Verträge“. Das heißt nicht, dass nur Tarifverträge im Sinne des deutschen TVG gemeint sind. Es geht vielmehr um Kollektivvereinbarungen in einem weiten Sinn. Ob diese etwa mit Normwirkung ausgestattet oder nur schuldrechtlicher Natur sind, ist eine für das Kartellrecht im Grunde unwichtige (und im Übrigen in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich gehandhabte)³⁸ Technizität. Zweitens identifiziert der EuGH in van der Woude die „Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ als zulässige Zwecksetzung kartellrechtsimmuner Kollektivvereinbarungen. Auch insoweit sollte man nicht allzu sehr am Wortlaut der Formel haften: Berücksichtigt man, dass der EuGH, wie sogleich noch zu erläutern sein wird, die Tarifvertragsausnahme in Albany aus den damaligen EG-vertraglichen Regeln über die Sozialpolitik hergeleitet hat, ist damit eine verkürzte Bezugnahme auf die sozialpolitischen Ziele gemeint, die in Art. 151 AEUV (ex-Art. 136 EG) aufgeführt sind³⁹. Drittens müssen nicht nur Kollektivvereinbarungen als solche, sondern auch die zu ihnen hinführenden Kollektivmaßnahmen insbesondere im Rahmen eines

36 EuGH 12.9. 2000 – Rs. C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451 (Pavlov).

37 EuGH 12.9. 2000 – Rs. C-180-184/98 (Fn. 36), Rn. 69 (Pavlov).

38 Vgl. den Überblick über die Praxis der Kollektivvereinbarungen in den EU-Mitgliedstaaten bei Mühlbach (Fn. 11), S. 98 ff.

39 Auf ein weites Verständnis der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen als Gegenstand kartellrechtsimmuner Kollektivvereinbarungen deutet auch hin EFTA-Gerichtshof 22.3. 2002 – Rs. E-8/00, Slg. 2000, S. 114 Rn. 53 (Norwegian Federation of Trade Unions).

Arbeitskampfs an der kartellrechtlichen Privilegierung teilhaben⁴⁰. Auch diese Maßnahmen bedürfen, wenn sie den Kartelltatbestand erfüllen – man denke an eine auf Beschluss der Arbeitgeberseite beruhende Aussperrung –, der Immunität. Dass der EuGH sie nicht erwähnt hat, dürfte schlicht daran liegen, dass es in den von ihm entschiedenen Fällen nicht um solche Maßnahmen ging.

b) Die Begründung der Bereichsausnahme

Die Begründung der Bereichsausnahme durch den EuGH in Albany ist, insbesondere wenn man sie zu den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs* in Beziehung setzt, aufschlussreich: Der EuGH hat in Albany nicht den Versuch unternommen, die Tarifautonomie als ein europäisches Grundrecht zu begründen, dessen Wahrnehmung sich gegen das Kartellrecht durchsetzt. Vielmehr hat er aus der Zusammenschau der (damaligen) sozialpolitischen Regelungen des EG-Vertrags die allgemeine objektiv-rechtliche Wertung gewonnen, dass Kollektivverhandlungen und kollektive Interessenwahrnehmung als Instrumente zur Verfolgung sozialpolitischer Zwecke europarechtlich gebilligt, ja erwünscht sind und dass das Kartellrecht diese Wertung zu respektieren hat. Ob damit zugleich eine subjektive Berechtigung der Arbeitsmarktteure im Sinne der Tarifautonomie verbunden ist, brauchte der EuGH nicht zu entscheiden. Dass er diese Frage im Kontext der Grundfreiheiten später bejaht hat⁴¹ und dass das EU-Recht mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Art. 28 Grundrechte-Charta nun auch unstreitig eine mit Primärrechtsrang ausgestattete Grundrechtsgewährleistung für Kollektivverhandlungen und -maßnahmen bereithält⁴², ergibt nur eine zusätzliche Begründung der Kartellrechtsimmunität arbeitsrechtlicher Kollektivmechanismen, aber keine substanzielle Änderung.

Dieses – wenn man so will: recht flächige – Vorgehen des EuGH bei der Herleitung und Formulierung der Bereichsausnahme steht, wie schon in der Literatur bemerkt wurde⁴³, in einem gewissen Kontrast zu den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs*, der die Bereichsausnahme für Tarifverträge davon abhängig machen wollte, dass sie „*in good faith*“

40 So bereits (wenn auch von einem restriktiven Verständnis der Arbeitsmarktausnahme ausgehend) *Kordel* (Fn. 4), S. 234 ff.

41 EuGH 11.12. 2007 – Rs. C-348/05, Slg. 2007, I-10779 = EuZA 1 (2008), 395 mit Anmerkung *Bayreuther* Rn. 43 f. (Viking); EuGH 18.12. 2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 90 f. (Laval); hierzu kritisch *Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, 109, 110 ff.; befürwortend *Junker*, Grundfreiheiten und „kollektive Maßnahmen“ – Die Urteile des EuGH in Sachen Viking Line und Laval, SAE 2008, 209, 213.

42 Aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EUV.

43 *Fleischer*, Tarifverträge und Europäisches Wettbewerbsrecht, DB 2000, 821 f.

(also nicht zu Umgehungszwecken) abgeschlossen wurden und sich auf Kernthemen der Tarifautonomie wie Löhne und Arbeitsbeziehungen beziehen, die nicht direkt Dritte oder Drittmärkte betreffen⁴⁴. Sollte Letzteres der Fall sein, sei das Kartellverbot anwendbar und gegebenenfalls zwischen den betroffenen Interessen abzuwägen. Diese Vorgehensweise hat der EuGH nicht gewählt: In seinen Entscheidungen finden sich keine Hinweise auf einen Kernbereich tarifautonomer Bestimmung und auf eine Grauzone abwägungsfähiger Interessen. Vielmehr muss man die Albany-Rechtsprechung so verstehen, dass Kollektivvereinbarungen zwischen den Tarifpartnern, soweit sie sich auf europarechtlich legitime sozialpolitische Zwecke beziehen (die mehr umfassen als einen wie auch immer zu bestimmenden Kernbereich der Tarifautonomie), unabhängig von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung Bestand haben⁴⁵. Es kommt danach nicht darauf an, ob die getroffene Vereinbarung zur Erreichung ihres Ziels geeignet und erforderlich ist. Ebenso wenig wägt der EuGH ab, ob das verfolgte Interesse nicht etwa außer Verhältnis zu den hintergestellten Interessen des Wettbewerbs (insbesondere auch auf den betroffenen Güter- und Dienstleistungsmärkten) steht.

- 20 Das alles wäre nicht besonders zu betonen, wenn es nicht die neuere und viel diskutierte Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Kollektivmaßnahmen gäbe, die einem anderen Prüfungsansatz folgt. Nach dem Leiturteil *International Transport Workers' Federation* (Viking) ist die grundrechtlich geschützte Ausübung des Rechts auf kollektive Maßnahmen am Maßstab der Grundfreiheiten zu überprüfen, wenn die Gewerkschaft diese – im vom EuGH entschiedenen Fall durch die Verhinderung der Ausflagung eines Schiffs von Finnland nach Estland – beeinträchtigt. In einem solchen Fall wird die Kollektivmaßnahme auf der Rechtfertigungsebene einer Prüfung auf Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit unterworfen⁴⁶. Der Unterschied zwischen dieser Vorgehensweise und der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Kollektivmaßnahmen und Kartellrecht in Albany ist erklärungsbedürftig, und in der Tat hat der EuGH in Viking hierzu Stellung genommen⁴⁷: In Albany habe er die Begründung der kartellrechtlichen Immunität darauf gestützt, dass mit Tarifverträgen zwangsläufig gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden seien. Dagegen seien

44 Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge 28.1. 1999 EuGH – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 Rn. 194 (Albany).

45 Kritisch zu diesem Ansatz des EuGH (bei jeweils unterschiedlicher eigener Positionierung) *Van den Bergh/Camesasca*, *Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust*, E.L.Rev. 25 (2000), 492, 499 ff.; *Kordel* (Fn. 4), S. 157 ff.

46 EuGH 11.12. 2007 – Rs. C-348/05 (Fn. 41), Rn. 75 ff. (Viking).

47 EuGH 11.12. 2007 – Rs. C-348/05 (Fn. 41), Rn. 49 ff. (Viking).

mit Kollektivmaßnahmen keineswegs zwangsläufig Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten verbunden, wie im Übrigen die Anwendungsbereiche der Wettbewerbsregeln und der Grundfreiheiten unabhängig voneinander zu bestimmen seien.

Mit dieser Unterscheidung hat der EuGH den wesentlichen Punkt getroffen. Um es zugespitzt zu formulieren: Arbeitsrechtliche Kollektivmechanismen laufen einer dem Selbstständigkeitspostulat folgenden Wettbewerbsidee diametral entgegen. Zwischen A (Wettbewerb) und Non-A (Kollektivordnung) ist nichts abzuwägen, keine praktische Konkordanz und kein bewegliches System herzustellen, sondern zu entscheiden. Daher ist es im Ansatz richtig, die kartellrechtliche Immunität von Kollektivmechanismen, wenn und soweit man sie überhaupt gewähren will, nicht von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig zu machen, die, weil es nun einmal um unvereinbare Größen geht, keinen rationalen Bewertungsmaßstab finden kann. Bei den Grundfreiheiten verhält sich das, wie der EuGH in Viking zu Recht festgestellt hat, anders: Kollektivmechanismen können, aber müssen nicht ihrem Wesen nach mit den Grundfreiheiten kollidieren. 21

c) Verweis auf das nationale Recht

Wenn man der Kollektivordnung des Arbeitsmarkts eine abwägungsfeste kartellrechtliche Bereichsausnahme ohne verhandelbare Grauzone gewährt, ist deren Grenzziehung umso wichtiger. Albany und die weiteren EuGH-Entscheidungen lassen hier Raum für Spekulation: Wer sind die privilegierten Sozialpartner? Welcher Art sind die von ihnen geschlossenen Vereinbarungen, und welche Inhalte werden vom breiten Mantel der sozialpolitischen Zielsetzungen gedeckt? Man wäre schlecht beraten, wenn man versuchte, auf europäischer Ebene abschließende Antworten auf diese Fragen zu suchen. Das Unionsrecht mag den Kollektivmechanismen des Arbeitsmarkts seinen Segen erteilen, aber es sind diese Mechanismen nach wie vor nicht die Geschöpfe der EU, sondern der Mitgliedstaaten, und wie die Harmonisierungsgrenze des Art. 153 Abs. 5 AEUV (ex-Art. 137 Abs. 5 EG) zeigt, sollen sie es auch bleiben. Diesen Bezug zum nationalen Recht stellt auch die grundrechtliche Gewährleistung in Art. 28 Grundrechte-Charta her. Vor diesem Hintergrund können die Grenzen der kartellrechtlichen Bereichsausnahme nicht ohne den Rückgriff auf das jeweils anwendbare mitgliedstaatliche kollektive Arbeitsrecht konkretisiert werden. Welche Akteure Kollektivvereinbarungen treffen dürfen, in welcher Form und mit welchem Inhalt das geschehen kann, ist nach nationalem Recht zu bestimmen. 22

Diese Feststellung sei in zweierlei Hinsicht erläutert: Zum einen ist es notwendige Konsequenz dieses Ansatzes, dass die Reichweite des 23

europäischen Kartellverbots je nach betroffenem Mitgliedstaat variieren kann. Das ist nicht so verwunderlich, wie es auf den ersten Blick scheint: Soweit sich kartellrechtliche Anwendungsgrenzen aus nicht harmonisiertem Recht ergeben, wie es etwa über lange Zeit auch im Lauterkeitsrecht der Fall war, sind solche Unterschiede als Folge der fehlenden Harmonisierung hinzunehmen⁴⁸. Zum anderen darf der Umstand, dass es die Mitgliedstaaten sind, die den Arbeitsmarktakeuren die wettbewerbsbeschränkenden Instrumente des Tarifvertrags und sonstiger Kollektivmechanismen zur Verfügung stellen, nicht zu dem Schluss verführen, dass die Mitgliedstaaten nun ihrerseits gegen ihre Bindung an die europäischen Wettbewerbsregeln verstoßen könnten, wie sie der EuGH in ständiger Rechtsprechung bejaht⁴⁹. Diese aus den Art. 151 ff. AEUV folgende Billigung der arbeitsrechtlichen Kollektivmechanismen hat selbstverständlich nicht nur den Sozialpartnern zu gelten, die sich ihrer bedienen, sondern auch den Mitgliedstaaten, die die dafür erforderliche rechtliche Infrastruktur zur Verfügung stellen.

3. Übertragung auf das GWB

- ²⁴ Dem langen Anlauf im Unionskartellrecht kann ein kurzer Sprung in das deutsche Recht folgen: Kehrt man zum argumentativen Ausgangspunkt dieser Überlegungen zurück, nämlich zum teils vom Unionsrecht erzwungenen, teils vom deutschen Gesetzgeber gewollten Gleichlauf zwischen deutschem und europäischem Kartellverbot, ist klar, dass eine identische Bereichsausnahme für das deutsche Recht anzuerkennen ist⁵⁰. Wenn man, so wie hier vertreten, bereits auf der europäischen Ebene den

⁴⁸ Vgl. *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 17), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 279 ff.

⁴⁹ Aus jüngerer Zeit etwa EuGH 5.12. 2006 – Rs. C-94/04 und C-202/04, Slg. 2006, I-11421 Rn. 46 ff. (Cipolla). Grundlage dieser Rechtsprechung ist nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags Art. 4 Abs. 3 EUV in Verbindung mit Art. 101 f. AEUV. Der Wegfall von Art. 3 Abs. 1 lit. g EG, der vom EuGH ebenfalls herangezogen wurde, beraubt die bisherige Rechtsprechung nicht ihrer Grundlage, da der Rang des Wettbewerbsschutzes durch das (mit Primärrechtsrang ausgestattete) „Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ abgesichert sein dürfte.

⁵⁰ So auch *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 2008, § 1 GWB Rn. 40; nicht ganz eindeutig *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 193, mit einer vom EU-Recht unabhängigen Begründung der Bereichsausnahme, die nur im Ergebnis mit der Albany-Rechtsprechung des EuGH übereinstimme (Fn. 515) beziehungsweise dieser ähnlich sei (Fn. 516); ohne Bezug zur EU-Orientierung und allein auf den Vorrang des TVG gegenüber dem GWB gestützt dagegen *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 87.

nationalen Eigenheiten der Ausgestaltung des kollektiven Arbeitsrechts Rechnung trägt, fügt sich die Kollektivvertragsausnahme auch nahtlos in das deutsche Recht ein. Das gilt insbesondere mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG, der als höherrangiges Recht auch bei der GWB-Auslegung zu beachten ist. Soweit Art. 9 Abs. 3 GG kollektive Ausgleichsverfahren auf dem Arbeitsmarkt schützt, sind die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen nach der Albany-Doktrin als Folge der zulässigen mitgliedstaatlichen Ausformung der europäischen Ausnahme hinzunehmen, und weder das europäische noch das deutsche Kartellrecht, auf das diese Doktrin aufgrund des gebotenen Gleichlaufs herunterzubrechnen ist, darf intervenieren.

Ein Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben wäre nur dann möglich, wenn Art. 9 Abs. 3 GG dem Kartellrecht weiterreichende Restriktionen abverlangte, als sie die Albany-Ausnahme gestattet. Denkbar wäre dies immerhin bei Vereinbarungen, an denen nur eine Seite des Arbeitsmarkts beteiligt ist: Wenn etwa Arbeitgeber die Regelung von Löhnen und Arbeitsbedingungen ohne Vereinbarungen mit der Arbeitnehmerseite selbst in die Hand nehmen und hierüber eine Kartellvereinbarung mit einseitigen Festsetzungen schließen, profitieren sie nicht von der nur auf zweiseitige Vereinbarungen bezogenen Albany-Ausnahme. Allerdings fällt es schwer zu erkennen, warum die schützende Hand des Grundgesetzes eine solche Vereinbarung, in der sich das Zusammenspiel von Macht und Gegenmacht beider Arbeitsmarktseiten ja gerade nicht verwirklicht, dem Kartellrecht entziehen sollte. 25

V. Grenzen der Bereichsausnahme

Bei der Bestimmung der Reichweite, die die so konzipierte, im europäischen und im deutschen Kartellrecht identische Bereichsausnahme im Detail hat, ist angesichts ihrer mitgliedstaatlichen Konkretisierung für die Kartellrechtsimmunität von Kollektivvereinbarungen, die den deutschen Arbeitsmarkt betreffen, auf Art. 9 Abs. 3 GG abzustellen. Die „Sozialpartner“, die das Albany-Urteil anspricht, sind die Träger der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit, also sowohl die tariffähigen als auch die nicht tariffähigen Koalitionen⁵¹. Deren Kollektivvereinbarungen sind dem Kartellrecht entzogen, wenn sie Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG regeln. Insoweit kommt es ebenso wenig wie auf die Tariffähigkeit der Beteiligten auf die Frage an, ob die von ihnen geschlossenen Vereinbarungen sich als Tarifverträge unter das TVG subsumieren lassen: Dass das einfache Recht den 26

51 Zur Begründung der Einbeziehung nicht tariffähiger Koalitionen in den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG *Oetker*, in: Jacobs/Krause/Oetker (Hrsg.), *Tarifvertragsrecht*, 2007, § 2 Rn. 14 ff. mit weiteren Nachweisen.

Tarifvertrag so ausgestaltet hat, dass er das verfassungsrechtlich geschützte Spektrum kollektiver Privatautonomie nicht voll ausschöpft, heißt ja nicht, dass sonstigen Ausprägungen der von Art. 9 Abs. 3 GG erfassten Kollektivmechanismen der Schutz entzogen werden soll, sondern nur, dass insoweit das Instrument des Tarifvertrags nicht zur Verfügung steht oder von den Parteien nicht eingesetzt wird. Gerade auch der schuldrechtliche Koalitionsvertrag, der seine Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG findet⁵², genießt daher kartellrechtliche Immunität.

- ²⁷ Auf den deutschen Arbeitsmarkt bezogen, schirmt Art. 9 Abs. 3 GG auf der Grundlage der hier vertretenen Albany-Konzeption also alle hiervon erfassten Kollektivvereinbarungen zwischen Trägern der Koalitionsfreiheit von der Anwendung des Kartellrechts ab, und zwar auch soweit damit wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf Güter- und Dienstleistungsmärkten verbunden sind. Blickt man auf die Kontroverse in der Zeit vor der 6. GWB-Novelle zurück⁵³, kann man sagen, dass in der Auseinandersetzung zwischen dem BAG auf der einen und dem Bundeskartellamt auf der anderen Seite das BAG letztlich zumindest im Ansatz die Oberhand behalten hat: Die nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 3 GG zu gewährende Bereichsausnahme ist unabhängig von einer Interessenabwägung.
- ²⁸ Auf einem anderen Blatt steht die Frage, wie weit die Ausnahme inhaltlich reicht. Die Kopplung an Art. 9 Abs. 3 GG belädt die Beantwortung dieser Frage mit allen Unwägbarkeiten, die das Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ mit sich bringt. Abgrenzungsprobleme sind daher nicht etwa einer Unklarheit der Bereichsausnahme zu verdanken, sondern der Randunschärfe der verfassungsrechtlichen Begrifflichkeit, auf die sie verweist. Im Folgenden sei der Versuch unternommen, zumindest einige der notwendigen Grenzziehungen kurz zu beleuchten.

1. Keine Ausnahme für verdeckte Regulierung der Arbeitgebertätigkeit auf Güter- und Dienstleistungsmärkten

- ²⁹ Die Tarifparteien verlassen den verfassungsrechtlichen Schirm, der sie vor der Kartellrechtsanwendung schützt, wenn sie offen oder verdeckt die Tätigkeit der Arbeitgeber auf den Güter- oder Dienstleistungsmärkten regeln. Das ist etwa dann der Fall, wenn tarifvertraglich nicht Arbeits-, sondern Betriebsöffnungszeiten geregelt werden. Solche Bestimmungen (die ja den geradezu klassischen Ausgangspunkt des Streits um die Reichweite des Kartellrechts auf Arbeitsmärkten bilden)⁵⁴ sind von der

⁵² Dazu *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2005, Grundlagen Rn. 66 ff.

⁵³ Siehe oben Abschnitt II 1, insbesondere den Text bei Fn. 7 und 8.

⁵⁴ Siehe oben Abschnitt II 1.

Kommission am europäischen Kartellrecht gemessen worden⁵⁵. Nicht anders sollte man im deutschen Kartellrecht verfahren.

Jenseits dieser althergebrachten Konstellationen gibt es allerdings eine Reihe weiterer Problemfälle, die im Graubereich zwischen unternehmerischen Entscheidungen (für die das Kartellrecht gilt) und der Bestimmung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (für die das Kartellrecht nicht gilt) angesiedelt sind. Von besonderem Interesse sind insoweit kollektivvertragliche Regelungen, die darauf gerichtet sind, den Verlust an Arbeitsplätzen durch Standortverlagerung, Outsourcing oder Rationalisierung zu vermeiden⁵⁶. Die Wahl des Standorts, die Bestimmung der Fertigungstiefe und die effiziente Gestaltung der Produktionsabläufe sind zweifellos unternehmerische Handlungsparameter erster Güte, und man kann sich fragen, inwieweit es das Interesse am Erhalt des eigenen Arbeitsplatzes rechtfertigt, die Entscheidungen darüber zur kollektivvertraglichen Verfügungsmasse zu machen. Ohne diese Frage abschließend zu beantworten, sei zumindest darauf hingewiesen, dass der Schlüssel nach der hier vertretenen Konzeption nicht im Feld des Kartellrechts, sondern der Koalitionsfreiheit liegt: Das Kartellrecht hat bei der Bestimmung der Reichweite der Bereichsausnahme nur die Grenzen dessen nachzuvollziehen, was als Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne der Koalitionsfreiheit gelten kann⁵⁷.

2. Keine Ausnahme für Tarifverträge zulasten Dritter

In Anknüpfung an Feststellungen der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten zum Post-Mindestlohn ist die Grenze der Bereichsausnahme für Tarifverträge ferner dann überschritten, wenn es sich „um einen Vertrag zulasten Dritter handelt, dessen primäres Ziel die Verdrängung von Konkurrenten und die Beschränkung von Wettbewerb darstellt. Hier wird Art. 9 Abs. 3 GG missbraucht und kann deshalb die sonst anerkannte wettbewerbsrechtliche Bereichsausnahme für Tarifverträge nicht gelten.“⁵⁸ Die Monopolkommission wandte sich seinerzeit konkret gegen den Einsatz des Tarifvertragsrechts in Kombination mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, um einen Mindestlohn durchzusetzen, der

55 Kommission 30.9. 1986 (Amtsblatt EG L 2956/28, 30 [Irish Banks' Standing Committee]).

56 Hierzu (spärliches) Anschauungsmaterial bei *Mühlbach* (Fn. 11), S. 84 f.

57 Vgl. insbesondere zu der komplementären arbeitsrechtlichen Diskussion über die Zulässigkeit der tariflichen Beeinflussung von Betriebsschließungen, -einschränkungen oder Standortverlagerungen *Krause*, in: *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 51), § 1 Rn. 80 mit weiteren Nachweisen.

58 Monopolkommission, Sondergutachten 51 vom 1.12. 2007: Wettbewerbsentwicklung der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, 2008, Tz. 78 (insoweit auch abgedruckt in *WuW/E DE-V* 1534).

nach ihrer Einschätzung dadurch motiviert war, die mit dem Ende der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG „drohende“ Etablierung konkurrierender Zustellnetze zu verhindern⁵⁹. Ob sie in diesem Fall richtig lag, sei hier dahingestellt. Zutreffend ist aber jedenfalls der argumentative Ausgangspunkt: Es gehört nicht zum von Art. 9 Abs. 3 GG und damit auch nicht zum von der Albany-Ausnahme gedeckten Wirkungskreis der Tarifparteien, Vereinbarungen zu schließen, die jenseits der mit jedem Tarifvertrag verbundenen Kosteneffekte auf eine Marktabschottung oder -disziplinierung abzielen und damit zulasten unbeteiligter Dritter gehen. Diese mögen – wie im Beispiel der Post – potenzielle Konkurrenten der am Tarifvertrag beteiligten Arbeitgeber sein; es mag sich aber auch um Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Märkten handeln, die durch eine Steuerung des Nachfrage- oder Angebotsverhaltens der Arbeitgeber-Unternehmen von ihren Märkten verdrängt oder zumindest zu einer Verhaltensänderung (insbesondere zur Beteiligung an einer von der Arbeitnehmerseite für diese Branche erstrebten Tarifvereinbarung) gedrängt werden sollen.

3. Keine Ausnahme für Streikhilfeabkommen

- ³² Wie wir bereits gesehen haben, können Kollektivmaßnahmen einer Arbeitsmarktseite, insbesondere Arbeitsk Kampfmaßnahmen, unter Umständen kartellrechtlich relevante Sachverhalte darstellen. In dem gleichen Umfang wie die Kollektivvereinbarungen, die mit ihnen erkämpft werden sollen, genießen auch sie kartellrechtliche Immunität⁶⁰. Nur eine schon seit Längerem diskutierte Maßnahme sei in diesem Zusammenhang besonders angesprochen: das Streikhilfeabkommen. Solche Abkommen zwischen Wettbewerbern sind, soweit sie die Parteien dazu verpflichten, aus der streikbedingten Notlage anderer Parteien keine Vorteile zu ziehen, und daraus ein Verbot der Kundenabwerbung folgt, wettbewerbsbeschränkende Horizontalvereinbarungen reinsten Wassers, und zwar auf dem jeweiligen Güter- oder Dienstleistungsmarkt der beteiligten Unternehmen, auch wenn solche Vereinbarungen selbstverständlich mit Blick

⁵⁹ Wie die Monopolkommission bemerkt (Fn. 58 Tz. 78, unter Verweis auf ein Rechtsgutachten von *Kämmerer/Thüsing*, Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche – Arbeitsrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Schranken, Gutachterliche Stellungnahme auf Anfrage des BIEK, 2007), verstößt, wenn man die Prämisse der Kartellrechtswidrigkeit des Tarifvertrags teilt, auch der Staat selbst durch die branchenweite Erstreckung des kartellrechtswidrigen Tarifvertrags nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gegen seine aus ex-Art. 10 EG in Verbindung mit ex-Art. 81 f. EG (jetzt Art. 3 Abs. 4 EUV in Verbindung mit Art. 101 f. AEUV) folgende Bindung an die europäischen Wettbewerbsregeln.

⁶⁰ Siehe oben den Text bei Fn. 40.

auf eine Streiksituation auf dem Arbeitsmarkt geschlossen werden. Anders als bei Praktiken, die von ihrem Gegenstand her unmittelbar den Arbeitsmarkt betreffen, aber sich auf andere Märkte auswirken, verhält es sich hier genau umgekehrt. Meines Erachtens bestehen erhebliche Zweifel daran, ob Art. 9 Abs. 3 GG es verlangt, hier vollständig von einer kartellrechtlichen Kontrolle abzusehen. Dass Streiks die betroffenen Unternehmen in existenzielle Not bringen können, ist jedenfalls nicht Grund genug, ihre Reaktion darauf für kartellrechtsimmun zu erklären. Krisensituationen gleich welchen Ursprungs suspendieren die Kartellrechtsanwendung auch sonst nicht⁶¹. Vorzuziehen ist es daher, Streikhilfeabkommen am Kartellrecht zu messen⁶², zumal damit – man denke an den Freistellungstatbestand (§ 2 Abs. 1 GWB; Art. 101 Abs. 3 AEUV)⁶³ – nicht notwendig ein Unwerturteil verbunden ist.

4. Keine Ausnahme für Vereinbarungen der Arbeitgeberseite

Abschließend sei noch einmal der bereits angeklungene Gedanke vertieft, 33 dass die Albany-Ausnahme nicht auf Vereinbarungen der Arbeitgeberseite zu erstrecken ist, mit denen diese Arbeitsbedingungen einseitig festlegen, seien dies nun Höchst- oder Mindestbedingungen. Hier liegt ein Unterschied zur Rechtslage unter dem alten GWB: Die Beschränkung auf „gewerbliche Leistungen“ hat dafür gesorgt, dass § 1 GWB auf solche Vereinbarungen unanwendbar blieb⁶⁴. Mit der Aufhebung der ursprünglichen Fassung des Kartellverbots durch die 6. GWB-Novelle ist dieses Privileg weggefallen. Da die auf das deutsche Kartellrecht zu erstreckende Albany-Ausnahme nur die kartellrechtliche Immunität von Vereinbarungen begründet, die zwischen beiden Arbeitsmarktseiten geschlossen wurden, sind Vereinbarungen, an denen allein Arbeitgeber beteiligt sind, nunmehr am Kartellverbot zu messen, und zwar auch dann, wenn sie durch die Formulierung von Mindestbedingungen zum Besten der Arbeitnehmer sein sollen. Es sei nicht geleugnet, dass das Arbeitsrecht Instrumente – Stichwort: Günstigkeitsprinzip – bereithält, die, jedenfalls der Tendenz nach, dazu beitragen, schädliche Effekte wettbewerbsbeschränkenden

61 Vgl. zur Geltung des Kartellrechts in einer Krisensituation etwa EuGH 20.11. 2008 – Rs. C-209/07, Slg. 2008, I-8637 Rn. 32 ff. (Beef Industry).

62 So auch *Säcker*, Streikhilfeabkommen und Kartellrecht, ZHR 137 (1973), 455, 475 ff.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 50), § 1 Rn. 209, der sich allerdings für eine Anlehnung an den Immanenzgedanken, dessen Anwendung *Rieble* (Fn. 10), Rn. 480, befürwortet, offen zeigt.

63 Siehe oben den Text bei Fn. 30.

64 Vgl. BKartA 6.8. 1962 WuW/E BKartA 502 (Gagenstopp-Abkommen); dazu *Rieble* (Fn. 10), Rn. 463.

Verhaltens zu vermeiden⁶⁵. Aber dieser Umstand ist nicht Grund genug, von einer kartellrechtlichen Kontrolle abzusehen: Auch Schutzinstrumente des allgemeinen Zivilrechts – etwa die Anwendung von § 138 BGB im Bereich nachvertraglicher Wettbewerbsverbote – mögen so eingesetzt werden, dass sich ihre Wirkung mit der des Kartellrechts überschneidet⁶⁶. Aber das allein legitimiert nicht die Rücknahme des Kartellrechts, dessen spezifisches Anliegen der Aufrechterhaltung von Wettbewerb auf Märkten trotz solcher äußerlichen Überschneidungen nicht vom Zivilrecht wahrgenommen wird, das nun einmal nicht den Markt als Ganzes, sondern nur die Beziehung zwischen den Parteien in den Blick nimmt. Vergleichbares gilt für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Kartellrecht und Arbeitsrecht: Dass Instrumente wie das Günstigkeitsprinzip die Folgen einseitiger Machtausübung der Arbeitgeberseite korrigieren, macht den Einsatz des auf unbehinderten Wettbewerb gerichteten Kartellrechts nicht obsolet.

- 34 Auch und gerade in diesem Zusammenhang ist indes daran zu erinnern, dass die Absage an eine generelle kartellrechtliche Immunität solcher Vereinbarungen keineswegs die Möglichkeit ausschließt, dass sie dem Kartellverbot aufgrund der Anwendbarkeit des Freistellungstatbestands in § 2 Abs. 1 GWB beziehungsweise Art. 101 Abs. 3 AEUV entgehen: Wenn es an einer Möglichkeit zum Abschluss von Kollektivvereinbarungen mit der Arbeitnehmerseite fehlt, mag eine Koordinierung der Arbeitgeber über Mindestbedingungen im Einzelfall unerlässlich sein, um den Arbeitnehmern Effizienzvorteile zugute kommen zu lassen.

VI. Schluss

- 35 Die – im Bereich koordinierter Wettbewerbsbeschränkungen nahezu vollkommene – Anpassung des deutschen an das europäische Kartellrecht hat keineswegs dazu geführt, dass dem Kartellrecht die Sensibilität für die Besonderheiten der durch Kollektivmechanismen geprägten Ordnung des Arbeitsmarkts verloren gegangen ist. Zwar bietet der Wortlaut des § 1 GWB seit der 6. GWB-Novelle (insbesondere der den persönlichen Anwendungsbereich des Verbots definierende Unternehmensbegriff) keine Grundlage mehr für eine auf den Arbeitsmarkt bezogene Bereichsausnahme und ist die Freistellungsregelung in § 2 GWB nur in besonderen Fällen zur Problemlösung geeignet. Doch ist die Albany-Rechtsprechung des EuGH, die Kollektivvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern über

65 Dies zu *Rieble* (Fn. 10), Rn. 1592 ff., *ders.*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 247 Rn. 20 (Günstigkeitsprinzip als Begrenzung der Kartellwirkung).

66 Ein Beispiel bietet BGH 10.12. 2008 – KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554 Rn. 23 f. (Subunternehmervertrag II).

Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen mit Rücksicht auf die primärrechtliche Anerkennung dieser arbeitsmarktspezifischen Mechanismen vor dem Zugriff des EU-Kartellrechts bewahrt, aufgrund der generell gebotenen Unionsrechtsorientierung der Auslegung der §§ 1 f. GWB auch bei der Bestimmung der Anwendungsgrenzen des GWB zugrunde zu legen. In der hier entwickelten Lesart erlaubt es diese begrenzte, von einer Abwägung mit Belangen des Wettbewerbs auf mittelbar betroffenen Güter- und Dienstleistungsmärkten unabhängige Bereichsausnahme, den Besonderheiten des jeweils anwendbaren nationalen Rechts hinsichtlich der von der Ausnahme erfassten Akteure, Instrumente und Inhalte und damit hierzulande, dem von Art. 9 Abs. 3 GG geforderten Schutz Rechnung zu tragen.

Was die Unanwendbarkeit des Kartellverbots auf Tarifverträge, aber auch 36 auf sonstige unter Art. 9 Abs. 3 GG fallende Kollektivvereinbarungen betrifft, hat sich also gegenüber der vom Inkrafttreten des GWB bis zur 6. Novelle bestehenden Rechtslage im Kern nichts geändert. Ebenfalls nicht neu ist die Einsicht, dass Kollektivvereinbarungen, die die Tätigkeit der Arbeitgeber auf ihren Güter- oder Dienstleistungsmärkten nicht nur mittelbar beeinflussen, sondern offen oder verdeckt regeln und damit den Gegenstandsbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG verlassen, der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen. Gleiches gilt für Tarifverträge zulasten Dritter, die darauf abzielen, die Kosten unbeteiligter Unternehmen in die Höhe zu treiben. Anders als die auf den ursprünglichen Wortlaut des § 1 GWB gestützte Arbeitsmarktausnahme wird man die auf Albany zurückgehende Immunität allerdings nicht auf einseitige Koordinierungen der Arbeitgeberseite erstrecken können, selbst wenn diese auf die Setzung von Mindestbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer gerichtet sind.

Die Feinabstimmung der hier skizzierten Bereichsausnahme ist ein 37 fruchtbarer Gegenstand für die „intradisziplinäre“ Diskussion zwischen Arbeits- und Kartellrechtlern. Für die praktischen Ergebnisse dieser Diskussion wird jenseits dogmatischer Argumente wohl auch von Belang sein, wer jeweils zur Entscheidung über die Grenzziehung berufen ist. Wie man bereits bei der Anwendung des alten GWB beobachten konnte⁶⁷, spielt es eine gewisse Rolle, ob (eher zur Betonung der kollektiven Arbeitsmarktordnung neigende) Arbeitsgerichte auf der einen oder (eher wettbewerbsaffine) Kartellbehörden und -gerichte auf der anderen Seite die Reichweite des Kartellrechts zu beurteilen haben. Die Aussicht, dass gerade Letztere sich mit Fragen befassen könnten, die die rechtliche Verfassung des Arbeitsmarkts berühren, werden viele Arbeitsmarktakeure als Bedrohung

67 Siehe oben den Text bei Fn. 7, 8 und 9.

empfinden; sie mag ihnen jedoch je nach Interessenlage auch Chancen bieten.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, Herr *Ackermann*, für diesen sehr inhaltsreichen und auch für den Nichtspezialisten des Kartellrechts gut nachvollziehbaren Vortrag. Wir haben eine kurze Zeit zur Diskussion. Ich darf noch einmal die vier Etappen in Erinnerung rufen, in denen Herr *Ackermann* vorgegangen ist: zunächst die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs, dann die Frage nach der Freistellung gemäß § 2 GWB beziehungsweise der entsprechenden europarechtlichen Vorschrift und schließlich die Begründung und die Reichweite der Bereichsausnahme. Zu diesen Themen können wir jetzt Fragen oder Diskussionsbeiträge entgegennehmen. Ich muss noch einen rechtlichen Hinweis geben: Jedes Wort, das Sie hier sagen, wird aufgezeichnet und auch später veröffentlicht, aber natürlich nur nach Autorisierung durch Sie. 38

Harms Lefnaer, Arbeitgeberverband der Deutschen Glasindustrie e.V., München:

Ich erlaube mir, sitzen zu bleiben. Mein Name ist *Harms Lefnaer* vom Arbeitgeberverband der Deutschen Glasindustrie. Ich würde den Vortrag für mich ein bisschen simpler zusammenfassen wollen, um herauszufinden, dass ich tatsächlich verstanden habe. Am Anfang des Tages dachte ich: Na, wunderbar, ich komme hierher und hoffe darauf, dass man mir sagen wird, Kartellrecht betrifft nicht Arbeitsrecht und schon gar nicht Tarifrecht. Ich ziehe aber einen anderen Schluss aus Ihrem Vortrag, nämlich, dass Sie sehr schön aufgezeigt haben, dass wir es doch mit zwei grundsätzlichen Interessen zu tun haben auf europäischer Ebene wie dann auch auf nationaler Ebene. Dass wir auf der einen Seite natürlich das GWB haben, das Wettbewerb erzeugen und garantieren will, dass es eben nicht zur Verhinderung von Wettbewerb kommt, und es auf der anderen Seite eben sozialpolitisch gewollte Strukturen geben sollte in der Europäischen Union wie auch in Deutschland, die eben Arbeit, eventuell eben auch Märkte in diesen Bereichen sichern sollen. Das heißt für mich, wenn es sozialpolitisch gewollt oder sinnvoll ist, eine tarifliche Kartellierung gedeckt ist. Wenn ich aber mit tarifrechtlichen Regelungen wirtschaftlichen Wettbewerb verhindere oder beschränke, dann bin ich sehr wohl im Kartellrechtskonflikt, was ja sehr sinnvoll wäre. 39

Professor Dr. Thomas Ackermann, Ludwig-Maximilians-Universität, München:

- 40 Zunächst einmal tut es mir leid, wenn ich manches vielleicht nicht klar genug ausgedrückt habe. Ich glaube, Ihre Zusammenfassung trifft so einigermaßen das, was ich sagen wollte. Aber ich möchte noch einmal Folgendes zur Vermeidung von Missverständnissen hervorheben: Die Verfolgung sozialpolitischer Zwecke heiligt natürlich nicht als solche Kartellverstöße. Das heißt, es dürfen nicht beliebige, dazu nicht berufene Akteure, insbesondere Unternehmen, sich zusammentun und sich mit Blick auf das, was sie für sozial-, allgemein- oder sonst wie politisch für sinnvoll halten, kartellieren. Die Albany-Ausnahme ist insoweit ja eine vertrackte, als sie diese Wertung – gebilligt für sozialpolitische Zwecke – verkoppelt mit einem bestimmten Verfahren, nämlich dem Verfahren „Kollektivvereinbarungen zwischen Sozialpartnern“. Das heißt, nicht allein die Zielverfolgung ist es, die die Bereichsausnahme trägt, sondern auch der Umstand, dass es ein bestimmter Mechanismus ist, mit dem ich dieses Ziel verfolge. Das Problem bei Albany ist, dass dieser Mechanismus sehr diffus beschrieben wird, „im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern geschlossene Vereinbarungen“. Meine These dazu ist: Auf europäischer Ebene werden wir diese diffuse Lage nicht auflösen können, sondern letztlich haben wir einen Verweis auf das, was nationale Rechte insoweit zur Verfügung stellen. Ich glaube, dass diese diffuse Rechtsprechung des EuGH in Albany darauf zurückzuführen ist, dass dem EuGH klar war, dass wir uns natürlich in den Mitgliedstaaten völlig unterschiedlichen Systemen gegenübersehen, so dass es absolut verheerend wäre, auf europäischer Ebene zu sagen, genau das sind die Instrumente, die wir für kartellrechtsimmun erklären und die anderen nicht. Aber es ist immer dieses Zusammenspiel: die Verfolgung dieses sozialpolitischen Zwecks – Arbeits- und Lebensbedingungen, wie der EuGH in etwas grober Annäherung gesagt hat – plus Vorhandensein einer Kollektivvereinbarung zwischen den Sozialpartnern. Und wer das dann ist und welche Vereinbarungen das sind, dazu müssen wir uns das anwendbare nationale kollektive Arbeitsrecht anschauen. Nur in dem Zusammenspiel kommen wir in die Ausnahme hinein; nicht einfach dadurch, dass irgendjemand sagt, ich verfolge ein hehres sozialpolitisches Ziel mit meinem Kartell. Das reicht nicht.

Abbo Junker:

- 41 Letzteres, Herr *Ackermann*, ist auch aus arbeitsrechtlicher Sicht eigentlich unverzichtbar, denn solange Sie im Sozialkapitel des EG-Vertrags die Bereichsausnahme für Arbeitskampfmaßnahmen haben, muss man die Arbeitskampfpraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten anerkennen. Es ist

auch unstreitig zu dem Viking Line-Urteil, das sie referiert haben, dass man letztlich schauen muss, was ist in dem einzelnen Mitgliedstaat als Arbeitskampfmaßnahme anerkannt, und darauf setzt man dann das europäische Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Thomas Ackermann:

Anders geht es nicht.

42

Abbo Junker:

Anders geht es nicht, da bin ich ganz bei Ihnen.

43

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich habe das alles verstanden; ich bin auch gar nicht so uneinsichtig. Es gibt, glaube ich, aber zwei Punkte, an denen sich am Ende die Richtigkeit oder der Diskussionsbedarf aufschärft. Das Erste ist in der Tat die Frage nach den einseitigen Verbandsakten nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Gewerkschaftsseite. Man könnte natürlich in der Tat sagen, diese Tarif- oder Koalitionsprivilegierung wird – entsprechend übrigens dem Gegenmachtprinzip – davon abhängig gemacht, dass ich erstens überhaupt einen Gegenspieler habe – das ist ja nicht auf allen Märkten der Fall; es gibt nicht für alle Arbeitnehmer handlungsfähige Gewerkschaften, zum Beispiel nicht für die Arbeitnehmer der Gewerkschaften. Für diese gibt es keine Gewerkschaft, also müssten einseitige Entgeltbeschlüsse der Gewerkschaften kartellrechtlich kontrolliert werden.

44

Das Zweite aber ist, dass jedenfalls das Bundesarbeitsgericht und wohl auch das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit gesagt hat, dass auch einseitige Verbandsbeschlüsse über die Handhabung von Arbeitsbedingungen durchaus letztlich dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG unterfallen können. Art. 9 Abs. 3 GG schützt ja nicht nur die Kollektivverträge, sondern überhaupt die Koalitionsbetätigung; die ist eben zunächst einmal eine einseitige. Um es einmal auf einen primitiven Fall zuzuspitzen: Es gibt ja nicht nur die bösen Höchstlohnbeschlüsse, es gibt ja auch die sozialpolitischen Lohnerhöhungsabsprachen. Dass man in Bereichen, in denen es gerade keine Tarifverträge gibt – zum Beispiel, weil die Gewerkschaft ver.di auch handlungsunfähig ist – sich mehrere Arbeitgeber absprechen, dass sie eine arbeitsvertragliche Lohnerhöhung

praktizieren, damit nicht ihre Arbeitnehmer darunter leiden, dass die Gewerkschaft noch mehr will und deswegen auch das wenige nicht gibt. Das finden wir häufig. Da müssten Sie doch jetzt eigentlich sagen: Nein, nein, wenn das mehr als ein Arbeitgeber tut, dann ist das kartellrechtswidrig, weil es eine einseitige Maßnahme ist.

Die zweite Frage, die ich habe, ist die Frage nach dem Marktwirkungsbezug: Selbstverständlich kann ich mir sehr gut vorstellen, in eine kartellrechtliche Kontrolle einzutreten, wenn arbeitsrechtliche oder arbeitsmarktliche Regelungen den Wettbewerb auf den Gütermärkten gezielt verdrängen. Alle Mindestlohntarifverträge funktionieren so. Alle Mindestlohntarifverträge haben zur Aufgabe, diejenigen, die den Mindestlohn nicht zahlen wollen oder können, vom Markt zu verdrängen. Der Staat macht ja mit der Allgemeinverbindlicherklärung sogar noch mit. Aber wie ist es denn mit den Arbeitsmarktwettbewerbsstörungswirkungen? Wie kontrolliert das Kartellrecht diese? Ein aktuelles Beispiel aus dem arbeitsrechtlichen Streit ist die Differenzierungsklausel. Der 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts lässt es zu, dass der Arbeitgeber mit der Gewerkschaft abspricht, dass eine tarifliche Sonderzahlung nur die organisierten Arbeitnehmer bekommen. Damit wird im Tarifvertrag letztlich eine Sperrwirkung gegenüber den Nichtorganisierten beigemessen, die er ja nach dem TVG nicht haben kann. Würde jetzt der Kartellrechtler sagen, ja, im Moment, dann wird aber hier doch überschießend etwas gemacht, was von dem Kollektivrecht gar nicht gedeckt ist, also nicht positiv Arbeitsbedingungen für die Tarifgebundenen, sondern negativ Aussperrung der anderen, die ihre Arbeitsvertragsfreiheit zum eigenen Wettbewerbsvorteil nicht mehr nutzen können. Ist das dann auch eine kartellrechtswidrige Verhinderung von Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt?

Thomas Ackermann:

- 45 Erster Komplex: einseitige Maßnahmen. Ihr Fall, was soll die Gewerkschaft als Arbeitgeber machen, ist ja ganz einfach zu lösen. Wenn die Gewerkschaft selbst als Arbeitgeber einseitig etwas festlegt, fehlt es ja schon an der Verhaltenskoordinierung. Sie ist ja dann einfach *ein* Unternehmen. Die andere Frage ist, ganz salopp gesprochen: Wie ist es denn, wenn Unternehmen und Verbände gar keinen Partner auf der anderen Seite finden, sie also dieses schöne Pingpongspiel der Gegenmacht nicht verwirklichen können? Müssen sie nicht Mindestbedingungen setzen können? Herr *Rieble*, mir kommt immer der Verdacht, da macht man trotzdem den Bock zum Gärtner. Auch Mindestbedingungen sind meines Erachtens nicht Ausdruck dieses Prinzips eines kollektiven Ausgleichs beider Marktseiten, und ich würde sie am Kartellrecht messen wollen. Es ist ja auch nicht so, dass, wenn wir sagen, die Regeln des GWB sind an-

wendbar, aller Tage Abend ist. Wenn wirklich etwas wirtschaftlich Vorteilhaftes gemacht wird, an dem die Gegenseite auch partizipiert und bei dem man nachweisen kann, wenn wir jetzt nicht diese Vereinbarung hätten, dann stünden alle viel schlechter, dann sind wir ja möglicherweise auch im Freistellungstatbestand. So schlimm ist es also nicht. Es ist ja nicht alles unmöglich, und der Freistellungstatbestand ist seit Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 unmittelbar anwendbar. Man trägt nur noch das Subsumtionsrisiko. Insoweit würde ich sagen, dass die Fälle beherrschbar sind.

Zweite Konstellation: Will ich wirklich – das war ja Ihr zweites Thema – Arbeitsmarkteffekte vollständig ausschalten von der kartellrechtlichen Wertung? In der Tat, ja, das ist schon die Konsequenz. Wenn ich sage, das ist abwägungsfest, dann gebe ich den Tarifparteien das Recht, eine ganze Branche zu ruinieren. So ist das. Dann schalte ich mich nicht ein, dann sage ich ja, jeder ist seines Glückes Schmied. Es sind ja auch immer zwei dabei. Das ist das, was ich sage. Nun hatten Sie aber auch Beispiele angeführt. Die Fälle habe ich mir bisher nicht so genau angeschaut, ich will daher nur Folgendes sagen: Wenn Sie Tarifvereinbarungen haben, die die negative Koalitionsfreiheit berühren – es gibt in Amerika Fälle, in denen *closed shop*-Verträge der Kontrolle nach dem amerikanischen Kartellverbot in Section 1 *Sherman-Act* unterworfen worden sind – dann sind das natürlich ganz klar horizontale Wettbewerbsbeschränkungen mit ausschließender Wirkung. Wenn wir in Deutschland sagen, solche Verträge begeben sich aus dem Bereich des Art. 9 Abs. 3 GG hinaus, indem sie nämlich andere ihrer negativen Koalitionsfreiheit berauben – wo immer die Grenze zu ziehen ist –, würde ich keine Hemmungen haben zu sagen, dann ist das auch ein Verstoß gegen das Kartellverbot. Wenn der Schutzschild des Art. 9 Abs. 3 GG verlassen ist – beispielsweise durch Tarifvereinbarungen, die die negative Koalitionsfreiheit Dritter brechen –, ist Kartellrecht anwendbar. Allerdings muss ich hier den Ball an die Arbeitsrechtler zurückspielen. Man muss mir dann sagen, wo die Grenzen liegen. Es gibt natürlich viele Fallgestaltungen, bei denen ich als Kartellrechtler ein ungutes Gefühl habe. Das sind Fälle, in denen nicht *stricto sensu closed shop* vereinbart wird, sondern beispielsweise Bezugsbindungen vereinbart werden, das heißt Nachfrage der Arbeitgeber nur bei Unternehmen gestattet wird, die sich gefälligen Tarifverträgen unterstellen. Wenn man kollektiv-arbeitsrechtlich sagt, das ist nicht zu billigen, würde ich sagen, das werden wir Kartellrechtler gern aufgreifen und als Kartellverstoß behandeln. Aber mein Konzept bewegt sich eben immer arbeitsrechtsakzessorisch. Wenn Arbeitsrechtler sagen, bestimmte Tarifvereinbarungen seien trotz ihrer mittelbaren Effekte auf die negative Koalitionsfreiheit nicht als Verstöße gegen Art. 9 Abs. 3 GG aufzufassen, überlasse ich ihnen gern das letzte Wort in dieser Frage. Wenn es aber über den ver-

fassungsrechtlichen Schutz hinausgeht, würde ich immer sagen: Kartellrecht ist anwendbar.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 46 Ich habe nur eine kurze Frage und zwar dogmatischer Art: Ich fand den Gedanken faszinierend, dass Dich die Unterscheidung zwischen unternehmerischer und arbeitnehmerischer Tätigkeit nicht überzeugt hat. Der EuGH hat das sehr wohl auch ein bisschen mitgetragen. Albany, folgende und Pavlov halten wohl an dieser Differenzierung fest und mich hätte einfach neugierig gemacht, wie würde dieses dogmatische Spiel, das jetzt im Vortrag begonnen wurde, konsequent zu Ende gespielt, jetzt einmal unter Ausblendung der EuGH-Rechtsprechung.

Thomas Ackermann:

- 47 Meines Erachtens hat der EuGH das Spiel nicht mitgemacht. Der EuGH hat in Albany und Pavlov im Grunde genommen nur gesagt, die Bereichsausnahme bezieht sich auf den Arbeitsmarkt und damit natürlich auf Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite und nicht auf das Verhältnis selbstständiger Dienstleister zu den Dienstberechtigten. Über den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellverbots hat er nichts gesagt. Das ist offen. Es gibt natürlich andere Indizien dafür, dass der EuGH Arbeitnehmer nicht als Unternehmen ansehen würde. Aber diese Entscheidungen sind es nicht.

Wie das Spiel weitergeht, ist auf der Grundlage meiner Ansicht eigentlich nicht so schwer zu erkennen. Wenn ich mich dagegen sperre, den Filter des persönlichen Anwendungsbereichs beim Arbeitsmarkt zu feinporig zu stellen, dann bedeutet das letztlich gar nicht so viel. Ich hatte es ja schon gesagt: Das Kartellverbot findet Anwendung auf Tarifverträge, weil auf beiden Seiten Unternehmensvereinigungen stehen – Gewerkschaften sind Unternehmensvereinigungen, Arbeitgeberverbände sind Unternehmensvereinigungen. Dann sind zwischen diesen Parteien geschlossene Verträge auch Vereinbarungen zwischen Unternehmensvereinigungen, die unstreitig von § 1 GWB und von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst werden, auch wenn das dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist. Daran koppele ich dann natürlich die Bereichsausnahme, die ich auch gut finde.

Diejenigen, die das nicht machen – das sieht man auch sehr schön beim Generalanwalt *Jacobs*, der praktisch genau die gleiche Gliederung in seinen Schlussanträgen gewählt hat, wie ich sie in meinem Referat hatte – werden sagen, der Tarifvertrag als solcher mag nicht unter das Verbot

fallen, aber wenn es ein Flächentarifvertrag ist, haben wir ja immer einen Beschluss auf der Arbeitgeberseite und der ist auf jeden Fall ein Kartelltatbestand. Dann wird die Prüfung der Bereichsausnahme an diesem Beschluss aufgehängt. Meine Lösung würde allerdings dazu führen, dass wir auch Firmentarifverträge immer prüfen dürfen. Da kommt natürlich auch die Bereichsausnahme zum Tragen. Ich finde einfach nur, wenn man sagt, Arbeitnehmer sind auch Unternehmen und Gewerkschaften sind Unternehmensvereinigungen, hat man ein stringenteres Konzept. Es wird sich im Ergebnis nicht viel ändern; so ist es leichter, Tatbestände wie Firmentarifverträge zu erfassen, aber an der Bereichsausnahme selbst will ich ja nicht rütteln, sondern nur an diesem persönlichen Anwendungsbereichsfilter, der – ich sage es noch einmal – zu ganz eigenartigen dysfunktionalen Abgrenzungen führt. Sehen Sie sich die Sportmärkte an; die hier getroffenen Unterscheidungen zwischen Arbeitnehmern und Unternehmern kann man doch keinem erklären. Es ist natürlich in anderen Bereichen – Arbeitsrecht, Sozialrecht – sinnvoll, diese Differenzierungen zu treffen, aber nicht im Kartellrecht. Ich sehe es einfach nicht ein, aber ich gehöre zu den zwei, drei Einsamen, die das sagen. Das gebe ich gern zu.

Abbo Junker:

Aber Sie sind doch im Begriff, uns zu überzeugen. Vielen Dank für diese sehr klaren und auch gut nachvollziehbaren Ausführungen. Ich habe auf meiner Liste noch zwei Personen und würde danach die Diskussion abschließen. Wir müssen bedenken, dass wir auch nach dem Referat von *Hermann Reichold* auf dieses Thema noch zurückkommen können. Die beiden Referate sind ja komplementär. 48

Ulrich Denzel, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart:

Ich bin ja heute Nachmittag zu einem Thema dran, das sich mit Ihrem teilweise überlappt und ich bin schon sehr froh und erleichtert, dass wir Kartellrechtler uns hier auf dem bislang recht unbeackerten Minenfeld in die gleiche Richtung bewegen. Ich habe aber zwei Fragen: Die erste Frage geht zur Aktualität des Themas „Geltungsanspruch unter der 7. GWB-Novelle“. Ich finde, Sie haben zu Recht gesagt, eigentlich hat sich der § 1 GWB schon mit der 6. GWB-Novelle geändert. Die Aktualität haben Sie bezogen auf die VO 1/2003 und den Einfluss des Europarechts, wenn ich es richtig verstanden habe. Ich meine aber, dass dieser Einfluss schon viel länger besteht. Jedenfalls bevor der deutsche Gesetzgeber 2005 den Umsetzungsbefehl gegeben hat, war die VO 1/2003 auch schon anwendbar und letztlich aus der Rechtsprechung der europäischen Gerichte meine ich, dass aus dem Anwendungsvorrang des Europarechts eigentlich sich so 49

auch durch die VO 1/2003 in diesem Bereich nicht wirklich Neues ergeben hat.

Die zweite Frage geht in eine ähnliche Richtung: persönlicher Anwendungsbereich, Unternehmenseigenschaft; auch hier Konflikte Europarecht – deutsches Recht. Sie haben FENIN genannt und sagten dann, es sei unklar, ob der BGH mit dieser Rechtsprechung so akzeptieren möchte. Liegt das denn eigentlich wirklich am BGH oder ist es nicht eine Frage, die eigentlich vorgelegt werden müsste? Und wie der EuGH darüber entscheidet, da würde ich mir eine relativ klare Vorhersage zutrauen. Ich bin der Meinung – um es klar zu sagen –, dass die FENIN-Rechtsprechung im deutschen Recht eigentlich komplett akzeptiert und übernommen werden muss. Denn ansonsten ist der Gleichlauf, den der europäische Regelungsgeber befohlen hat, eigentlich nicht gewährleistet.

Thomas Ackermann:

- 50 Ja, Herr *Denzel*, vielen Dank für die Fragen, die es mir erlauben, meine Ausführungen mit Blick auf die kartellrechtliche Seite vielleicht doch ein bisschen spezifischer zu gestalten. Sie haben natürlich recht. Es gab natürlich vor der 7. GWB-Novelle schon Wirkungen des EG-Kartellrechts: Die 6. GWB-Novelle ist ja schon Frucht von Anpassungsbemühungen, autonomer Anpassungsbemühungen. Meines Erachtens muss man drei Phasen unterscheiden: Die erste Phase ist die vor Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 am 1.4. 2004 unter der Geltung der Walt Wilhelm-Rechtsprechung, bei der unklar war, wie genau gestaltet sich der Vorgang oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle. Das will ich nicht vertiefen. Dann haben wir diese Phase, die Sie eben benannt haben, diese Phase von kurzer Zeit – 1.4. 2004 bis Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle, 1.7. 2005 – da haben Sie Recht, da haben wir unmittelbar anwendbar die neue Vorrangregelung in Art. 3 VO 1/2003 und oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle ist dann einfach entgegenstehendes deutsches Kartellrecht für diesen Zeitraum unbeachtlich. Ich habe mein Referat der Einfachheit halber auf die Situation konzentriert, die seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle besteht, und diesen intertemporalen Schlenker unterlassen.

FENIN-Rechtsprechung: Der BGH hat deren Übernahme offen gelassen. Sie sagen, das muss man doch machen. Das finde ich auch, aber europarechtlich muss man es nicht machen. Wenn Sie die Kommentierung von Bundeskartellamtsmitarbeitern zu Art. 3 VO 1/2003 im Münchener Kommentar nachlesen, werden Sie finden: Der Vorrang nach Art. 3 bezieht sich auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, nicht auf Vereinbarungen zwischen Nichtunternehmen. Wer ist Unternehmen? Unternehmen ist das, was der EuGH in FENIN sagt. Das heißt, ob wir unsere AOK als Unternehmen behandeln, ist einfach europarechtliches

Niemandland. Der Art. 3 sagt nicht positiv, dass Nachfrage der öffentlichen Hand kartellrechtlich zu billigen ist, sondern der Art. 3 sagt einfach, wir regeln nicht den Vorrang des europäischen Kartellrechts mit Blick auf Vereinbarungen zwischen Einheiten, die wir aus europäischer Sicht nicht als Unternehmen bezeichnen. Das heißt, auch oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle sind wir in einer Ausdehnung des deutschen Unternehmensbegriffs über den europäischen Unternehmensbegriff hinaus frei. Die zweite Frage ist aber, ist es sinnvoll das zu machen? Ist es sinnvoll, auf deutscher Ebene zu sagen, wir behandeln bestimmte Einheiten der öffentlichen Hand als Unternehmen, die nach Europarecht keine Unternehmen sind? Das darf man tun, aber es führt natürlich zu ganz eigenartigen Folgeproblemen. Wir haben beispielsweise in § 2 Abs. 2 GWB diese sehr eigenartige dynamische Verweisung des deutschen Rechts auf die europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen. Und die operieren natürlich unter der Prämisse, dass der europäische Unternehmensbegriff gilt. Das heißt, Sie hätten dann Unternehmen, die gegen das Kartellverbot verstoßen, aber nicht von den durch § 2 Abs. 2 GWB kraft Verweisung im deutschen Recht entsprechend geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen profitieren. Ich habe gerade einen Doktoranden, der vertritt, dass man in diesem Fall die Gruppenfreistellung analog anwenden könne. Man kann damit leben, aber es ist sehr, sehr unschön. Deshalb würde ich sagen, aus autonomen Gründen sollten wir dem EuGH folgen, aber wir sind nicht durch die Verordnung 1/2003 dazu gezwungen, den FENIN-Begriff in Deutschland zu übernehmen. Der BGH hat in Tariftreue III gesagt, schauen wir mal. Da müssen wir einmal abwarten, was sich tut.

Professor Dr. Markus Stoffels, Universität Osnabrück:

Als kartellrechtlicher Laie wollte ich tatsächlich noch einmal ein Beispiel 51
aufbringen, weil, manchmal habe ich das Gefühl, sind es solche Beispiele, die schärfen vielleicht auch die Dogmatik. Im Grunde ist es ein ähnlicher Versuch wie Herr *Rieble* das schon eben unternommen hatte, diese Grauzone, diese Grenzfälle. Noch einmal ein Beispiel, das sich vielleicht nicht so leicht widerlegen lässt, wie das eben mit den Gewerkschaften. Das Beispiel war insofern etwas leicht zu beantworten, weil es ja nur eine Gewerkschaft war, die da tätig geworden ist. Man müsste den Fall ja nur verändern. Anderes Beispiel: Ich hatte vor Jahren einmal einen großen süddeutschen Arbeitgeberverband, den habe ich beraten bei der Formulierung von Musterarbeitsverträgen. Den vielen Mitgliedsunternehmen sollten Arbeitsvertragsbedingungen empfohlen werden, von denen sie, glaube ich, auch Gebrauch gemacht haben in den Jahren danach, so dass es vielleicht tatsächlich zu einer gewissen Vereinheitlichung hier gekommen ist. Worüber ich gar nicht nachgedacht habe in

diesem Zusammenhang – ich habe immer nur an das Honorar gedacht wahrscheinlich – war, ob das vielleicht kartellrechtlich relevant sein könnte dieser ganze Vorgang, an dem ich beteiligt war? Wenn ich mir das so ganz herkömmlich überlege, ich hätte erst einmal an Art. 9 Abs. 3 GG gedacht, die kartellrechtliche Immunität ganz herkömmlich begründet, hätte gesagt – wie das auch eben angeklungen war –, dieser Vorgang, das ist ja auch die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, müsste an sich unter Art. 9 Abs. 3 GG fallen, also nach herkömmlichem Verständnis, verfassungsrechtlich gewährleistet diese Aktivität. Nach der Albany-Formel, der Du Dich ja so angeschlossen hast, erscheint mir das aber eher nicht der Fall zu sein, weil, hier werden ja keine Tarifverträge abgeschlossen, da wird nichts geregelt im engeren Sinne, das ist wohl irgendwie ein weiterer Kreis, so dass man dann wohl zu dem Ergebnis kommen müsste, das fällt wohl unter Art. 9 Abs. 3 GG, aber nach europäischem Kartellrecht sähe das wahrscheinlich anders aus. Das ist wahrscheinlich kartellrechtlich relevant, dieser Vorgang. Dann im Grunde die Frage, ist es dann tatsächlich so, dass es Maßnahmen gibt, die unter Art. 9 Abs. 3 GG fallen, aber aufgrund europäischer Überlegungen keine kartellrechtliche Immunität besteht? Die nächste Frage wäre dann auch, wie sieht es mit schuldrechtlichen Vereinbarungen aus, also die schuldrechtliche Vereinbarung des Tarifvertrags, schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberverband, muss man die dann auch ausnehmen? Und dann die letzte Frage eigentlich: Spielt Art. 9 Abs. 3 GG überhaupt noch eine Rolle? Können wir den vergessen, was die kartellrechtliche Immunität angeht? Ist das nun mittlerweile rein europäisch zu beantworten? Jetzt waren es relativ viele Fragen.

Thomas Ackermann:

- 52 Frage 1: Schöner Fall, der Arbeitgeberverband macht Musterverträge. Aus meiner Sicht ist das Feld-, Wald- und Wiesenkartellrecht. Wir haben allenthalben Standardsetzungen, AGB-Banken, AGB-Sparkassen, was auch immer. Das ist nicht unbedingt verboten, das ist kartellrechtlich überprüfungsfähig, wobei man hinzufügen muss, dass nicht alle Horizontalvereinbarungen gleich von Übel sind. Gerade – um es ganz allgemein zu sagen – offene Standards, die jedem zur Verfügung stehen, können nach der Bekanntmachung der Kommission über horizontale Zusammenarbeit unbedenklich sein. Aber solche Praktiken bleiben meines Erachtens kartellrechtlich nachprüfbar.

Wie ist es mit schuldrechtlichen Vereinbarungen? Das hatte ich – meine ich – gesagt: Was die Kollektivvereinbarung rechtstechnisch ist, ist mir egal. Es ist mir völlig egal, ob sie Normwirkungen hat oder ob sie schuldvertragliche Wirkungen hat. Das ist auch von Mitgliedstaat zu Mitglied-

staat unterschiedlich. Wichtig ist: Es geht um die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. In welcher Form das geschieht, ob mit Normwirkung oder schuldrechtlich oder wie auch immer, ist meines Erachtens egal. Die Technizität interessiert mich nicht.

Zu Art. 9 Abs. 3 GG: Dadurch, dass ich nach meinem Verständnis der Bereichsausnahme eine Verweisung auf nationale Besonderheiten habe, spielt Art. 9 Abs. 3 GG schon noch eine Rolle. Auf europäischer Ebene weiß ich nicht, wer Sozialpartner ist. Da muss mir das nationale Recht mitteilen, wer aus seiner Sicht Sozialpartner ist. Wir haben keine europäische Definition dafür, die wir für die Zwecke des Kartellrechts heranziehen können. Das muss schon das nationale Recht besorgen. Und das ist bei uns nicht die offenbar ja einfachrechtliche engere Abgrenzung der Tariffähigkeit, sondern es ist die verfassungsrechtlich verankerte Inhaberschaft des Koalitionsgrundrechts.

Abbo Junker:

Vielen Dank, Herr *Ackermann*, auch für diese Antworten auf die zahlreichen Diskussionsbeiträge. Damit ist dieser erste Teil der Veranstaltung beendet. 53

B. Gegenmachtprinzip und arbeitsrechtliche Kartellgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG

Referat Hermann Reichold*

Rn.

I. Einführung	1
1. Das „nahezu identische“ Recht wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im europäischen und deutschen Markt seit der 7. GWB-Novelle 2005.....	3
2. Keine kartellrechtliche Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt	4
II. Die schwierige Tatbestandswürdigung beim Abschluss von Tarifverträgen: „Marktkonforme Vermachtung“ und die Irritation des Kartellrechts im Bereich des Arbeitsmarkts	6
1. Arbeitgeberverbände werden als „Unternehmensvereinigungen“ von § 1 GWB erfasst, Gewerkschaften als Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern dagegen nicht	7
a) Arbeitnehmer	8
b) Gewerkschaften	10
c) Arbeitgeber und ihre Verbände	11
2. Firmentarife unterliegen daher nicht § 1 GWB, wohl aber Verbandstarife	13
a) Flächen- beziehungsweise Verbandstarifverträge	13
b) Haus- oder Firmentarifverträge	14
3. Der dem Flächentarif immanente Beschluss einer Vereinigung von Unternehmen beschränkt „plangemäß“ den Nachfragewettbewerb der Arbeitgeber	15
a) „Wettbewerbsbeschränkung“?	15
b) Kartellfreie Kooperation am Arbeitsmarkt	17
4. Eine Freistellung von Kollektivvereinbarungen nach § 2 GWB kommt nach Sinn und Zweck dieser Norm nicht in Betracht.....	18

* Professor Dr. *Hermann Reichold* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht der Eberhard Karls Universität Tübingen.

III. Warum Kartellrecht und Art. 9 Abs. 3 GG nur im Rahmen von Arbeitsmarktregelungen miteinander vereinbar sind, oder: Das „Gegenmachtprinzip“ rechtfertigt keine Regelungen des Güter- oder Dienstleistungswettbewerbs für Unternehmen	19
1. Gleichlauf von deutschem und europäischem Recht	19
2. Grenzen der Kartellrechtserlaubnis durch Art. 9 Abs. 3 GG	20
a) Tarifregelungen ohne arbeitsrechtlichen Bezug	21
b) Tarifregelungen mit Durchgriffswirkung auf Güter- und Dienstleistungsmärkte	22
3. Beispiel: Tarifliche Regelungen von Ladenschlusszeiten	23
IV. Argumente der „zweiten Linie“: Grundfreiheiten als Maßstab für eine Missbrauchskontrolle bei (zwischenstaatlichen) Wettbewerbsbeschränkungen	25
V. Fazit	27
Diskussion	28

I. Einführung

Die kartellrechtliche Sicht auf arbeitsrechtliche Institutionen wie den Tarifvertrag ist für den Arbeitsrechtler einerseits fast so etwas wie die Eroberung einer *terra incognita*, bietet andererseits aber auch reizvolle neue Erkenntnisse und ermöglicht vor allem den Diskurs mit der ökonomischen Wettbewerbstheorie. Volker Rieble hat in dieser Diskussion mit seiner Habilitationsschrift „Arbeitsmarkt und Wettbewerb“ (1996) ganz neue Maßstäbe gesetzt, die bislang – wenn ich das recht sehe – weder vom Kartell- noch erst recht vom Arbeitsrecht ausreichend beachtet worden sind. Mit der Übernahme des heutigen Referats habe ich mich also *nolens volens* zur kritischen Analyse der wesentlichen Impulse der „Freiburger Schule“ für unser Thema entschlossen, wobei ich mir der Gefahr bewusst bin, dass die „wettbewerbsrechtliche“ Sicht des Arbeitsrechtlers auf den Tarifvertrag, wie sie im Folgenden zu leisten ist, aus Sicht des gelernten Kartellrechtlers defizitär bleiben könnte. Doch fördert das den konstruktiven Diskurs, wie er heute als Brückenschlag zwischen Kartell- und Arbeitsrecht ja angesagt ist.

Im Folgenden werde ich zunächst einmal eine „naive“ Subsumtion des Tarifvertrags unter die Norm des § 1 GWB als „wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung“ vornehmen, um sodann die institutionellen Besonderheiten dieser marktkonformen „Vermachtung“ des Wettbewerbs um Arbeitskonditionen und ihre Rechtfertigung durch Art. 9 Abs. 3 GG darzustellen. Schließlich werde ich anhand von Beispielen zu zeigen versuchen, dass die (untechnische) Freistellung vom Kartellverbot immer nur für einen Kernbereich koalitionsspezifischer Verhaltensweisen in Betracht kommen kann. Schließlich soll als „Argument der zweiten Linie“ die Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH für unser Thema kurz beleuchtet werden.

1. Das „nahezu identische“ Recht wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im europäischen und deutschen Markt seit der 7. GWB-Novelle 2005

Vorauszuschicken ist, dass die 7. GWB-Novelle 2005 (vom 7.7. 2005, BGBl. I 2005, S. 1954, vgl. auch GWB-Neufassung vom 20.7. 2005, BGBl. I 2005, S. 2114) die Folgerungen aus der EG-Kartell-Verordnung 1/2003 (vom 16.12. 2002) insoweit ziehen musste, als dort der Vorrang des europäischen Rechts hinsichtlich der Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG erheblich verstärkt wurde: Denn im Bereich „oberhalb“ der Zwischenstaatlichkeit *durfte* das deutsche Recht jetzt nicht mehr zu anderen Ergebnissen als Art. 81 Abs. 1 EG führen, und im Bereich darunter hielt es der deutsche Gesetzgeber wegen der Unschärfe der sogenannten Zwischenstaatlich-

keitsklausel *erst recht* nicht mehr für sinnvoll, eine andere Lösung vorzuschreiben. Die Gesetzesbegründung betont, dass eine „unterschiedliche Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber Großunternehmen – oft zu Lasten der kleinen und mittleren Unternehmen – zu vermeiden“ sei, so dass nunmehr „lokale und regionale Sachverhalte nicht anders zu behandeln (sein sollten) als solche mit grenzüberschreitenden Auswirkungen“¹. Kurz: Im Bereich des klassischen Kartellverbots sollte auch nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf die Anforderungen an einen integrierten Binnenmarkt „ein nahezu identisches Recht“ entstehen². Auch die Wirtschaft, so wurde ausgeführt, unterstütze diesen Systemwechsel, selbst da, wo das deutsche Recht dadurch, wie zum Beispiel bei den vertikalen Vereinbarungen, ausnahmsweise auch noch verschärft würde³. Die Norm des § 1 GWB weist daher seit 2005 den gleichen Regelungsgehalt auf wie Art. 81 Abs. 1 EG, so dass sie nicht nur parallel zu Art. 81 Abs. 1 EG für zwischenstaatliche Sachverhalte gilt, sondern auch für rein nationale oder regionale Sachverhalte⁴.

2. Keine kartellrechtliche Bereichsausnahme für den Arbeitsmarkt

- 4 Der Gleichklang von europäischem und deutschem Recht im Bereich der Kartellvereinbarungen nach § 1 GWB führt nun auch dazu, dass das Arbeitsrecht entgegen früheren Aussagen zum alten GWB⁵ nicht etwa von vorneherein als sozusagen „immanente“ Bereichsausnahme im Sinne des früheren Fünften Teils des GWB aus dem Kartellrecht ausgegrenzt werden kann. Zwar ergibt sich eine Begrenzung, zu der sogleich Stellung zu nehmen sein wird, aus dem Unternehmensbegriff, der bekanntlich Arbeitnehmer und ihre Vereinigungen grundsätzlich nicht erfasst. Doch bedeutet das nicht, dass deshalb im EG-Recht beziehungsweise im aktuellen GWB-Recht eine umfassende Ausnahme für das Arbeits- und Sozialrecht statuiert werden könnte⁶. Der EuGH hat ausdrücklich anerkannt, dass die

1 BT-Drucksache 15/3640, S. 23 (linke Spalte).

2 BT-Drucksache 15/3640, S. 23 (linke Spalte).

3 Kritisch aber zum Beispiel *Möschel*, Paradigmenwechsel im Europäischen Kartellrecht?, in: Heß (Hrsg.), Wandel der Rechtsordnung, 2003, S. 85, 93: Wettbewerb der verschiedenen Rechtssysteme, das heißt der Kampf um eine bessere Lösung, ist dann nicht mehr möglich.

4 BT-Drucksache 15/3640, S. 23 (rechte Spalte); ferner *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, Einführung Rz. 76 sowie § 1 Rz. 4.

5 So zum Beispiel *Immenga*, Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmereichs Arbeitsmarkt, 1989; *Windbichler*, Grenzen der Mitbestimmung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung, ZfA 1991, 35, 39.

6 Herrschende Meinung, vgl. nur *Bechtold*, Ladenschluss, Arbeitnehmerschutz und Kartellrecht, Festschrift Bauer, 2010, S. 109, 115; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rz. 192;

EG-Wettbewerbsregeln auch im Bereich der Arbeitsvermittlung⁷ oder der Rentenversorgung⁸ unter dem Aspekt des öffentlichen Unternehmens im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG Anwendung finden können. Er hat die Unternehmenseigenschaft der Bundesagentur für Arbeit oder einer französischen Rentenversicherungsanstalt bejaht, bei einer gesetzlichen Krankenkasse⁹ oder den deutschen Berufsgenossenschaften beziehungsweise dem italienischen Unfallversicherungsträger INAIL hingegen verneint¹⁰. Wesentlicher noch für unser Thema ist die bekannte Albany-Entscheidung des EuGH, in der es um die Pflichtmitgliedschaft von Arbeitgebern in einem Betriebsrentenfonds ging, der auf einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag niederländischer Sozialpartner beruhte¹¹. Der EuGH akzeptierte zwar im Ergebnis, dass

„Verträge, die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern geschlossen worden sind, um sozialpolitische Ziele wie die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu erreichen, aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 85 Absatz 1 EG-Vertrag“

zu fassen seien (Leitsatz 2). Doch wurde nicht bezweifelt, dass es sich beim Rentenfonds um ein „Unternehmen“ im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags handelte, weil dieser

„nach dem Kapitalisierungsprinzip funktioniert und eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit den Versicherungsgesellschaften ausübt“ (Leitsatz 3).

Weder das Fehlen eines Gewinnerzielungszwecks noch die Verfolgung 5 einer sozialen Zielsetzung genügten, um einem solchen Fonds die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsregeln des Vertrags zu nehmen. Auch auf diese wesentliche Entscheidung wird zurückzukommen sein.

Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, ebd., Art. 81 Abs. 2 EGV Rz. 25 f.; *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht (MüKoEuWettbR), 2007, Einleitung Rz. 231 ff.

- 7 EuGH 23.4. 1991 – Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2010 Tz. 21 (Höfner und Elser); EuGH 11.12. 1997 – Rs. C-55/96, Slg. 1997, I-7140 (Job Centre).
- 8 EuGH 17.2. 1993 – Rs. C 159 und 160/91, Slg. 1993, I-664 (Poucet und Pistre); EuGH 16.11. 1995 – Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4022 (Fédération française des sociétés d'assurance).
- 9 EuGH 16.3. 2004 – Rs. C-264/01 und andere, Slg. 2004, I-2524 Tz. 56 (AOK Bundesverband).
- 10 EuGH 5.3. 2009 – Rs. C-350/07, NJW 2009, 1325 (Kattner); EuGH 22.1. 2002 – Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-717 (Cisal).
- 11 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5863 (Albany); bestätigt in EuGH 21.9. 2000 – Rs. C-222/98, Slg. 2000, I-7129 (van der Woude).

II. Die schwierige Tatbestandswürdigung beim Abschluss von Tarifverträgen: „Marktkonforme Vermachtung“ und die Irritation des Kartellrechts im Bereich des Arbeitsmarkts

- 6 Die harsche Kritik am Tarifkartell, wie sie von wesentlichen Ökonomen und Rechtswissenschaftlern vorgetragen wurde, für Juristen vernehmlich etwa seit *Wernhard Möschels* ZRP-Beitrag zum Thema „Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht“ vor gut 20 Jahren¹², und wie sie danach unzählige Male über Gremien wie Monopolkommission und Sachverständigenrat variiert wurde¹³, verstellte den Blick darauf, dass diese ökonomisch begründeten Zweifel am zu hoch ausfallenden Tariflohn wohl auf der klassischen Marktpreislehre beruhten, sich aber nicht ansatzweise auch auf eine schlichte Subsumtion des § 1 GWB stützen konnten. Damit will ich sagen, dass ökonomische Lehrmeinungen mit zweifelhaften Prämissen zum Funktionieren des Arbeitsmarkts die rechtspolitische Diskussion der letzten Jahre in einer Weise zu steuern suchten, die von Beginn an keinen rechten Rückhalt im ordnungspolitisch verbindlichen Kartellrecht hatten. Mag das Kartellrecht für Ökonomen eine unbeachtliche Meta-Ebene sein – für Juristen ist es unbezweifelbare Geschäftsgrundlage. Deshalb soll hier mit dieser vor allem dank der europäischen Wettbewerbsregeln weitgehend ausformulierten juristischen „Gegenwelt“ zum Arbeitsrecht versucht werden, die Vorwürfe der ökonomischen Theorie normativ zu stützen. Sollte das aber nicht gelingen, darf man als Jurist die geballte Einheit der positiven Rechtsordnung gegen die Werkzeuge der Ökonomen mit einiger Aussicht auf Erfolg ins Feld führen.

1. Arbeitgeberverbände werden als „Unternehmensvereinigungen“ von § 1 GWB erfasst, Gewerkschaften als Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern dagegen nicht

- 7 Bestehen also keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken, das Kartellverbot prinzipiell auf den Arbeitsmarkt zu erstrecken, lässt sich zunächst der

¹² *Möschel*, Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht, ZRP 1988, 48.

¹³ Zum Ruf nach „Mehr Markt im Arbeitsrecht“ vgl. nur *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 83 ff.; *Kleinhenz*, Zum Stellenwert von Arbeits- und Sozialrecht für wirtschaftswissenschaftliche Analyse des Arbeitsmarktes und der Arbeitslosigkeit, Gutachten B zum 63. Deutschen Juristentag, 2000, S. B 52 ff.; *Möschel*, Tarifvertragsreform zwischen Ökonomie und Verfassung, in: FIW (Hrsg.), Perspektiven des Wettbewerbs in Deutschland (Referate des XXXVIII. Symposions), 2007, S. 11 ff.; *Reichold*, Grundlagen und Grenzen der Flexibilisierung im Arbeitsvertrag, RdA 2002, 321, 324; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 1 ff.; *Rüthers/Franz*, Arbeitsrecht und Ökonomie – Mehr Beschäftigung durch eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts, RdA 1999, 32 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

Tatbestand des Tarifvertrags dahingehend fassen, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände beziehungsweise einzelne Arbeitgeber Tarifverträge mit bindender, das heißt normativer Wirkung für ihre Mitglieder abschließen, die sich genau zu diesem Zweck auch zusammengeschlossen haben. Es stellt sich daher die Frage, ob Arbeitnehmer, Gewerkschaften, Arbeitgeber beziehungsweise Arbeitgeberverbände den Begriff des Unternehmens beziehungsweise der Unternehmensvereinigung im Sinne von § 1 GWB beziehungsweise Art. 81 Abs. 1 EG erfüllen.

a) Arbeitnehmer

Auch bei einem weiten Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ eines „Unternehmens“ wird man aber nicht ernsthaft die Arbeitnehmer als solche zu Adressaten des Kartellverbots machen können¹⁴. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass nicht im Hinblick auf seine dem Unternehmen dienende Funktion¹⁵, wohl aber im Hinblick auf seine Angebotsfunktion am Arbeitsmarkt – der Arbeitnehmer ist ja Anbieter von Arbeitsleistungen und als solcher Teilnehmer am „Angebotswettbewerb“ – jeder Arbeitnehmer auch Adressat des Kartellrechts sein könne¹⁶. Dem wird aber zutreffend entgegengehalten, dass es nicht angehe, den europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff je nach Regelungszweck unterschiedlich auszulegen: Das gefährde die Konsistenz des Primärrechts und könne auch systematisch nicht überzeugen. Was für die Grundfreiheiten gelte, müsse auch für das Wettbewerbsrecht insoweit gelten, als die „wirtschaftliche Tätigkeit“ des Arbeitnehmers nicht gleichzeitig in Art. 39 EG (Freizügigkeit) einerseits und in Art. 43, 49 EG (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) andererseits geschützt werden könne. In der Tat durchzieht die Dichotomie zwischen Arbeitnehmer und Unternehmen nicht nur das Arbeitsrecht, sondern auch das Wirtschaftsverfassungsrecht. In seinen Schlussanträgen zum Albany-Urteil hat denn auch Generalanwalt *Jacobs* darauf hingewiesen, dass die Beispiele wettbewerbswidriger Praktiken in Art. 81 Abs. 1, 82 EGV auf Wirtschaftsteilnehmer zugeschnitten sind, die selbstständig Waren liefern und Dienstleistungen erbringen¹⁷.

Weitergehende Fragen werfen freilich Tarifverträge auf, die die Arbeitsbedingungen arbeitnehmerähnlicher Personen, wie in § 12a TVG angelegt,

¹⁴ Vgl. nur *Bechtold* (Fn. 4), § 1 Rz. 6, 7; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 8 Rz. 31; *Rieble* (Fn. 13), Rz. 429; *von Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages, 1997, S. 146; ausführlich *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, 2007, S. 126 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁵ EuGH 16.9. 1999 – Rs. C 22/98, Slg. 1999, I-5665 Tz. 26 (Becu).

¹⁶ *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, 2004, S. 32 ff.

¹⁷ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 Tz. 216 (Albany).

regeln: Denn hier sind persönlich selbstständige Marktteilnehmer betroffen, denen jedenfalls keine Regeln für ihr selbstständiges Marktverhalten (zum Beispiel bei Franchisenehmern) vorgeschrieben werden können¹⁸.

b) Gewerkschaften

- 10 Geht man davon aus, dass Arbeitnehmer nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des § 1 GWB fallen, weil sie keine „unternehmerische“ Tätigkeit entfalten, so können auch Gewerkschaften keine Unternehmensvereinigungen sein¹⁹. Das gilt aber nur in den Grenzen ihrer eigentlichen Kernkompetenz der Vertretung von Arbeitnehmerinteressen. Selbstverständlich können auch Gewerkschaften beziehungsweise ihre Töchter über ihren Koalitionszweck hinaus zum Beispiel Verbraucherinteressen ihrer Mitglieder durch Buchclubs oder Konsumgenossenschaften befriedigen beziehungsweise Rechtsschutz oder Gruppenversicherungen anbieten²⁰. Dabei wird man unterscheiden müssen zwischen Dienstleistungen mit und solchen ohne Arbeitsmarktbezug. Leisten die Gewerkschaften zum Beispiel durch ihre Tochter DGB-Rechtsschutz-GmbH den Mitgliedern Rechtsschutz vor den Arbeits- und Sozialgerichten aufgrund ihrer Arbeitnehmerrolle, so darf – anders als bei nicht-arbeitsrechtlichen Gruppenversicherungen – von der Ausübung der Kernkompetenz Arbeitnehmervertretung gesprochen werden, die sich nicht als kartellrechtlich relevante Wirtschaftstätigkeit darstellt²¹. Auch hier überzeugt es nicht, wenn Gewerkschaften schon aufgrund ihrer unmittelbaren Einflussnahme auf das unternehmerische Marktverhalten der Gegenseite zum Adressaten des Kartellrechts gemacht werden sollen²². Denn sie tun das ja nicht in Ausübung einer unternehmerischen Funktion, sondern als Interessenverband, dessen Tätigkeit *nicht* auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist. Jedenfalls bei Tarifverhandlungen und beim Abschluss von Tarifverträgen verwirklicht sich die sozialpolitische Kernkompetenz der Gewerkschaften, die man in Kenntnis ihrer voraussetzungsvollen, durch Industrie- und Sozialgeschichte geprägten Existenz

18 Näher Rieble (Fn. 13), Rz. 537, 539.

19 Herrschende Meinung, vgl. Bechtold (Fn. 4), § 1 Rz. 7; Gleiss/Hirsch, EG-Kartellrecht, 4. Aufl. 1993, Art. 85 Rz. 25; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 6), § 1 Rz. 39, 63, 74; Lange, Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa, WuW 2002, 955; Mestmäcker/Schweitzer (Fn. 14), § 8 Rz. 31; Mühlbach (Fn. 14), S. 134 f.

20 Vgl. Mühlbach (Fn. 14), S. 133 ff.; Rieble (Fn. 13), Rz. 439, 447 ff.

21 So auch Rieble (Fn. 13), Rz. 556.

22 So Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (FK Kartellrecht), Bd. 2, Art. 81 EG Grundfragen Rz. 26; Kulka, WuW 1987, 18; von Wallwitz (Fn. 14), S. 149 f.

nicht als gewissermaßen „unternehmerische“ wirtschaftliche Funktion verzeichnen sollte. Der anno 1914 verabschiedete *Clayton Act* hat das für die Vereinigten Staaten in Art. 6 bündig formuliert: „The labor of a human being is not a commodity or article of commerce.“²³

c) Arbeitgeber und ihre Verbände

Umgekehrt kann man *de lege lata* nicht die Arbeitgeber und ihre Ver- 11
einigungen als „Unternehmen“ beziehungsweise „Unternehmensver-
einigungen“ vom Kartellrecht pauschal ausnehmen, soweit sie als Akteure
des Arbeitsmarkts auftreten²⁴. Denn selbstverständlich sind sie dabei als
Nachfrager tätig, und zwar – darauf kommt es an – als Nachfrager in Aus-
übung ihrer unternehmerischen Tätigkeit. Die Nachfrage nach Arbeit
durch Unternehmen knüpft *unmittelbar* an ihre wirtschaftliche Tätigkeit
an, mehr noch: diese kann sich nur durch jene verwirklichen. Historisch
gewendet lässt sich nicht bestreiten, dass Gewerkschaften im
19. Jahrhundert erst auf den Plan traten, als sich Unternehmen längst auf
Kosten der „Proletarier aller Länder“ bereicherten. Diese historische
Lektion, der ungebremste Zugriff der Fabrikherren auf die Arbeiter und
seine Bändigung durch die „Association der Arbeiter“ als Gegenmacht²⁵,
prägt nicht allein das kollektive Arbeitsrecht bis heute²⁶, sondern wurde
von *Franz Böhm* bereits 1933 auch für die Wettbewerbsordnung nachvoll-
zogen. Er betonte in einer kleinen Schrift, dass die von der KartellVO 1923
zugelassenen Kartelle²⁷ zwar das Recht hätten, „rein private Erwerbsinter-
essen unter Einsatz *einseitiger* sozialer Kollektiv- und Marktmacht zu ver-
folgen“²⁸, sich dabei aber nicht auf die Koalitionsfreiheit des Art. 159 WRV
berufen dürften. Denn diese solle den Besonderheiten des Arbeitsmarkts
Rechnung tragen, wo der Arbeitsanbieter bloß rechtlich, nicht aber
faktisch frei über sein Angebot mit dem Arbeitgeber verhandeln könne.
Bei der Ordnung des Arbeitsmarkts gelte also nicht das Recht der
individuellen Leistungskonkurrenz, sondern die „kollektive Koalitions-
freiheit als Grundlage der machtgleichen Aussprache über den Preis und

23 Vgl. *Fleischer*, Tarifverträge und Europäisches Wettbewerbsrecht, DB 2000, 821, 824. Diese gesetzlich verankerte Bereichsausnahme erstreckt sich allerdings nur auf einseitiges Gewerkschaftshandeln.

24 Dazu *Mühlbach* (Fn. 14), S. 137 mit weiteren Nachweisen.

25 So bereits *Johann Caspar Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 1851, hier zitiert nach der 5. Aufl. 1876, S. 561, der auch darin – neben der „guten Policy“ des Obrigkeitsstaats – eine mögliche Problemlösung der sozialen Frage für möglich hielt.

26 Nachweise bei *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, S. 23 ff.

27 Dazu näher *Nörr*, Die Generalklausel und die Kartelle: ein Rückblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festschrift Gernhuber, 1993, S. 919, 928 ff.

28 *Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933, S. 32.

die Bedingungen der Arbeit“²⁹, die sich in einem „Zwei-Fronten-Prinzip“ verwirkliche³⁰.

- ¹² Unternehmen und ihre Vereinigungen bleiben nach heutigem Verständnis also Adressaten des Kartellrechts, auch soweit sie sich auf dem Arbeitsmarkt als Nachfrager betätigen. Zu prüfen ist daher im Folgenden, an welcher Stelle genau das behauptete Tarifikartell tatbestandlich gegen geltendes Wettbewerbsrecht verstoßen könnte. Denn § 1 GWB verbietet ja nur wettbewerbsbeschränkende „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“.

2. Firmentarife unterliegen daher nicht § 1 GWB, wohl aber Verbandstarife

a) Flächen- beziehungsweise Verbandstarifverträge

- ¹³ Betrachtet man zunächst den die tarifkritischen Ökonomen besonders interessierenden Flächen- oder Verbandstarif, stellt sich bei Subsumtion unter § 1 GWB die Frage, worin hier die „Vereinbarung zwischen Unternehmen“ zu sehen ist. Denn gemeint kann ja *nicht der Tarifvertrag selbst* sein: Dieser stellt keine Vereinbarung zwischen Unternehmen dar, sondern nur die Vereinbarung zwischen einer Unternehmensvereinigung und einem *nicht unternehmerisch tätigen* Interessenverband namens Gewerkschaft. Vielmehr geht es um eine gegebenenfalls stillschweigende Vereinbarung zwischen den im Arbeitgeberverband versammelten Unternehmen auf sozusagen *horizontaler Ebene*, den schlussendlich abgeschlossenen Flächentarif als gemeinsames Ergebnis kraft ihrer Verbandsmitgliedschaft auch gemeinsam zu wollen³¹. Das klingt allerdings reichlich konstruiert, zumal hierzulande, anders als zum Beispiel in Italien, die Verbände beim Abschluss von Tarifverträgen rechtsdogmatisch nicht als „Stellvertreter“ ihrer Mitglieder angesehen werden³². Immerhin legt uns das Kartellrecht hier eine Lösung „von unten“, das heißt eine von den Mitgliedern legitimierte Lösung nahe, wie sie nur einige wenige zivilistische Kollegen zu konstruieren wagen: *Eduard Picker* etwa mit einer „unwiderruflichen verdrängenden Ermächtigung der Verbandsmitglieder“³³, *Volker Rieble* mit der „Außenwirkung der Verbands-

²⁹ *Böhm* (Fn. 28), S. 29; vgl. dazu auch *Bayreuther* (Fn. 13), S. 76; *Rieble* (Fn. 13), Rz. 1139.

³⁰ *Böhm* (Fn. 28), S. 1.

³¹ So *Mühlbach* (Fn. 14), S. 140 ff.

³² *Treu*, Italy, in: *Blanpain* (Hrsg.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 8, Suppl. 207, June 1998, Rz. 429.

³³ *Picker*, *Privatautonomie und Kollektivautonomie – Arbeitsrecht als Freiheitsproblem*, in: *Picker/Rüthers* (Hrsg.), *Recht und Freiheit – Symposion zu Ehren*

mitgliedschaft im Sinne einer Regelungsermächtigung“³⁴. Kartellrechtlich reicht uns freilich schon ein „*implied agreement*“, wie es Generalanwalt *Jacobs* in der Sache *Albany* in seinen Schlussanträgen vertreten hat, wo er auch betonte, dass mindestens „*a concerted practice*“ zu bejahen sei, also ein abgestimmtes Verhalten, das den Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG beziehungsweise § 1 GWB bereits erfüllt³⁵. Selbst wenn man aber weder der gemeinsamen Ermächtigung durch die Mitglieder noch deren stillschweigender Vereinbarung als kartellrechtlich relevantem Tatbestand näher treten möchte, lässt sich doch in einem Tarifabschluss – nicht erst durch dessen Billigung durch die Mitglieder des Arbeitgeberverbands – ein für § 1 GWB ausreichender „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ sehen: Denn schon der Abschluss des Kollektivvertrags bringt den Willen der Verbandsvertreter zum Ausdruck, die Verbandsmitglieder zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, der ihre mitgliedschaftliche Selbstbindung aktualisiert³⁶.

b) Haus- oder Firmentarifverträge

Für den Haus- oder Firmentarifvertrag folgt dann allerdings, dass hier selbst dem Unternehmer, der sich möglicherweise beim Abschluss des Firmentarifs an den Konditionen des Flächentarifs orientiert, allenfalls gleichförmiges Verhalten vorgehalten werden könnte, das für sich genommen nicht gegen § 1 GWB beziehungsweise Art. 81 EG verstößt³⁷. Ein abgestimmtes Verhalten wird schon deshalb kaum je nachzuweisen sein, weil der Unternehmer plausibel darauf wird verweisen können, dass er sich nicht durch seine tarifgebundenen Wettbewerber, sondern die mit ihm verhandelnde Gewerkschaft zu dieser Anpassung an den Flächentarif veranlasst haben wird. Kartellrechtlich dürfte dies als einzelwirtschaftliche Maßnahme also kaum jemals relevant werden, soweit nicht eine genaue 1:1-Übernahme des Flächentarifs erfolgt.

von Reinhard Richardi, 2003, S. 25, 59: Damit könne auch ohne Gesetzesbefehl eine privatautonome Bindungswirkung der Tarifvertragsnormen begründet werden.

34 *Rieble* (Fn. 13), Rz. 1206; vgl. auch *Rieble*, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 8 ff.

35 Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 17), Tz. 241 ff. (*Albany*).

36 So *Roth/Ackermann*, in: FK Kartellrecht (Fn. 22), Art. 81 EG Grundfragen Rz. 103; *Mühlbach* (Fn. 14), S. 144; *von Wallwitz* (Fn. 14), S. 152 ff.

37 Vgl. *Bechtold* (Fn. 4), § 1 Rz. 18; *Mühlbach* (Fn. 14), S. 145.

3. Der dem Flächentarif immanente Beschluss einer Vereinigung von Unternehmen beschränkt „plangemäß“ den Nachfragewettbewerb der Arbeitgeber

a) „Wettbewerbsbeschränkung“?

- ¹⁵ All diese bisherigen sozusagen „naiven“, im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts aber gängigen Subsumtionsversuche müssten im Ergebnis versagen, wenn sie nicht beim wesentlichen Tatbestandsmerkmal, der bezweckten oder bewirkten Beschränkung des Wettbewerbs, zum Ziele führen könnten. Damit stellt sich die Kernfrage nach der „tatbestandsmäßigen“ Kartellrechtswidrigkeit des Tarifvertrags. Es müsste ein Kausalzusammenhang zwischen dem tarifvertragsimmanenten Beschluss der Arbeitgebervereinigung und daraus folgenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen

- (1) auf den Nachfragewettbewerb der Unternehmen nach Arbeitskräften oder
- (2) auf den Angebotswettbewerb der Unternehmen auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten

herzustellen sein. Der EuGH hat dies in seiner Albany-Entscheidung völlig offen gelassen, obwohl er von „zwangsläufigen“ den Wettbewerb beschränkenden Wirkungen von Tarifverträgen sprach³⁸, diese danach sogleich aber aus dem Bereich des Art. 81 Abs. 1 EG komplett ausklammerte. Spüren wir der möglichen Wettbewerbsbeschränkung auf dem primär relevanten Arbeitsmarkt nach, so stoßen wir zunächst auf den gängigen Vorwurf, formuliert etwa von *Wernhard Möschel*³⁹, wonach die Kartellvereinbarung namens Tarifvertrag in der Regel Löhne *oberhalb* des markträumenden Preises festsetzte und damit Arbeit so teuer machte, dass Ausweichstrategien für Unternehmen insbesondere durch Neuinvestitionen im Ausland sehr viel lohnender erschienen, als hierzulande weitere Arbeitsplätze vorzuhalten. Selbst unterstellt, dass dieser Vorwurf ökonomisch zutreffend und auch als einer der wesentlichen Gründe für die hohen Arbeitslosenzahlen in Deutschland auszumachen wäre, heißt das aber noch nicht, dass daraus auch eine „Wettbewerbsverfälschung“ folgen müsste. Denn dann müsste belegt werden können, dass ohne zentrale Tarifverhandlungen das Gut „Arbeit“ günstiger und damit letzten Endes auch zu verbraucherfreundlicheren Preisen mit entsprechenden Auswirkungen auf Güter- und Dienstleistungsmärkte gehandelt werden

³⁸ EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 11), Tz. 59 (Albany).

³⁹ *Möschel*, in: FIW (Fn. 13), S. 11 f.; vgl. ferner *Bayreuther* (Fn. 13), S. 73 ff.; *Engel*, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, VVDStRL 59 (2000), 55, 65 ff.; *Möschel*, Tarifaufonomie – ein überholtes Ordnungsmodell?, WuW 1995, 704.

könnte, als das mit Hilfe der „Kartellverträge“ der Fall ist, und deshalb der Wettbewerb insgesamt in einem erheblichen Ausmaß beeinträchtigt sein könnte⁴⁰. Das aber ist gerade nicht der Fall. Lohnrigiditäten lassen sich in allen Industrieländern nachweisen, auch in jenen, wo die Rechtsordnung dem Tarifvertrag keine zwingende Wirkung zubilligt, auch in jenen, wo der Flächentarif kaum eine relevante Rolle spielt⁴¹. Daran wird deutlich, dass „Arbeit“ kein ähnlich homogenes Gut wie zum Beispiel Erdöl als Rohstoff ist. Obwohl die OPEC als Monopolist auftritt, schwankt der Preis von Erdöl stärker als der Preis für „Arbeit“. Es war eine der wesentlichen Erkenntnisse von *John Maynard Keynes*, dass auf dem Arbeitsmarkt die Preise nach unten kaum beweglich seien⁴², ganz abgesehen davon, dass Arbeitnehmer wegen ihrer personengebundenen Leistung nicht so mobil sein können wie andere Anbieter am Güter- und Dienstleistungsmarkt⁴³.

Jenseits allen Theorienstreits der Ökonomen kann als unstreitig gelten, 16 dass es beim Arbeitsmarkt um einen ganz speziellen Markt mit gewissen Besonderheiten geht, der – nicht allein in Deutschland, sondern in allen industrialisierten Staaten – zu historischen kollektiven Strukturen der Marktverhandlung geführt hat, die den Individualwettbewerb als „normale“ Marktbedingung großenteils verdrängt haben. Die „normalen Bedingungen des Marktes“ sind tatsächlich seit Langem solche, die durch Kollektivvereinbarungen und staatliche Regulierungen wesentlich geprägt sind. Der direkte *Nachfragewettbewerb der Unternehmen* nach Arbeit ist also wegen dieser institutionellen Rahmenbedingungen gesetzlich in einer Weise konditioniert, dass das Kartellrecht nicht greifen kann und auch nicht greifen will. Es handelt sich nämlich um eine „marktkonforme Vermachtung“⁴⁴.

40 Dazu ausführlich *Mühlbach* (Fn. 14), S. 156 ff. mit weiteren Nachweisen.

41 Vgl. zum Beispiel die ZEW-Studie von *Franz/Pfeiffer* et al., Flexibilisierung der Arbeitsentgelte und Beschäftigungseffekte, 2009, S. 27 ff., die dafür Kontrakt- und Effizienzlohn- sowie Insider-Outsider-Theorien empirisch untersucht; ferner rechtsvergleichend *Junker*, Kollektives Arbeitsrecht in Europa – Überblick über das Arbeitskampfrecht und das Tarifsysteem der Mitgliedstaaten, RdA 2009, Sonderbeilage Heft 5, S. 4, 6 (für Großbritannien).

42 Vgl. nur *Homann/Suchanek*, Ökonomik: eine Einführung, 2000, S. 312.

43 Ausführliche Diskussion bei *Rieble* (Fn. 13), Rz. 90 ff.

44 So bereits *Böhm* (Fn. 28), S. 24: Daher kann „auch in einem Wirtschaftssystem, das im übrigen (...) an dem Konkurrenzprinzip festhält, eine Organisation des Arbeitsmarktes, die eine *koalitionsmäßige doppelseitige (das heißt sich gegenseitig möglichst aufhebende) Monopolisierung* des Angebots (Gewerkschaften) und der Nachfrage (Arbeitgeberverbände) vorsieht, zu einem auch ökonomisch befriedigenderen Einspielen der beiderseitigen Gruppeninteressen führen (...), als es bei dem Aufeinandertreffen isolierter Arbeitsangebote und isolierter Arbeitsnachfrage der Fall sein würde.“

b) Kartellfreie Kooperation am Arbeitsmarkt

- 17 Die historisch-sozialen Konstitutionsbedingungen haben in ihrer heutigen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Ausprägung bei der Arbeitsnachfrage zu einer „kartellfreien Kooperation“⁴⁵ zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften geführt, die schon wegen ihrer strukturellen Besonderheit nicht in das Leitbild des GWB passt: Das „vertikale Gegenmachtelement“⁴⁶ sorgt dafür, dass die Marktmacht der Arbeitgeber begrenzt und nicht – wie sonst – durch eine horizontale Absprache verstärkt wird⁴⁷. Die gegenüberliegende Marktseite wird durch das Kartell nicht ausgeplündert, sondern sie wird *nolens volens* zur Preisfindung in einen „öffentlichen“, das heißt auch deutlich transparenteren *Bargaining*-Prozess eingebunden, der in Grenzen auch gegenseitige Rücksichtnahme erfordert. Bei *Rieble* heißt das prägnant „Gegenmachtprinzip statt Wettbewerbsprinzip“⁴⁸. Das macht letzten Endes auch die Irritation des Kartellrechts über die Institutionen des Arbeitsmarkts aus, obwohl ja auch hier „Abwehrkartelle“ etwa in Gestalt von Einkaufskooperationen oder Mittelstandskartellen (§ 3 GWB) durchaus üblich sind. Dass freilich mit den Gewerkschaften ein nicht-unternehmerisch handelnder Interessenverband solche Kartellverträge abschließt, bestärkt den Ausnahmecharakter dieser Kooperation. Zudem werden ja auch nur Mindestkonditionen ausgehandelt, die den Wettbewerb um die besseren Arbeitsbedingungen gemäß § 4 Abs. 3 TVG nicht ausschließen. *Löwisch* hat das Günstigkeitsprinzip deshalb zutreffend als sozusagen TVG-immanentes „Kartellverbot“ bezeichnet⁴⁹. Anders ist das allerdings, wenn, wie im Albany-Fall geschehen, die Zusatzrenten der Arbeitnehmer tatsächlich einheitlich und überbetrieblich im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung für eine Branche verordnet werden. Abgesehen davon, dass dann die „öffentliche Hand“ den Wettbewerb beschränkt, sah es Generalanwalt *Jacobs* als nicht weiter bedenklich an, wenn nur im Bereich der Rentenverwaltung eine Zusammenarbeit erfolge, weil damit einerseits wettbewerbsfördernde Wirkungen (Synergieeffekte) erzielt würden und andererseits keine nennenswerten Auswirkungen auf den Güter- und

45 So zum Beispiel *Bechtold* (Fn. 4), § 1 Rz. 87.

46 *Möschel*, in: FIW (Fn. 13), S. 11; ferner *Rieble* (Fn. 13), Rz. 122.

47 So bereits *Böhm* (Fn. 28), S. 32; ferner *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 158 Rz. 7; *Rieble* (Fn. 13), Rz. 635 ff., 1116 f.; *Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, 2009, S. 77 ff., insbesondere S. 83 f.

48 *Rieble* (Fn. 13), Überschrift zu Rz. 114; vgl. ferner *Wiedemann/Wonneberger*, Anmerkung zu AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu I 2).

49 *Löwisch*, Günstigkeitsprinzip als Kartellverbot, Festschrift Rittner, 1991, S. 381; ferner *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR (Fn. 47), § 158 Rz. 19 ff.

Dienstleistungswettbewerb der betroffenen Unternehmen erkennbar seien⁵⁰.

4. Eine Freistellung von Kollektivvereinbarungen nach § 2 GWB kommt nach Sinn und Zweck dieser Norm nicht in Betracht

Auch die Gegenprobe, der Versuch nämlich, Tarifverträge in den Genuss einer sogenannten Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB zu bringen, weil diese etwa „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“ könnten, zeigt recht deutlich, dass diese von der EU-Kommission als „wirtschaftliche Vorteile“ zusammengefassten Effizienzgewinne für Tarifverträge kaum je plausibel gemacht werden können. Auch hier könnte ein weiterer Spielplatz für den Streit der Ökonomen um positive beziehungsweise negative Effekte der Tarifverträge für alle Marktbeteiligten aufgemacht werden⁵¹, was uns deshalb nicht weiterbringt, weil Arbeitnehmer hier *keine* Verbraucher im Sinne des § 2 GWB sein können, weil sie ja selber durch ihre Verbände an den sogenannten Kartellverträgen mitwirken. Sie sind Akteure, nicht „Opfer“. Bezugspunkt der Gewährung von Freistellungsregelungen ist jeweils der Vorteil für die Marktgegenseite, die etwa bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im selektiven Vertrieb von Markenfahrzeugen vom besseren Kundendienst profitieren könnte. Das passt aber nicht auf eine Kartellvereinbarung nach dem Gegenmacht- oder Zweifronten-Prinzip.

III. Warum Kartellrecht und Art. 9 Abs. 3 GG nur im Rahmen von Arbeitsmarktregelungen miteinander vereinbar sind, oder: Das „Gegenmachtprinzip“ rechtfertigt keine Regelungen des Güter- oder Dienstleistungswettbewerbs für Unternehmen

1. Gleichlauf von deutschem und europäischem Recht

Nach allem wird man der „Freiburger Schule“, das heißt *Löwisch* und *Rieble* darin zustimmen können, dass die deutsche Rechtsordnung schon durch Art. 9 Abs. 3 GG eine verfassungsrechtliche Kartellerlaubnis enthält, die vom einfach-rechtlichen Kartellrecht nicht eingeschränkt werden

⁵⁰ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 17), Tz. 269 f. (Albany).

⁵¹ Beispielhaft *Mühlbach* (Fn. 14), S. 185 ff., die nach Transaktionskosten, Informationsasymmetrien, dem public-good-Faktor, nach Wohlfahrtsverlusten durch Insider-Outsider-Differenzierung etc. fragt.

kann⁵². Das wird man im Lichte der Europäisierung des deutschen Kartellrechts nicht nur für Deutschland, sondern für ganz Europa sagen können: Der EuGH geht im Albany- genauso wie im van der Woude-Urteil davon aus⁵³, dass tarifliche Regelungen sowohl einen Zusatzrentenfonds (Albany) als auch eine freiwillige Zusatzkrankenversicherung (van der Woude) betreffend sozialpolitische Zwecke verfolgten und daher dem Kartellrecht nicht unterfielen⁵⁴. Auch ohne die nicht „richtig“ starke rechtliche Wirkung der Grundrechtecharta im Lissabon-Vertrag zugunsten eines europäischen Koalitionsgrundrechts wird ein solches doch in ständiger Rechtsprechung vom EuGH anerkannt, wie Viking Line und Laval aufgezeigt haben⁵⁵. Doch muss es sich eine Abwägung mit den Grundfreiheiten gefallen lassen, wie diese EuGH-Urteile uns ebenfalls deutlich gemacht haben. Damit hat der EuGH eine „zweite Argumentations-Linie“ eröffnet, zu der ich abschließend noch Stellung nehmen möchte (unten IV). Doch lässt sich daraus auch für unsere „erste Linie“ folgern, dass der EuGH zwar einen Kernbereich kollektivvertraglicher Regelungen kartellfrei stellen möchte, ohne deshalb aber – und darauf kommt es an – alle Tarifverträge pauschal einer wettbewerblichen Prüfung komplett entziehen zu wollen⁵⁶. Diese eigentlich typisch europäische Herangehensweise, diese neue Perspektive muss meines Erachtens jetzt auch für das GWB gelten. Dabei sollte es in der Sache darum gehen, nicht etwa dem Kartellrecht einen größeren Einfluss im Arbeitsrecht zu verschaffen, sondern genau genommen die Grenzen der Tarifautonomie auszuloten⁵⁷.

52 Löwisch/Rieble, in: MünchArbR (Fn. 47), § 158 Rz. 8.

53 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 11) (Albany); EuGH 21.9. 2000 – Rs. C-222/98 (Fn. 11) (van der Woude).

54 So auch Fleischer, DB 2000, 821, 822; Kingreen/Pieroth/Haghgu, Tarifverträge als Bereichsausnahme des Europäischen Vergaberechts, NZA 2009, 870, 872 ff.

55 EuGH 11.12. 2007 – Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Tz. 44: Streikrecht als Grundrecht (Viking Line); EuGH 18.12. 2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Tz. 91: Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme ein Grundrecht (Laval); dazu ferner Skouris, Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten, RdA 2009, Sonderbeilage Heft 5, S. 25, 28 und Zwanziger, Nationale Koalitionsfreiheit vs. europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht, RdA 2009, Sonderbeilage Heft 5, S. 10, 15 f.

56 Zur ähnlichen Rechtslage in Großbritannien und den USA vgl. Fleischer, DB 2000, 821, 822, 823 f.

57 Zutreffend Wiedemann/Wonneberger, Anmerkung zu AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu I 2).

2. Grenzen der Kartellrechtserlaubnis durch Art. 9 Abs. 3 GG

Im deutschen Recht streitig war bislang genau dies: Laut der Entscheidung des BAG vom 27.6. 1989⁵⁸, die einen vorgeschlagenen und dann umkämpften „TV zur Sicherung humaner Arbeitszeiten im Berliner Einzelhandel“ betraf, der die Ladenschlusszeiten regeln sollte, sollte § 1 GWB in seiner damaligen Fassung auf Tarifverträge – gleich welchen Inhalts – *grundsätzlich nicht* anwendbar sein. Leitsatz 1 lautete: „Tarifverträge zur Regelung des Arbeitszeitendes im Einzelhandel sind nach § 1 Abs. 1 TVG zulässig. Das GWB gilt nicht für Tarifverträge mit einem nach § 1 Abs. 1 TVG zulässigen Inhalt.“ Damit war ein grundsätzlicher Vorrang des Tarifvertrags und seiner Regelinhalte gemeint. Demgegenüber kam das Kammergericht wenig später zu dem Schluss, Tarifvereinbarungen mit überschießendem Inhalt seien nicht generell dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen⁵⁹. Auch das kartellrechtliche Schrifttum befürwortet bei Marktregelungen im Gewand des Tarifvertrags überwiegend eine Interessenabwägung zwischen sozialpolitischen und wettbewerblichen Belangen. So ist der tarifliche Kernbereich der durch Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen überlassenen Arbeitsbedingungen zweifellos für Arbeitszeiten eröffnet, nicht aber ohne Weiteres für Ladenöffnungszeiten⁶⁰. Deren Rechtfertigung durch arbeits- oder sozialpolitische Argumente erscheint fraglich, dazu sogleich (unten 3). Anhand dieses bereits in den 1980er Jahren breit diskutierten Themas lassen sich zwei Fallgruppen diskutieren, die kartellrechtliche Außenschranken der Tarifautonomie abstecken: tarifvertragsfremde Regelungen und Regelungen mit Durchgriffswirkung auf Güter- oder Dienstleistungsmärkte⁶¹.

a) Tarifregelungen ohne arbeitsrechtlichen Bezug

Hier besteht schnell Einigkeit darüber, dass die Unternehmer nur in ihrer Rolle als Arbeitgeber, nicht aber in ihrer Rolle als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen vom GWB freigestellt sind. Schon Generalanwalt Lenz konnte im Bosman-Urteil keine Gründe dafür erkennen, warum die streitgegenständlichen Verbandsregeln des Fußballverbands als einfache horizontale Sperrabreden dem Kartellrecht nicht unterstellt werden dürften⁶². Dabei handelte es sich zwar nicht um Tarifverträge, doch ließen sich solche Inhalte durchaus auch in Tarifverträge „einschuggeln“ und

58 BAG 27.6. 1989 – 1 AZR 404/88, BAGE 62, 171 = AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

59 KG 21.2. 1990 – Kart U 4357/89, NZA 1991, 24 = AP Nr. 60 zu Art. 9 GG (Revision nicht zugelassen).

60 So Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 6), § 1 Rz. 193.

61 Ähnlich Fleischer, DB 2000, 821, 824 f.; vgl. ferner Rieble (Fn. 13), Rz. 466 ff.

62 Generalanwalt Lenz, Schlussanträge EuGH 15.12. 1995 – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Tz. 275 (Bosman).

müssten dann genaugenommen kartellrechtlich durch sogenannte (feststellende) Abstellungsverfügungen (§ 32 GWB) beanstandet werden. Generalanwalt *Jacobs* argumentierte mit einer *bona-fides*-Regel, um in seinen Schlussanträgen zum Albany-Urteil zu verdeutlichen, dass tarifvertragsfremde Inhalte kartellrechtlich nicht hingenommen werden könnten, „which merely function as cover for a serious restriction of competition between employers on their product markets“⁶³. Der EuGH dürfte dem im Ergebnis zustimmen, wenn er eine Freistellung nur für solche Vereinbarungen akzeptiert, die im Hinblick auf sozialpolitische Ziele gemäß Art. 136-143 EG geschlossen wurden⁶⁴. *Rieble* hat das in seiner Schrift summarisch wie folgt beschrieben: „Betriebszeiten, Ladenöffnungszeiten, Produktangebot und -nachfrage, Preise, Mengen, Gebietsaufteilungen können nicht unter Berufung auf das Etikett ‚Arbeitgeber‘ abgesprochen werden.“⁶⁵ Dem kann prinzipiell zugestimmt werden, doch verhält es sich mit den erstgenannten Betriebs- und Ladenöffnungszeiten ein wenig anders: Hier kann nicht auf den ersten Blick den Tarifparteien jede Kompetenz abgesprochen werden.

b) Tarifregelungen mit Durchgriffswirkung auf Güter- und Dienstleistungsmärkte

- ²² Genaugenommen geht es hier um Normen mit Doppelwirkung, die eine Grauzone beschreiben, weil sie eine nicht nur mittelbare, sondern eine „spürbare“, das heißt durchgreifende Wirkung auf die Produktmärkte äußern, dennoch auch arbeitnehmerschützenden Charakter haben. Hier kann nicht ohne Weiteres gesagt werden, dass Art. 9 Abs. 3 GG beziehungsweise das TVG nicht mehr greifen und das GWB einschlägig wäre. Es wird die EuGH-Rechtsprechung weiter aufmerksam zu verfolgen sein, die jedenfalls auf Tarif beruhende Pflichtmitgliedschaften in Rentenfonds (Albany) und tarifliche Zusatzkrankenversicherungen durch festgelegte Versicherer (van der Woude) für unbedenklich hielt, solange diese Maßnahmen zur Erreichung des sozialen Ziels geeignet und erforderlich seien, und nicht etwa – als überschießende Maßnahmen – die Versicherer auch noch zu anderen Versicherungsdienstleistungen allein zugunsten der Arbeitgeber verpflichteten⁶⁶. Dadurch wird deutlicher, dass nicht jede Drittwirkung von tariflichen Regelungen, hier zum Beispiel die Ausschaltung der Wahlfreiheit der Arbeitnehmer bei der Wahl ihres Ver-

⁶³ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 17), Tz. 192 (Albany).

⁶⁴ EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 11), Tz. 60 (Albany).

⁶⁵ *Rieble* (Fn. 13), Rz. 467; ferner *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR (Fn. 47), § 158 Rz. 9.

⁶⁶ Generalanwalt *Fennelly*, Schlussanträge EuGH 21.9. 2000 – Rs. C-222/98, Slg. 2000, I-7129 Tz. 35 (van der Woude).

sicherers, schon kartellrechtlich relevant sein soll, solange insgesamt der Bereich sozialer Versorgung ähnlich der Rechtsprechung zu den Sozialversicherungsmonopolen nicht offenkundig überschritten ist⁶⁷. Man wird hier im Kern eine relativ großzügige Missbrauchskontrolle durch den EuGH erkennen können, die kartellrechtliche Folterwerkzeuge erst bei evident spürbaren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte auspacken dürfte. Rechtsdogmatisch handelt es sich um die feine Unterscheidung zwischen der beachtlichen *unmittelbaren* Wettbewerbsbeschränkung auf benachbarten Märkten und der unbeachtlichen *reflexartigen* Auswirkung, die von der Wettbewerbsordnung hingenommen werden muss.

3. Beispiel: Tarifliche Regelung von Ladenschlusszeiten

Zur Verdeutlichung noch einmal das bereits in den 1980er Jahren diskutierte Beispiel der Ladenöffnungszeiten⁶⁸, das sich heute in neuem Licht darstellt. War es vor 20 Jahren die geradezu unerhörte gesetzliche Einführung des sogenannten Dienstleistungsabends, der den Ladenschluss am Donnerstagabend schüchtern verlängerte, tarifvertraglich aber verhindert werden sollte, ist es heute die umgekehrte Situation von nahezu grenzenlosen Öffnungszeiten, deren Regelung nach der Föderalismusreform den Bundesländern obliegt, die aber eine Absprache über einheitliche Öffnungs- beziehungsweise Schließungszeiten nahe legt⁶⁹. Die frühere Zulässigkeit solcher Empfehlungen in Gestalt von Mittelstandsempfehlungen (§ 22 Abs. 6 GWB a.F.) ist heute gesetzlich nicht mehr vorgesehen, den Ländern ist dies kompetenziell ebenfalls nicht möglich. Somit ist eine kartellrechtliche Unzulässigkeit solcher vereinbarter Empfehlungen bei einem entsprechenden Wettbewerbsverhältnis von Ladenbetreibern nach heutiger Gesetzeslage zumindest naheliegend⁷⁰. Fraglich ist nun aktuell wieder, ob solche Vorgaben durch tarifliche Regelungen umgangen werden könnten: Die kritische Kartellrechtslage könnte einen Anreiz dafür geben, Ladenschlussregelungen in Tarifverträge des Einzelhandels aufzunehmen. So wäre wieder zu fragen, ob die Regelung der

67 Vgl. auch *Kingreen/Pieroth/Haghgu*, NZA 2009, 870 zum Vertragsverletzungsverfahren der Kommission wegen der Praxis der kommunalen Arbeitgeber, Versicherungsdienstleistungen über die betriebliche Altersvorsorge in Form der Entgeltumwandlung ohne europaweite Ausschreibung an einen bestimmten tarifvertraglich festgelegten Kreis von Versicherern zu vergeben (anhängig beim EuGH unter Aktenzeichen C-271/08).

68 Zur damaligen Diskussion vgl. nur *Immenga* (Fn. 5); *Kulka*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandel, RdA 1988, 336; *Poth*, Kartellrechtliche Grenzen der Regelung betrieblicher Nutzungszeiten durch Tarifvertrag, NZA 1989, 626, 629; *Nacken*, Tarifverträge über das Ende der Arbeitszeit und § 1 GWG, WuW 1988, 475.

69 Dazu *Bechtold*, Festschrift Bauer, 2010, S. 109 ff.

70 Dazu ausführlich *Bechtold*, Festschrift Bauer, 2010, S. 111 ff.

Ladenschlusszeiten nicht in ihrer die Arbeitszeit der Beschäftigten zumindest mitbestimmenden Funktion Teil einer tariflichen Betriebsnorm sein könnte, wie das vom BAG auch bereits in seiner Silvester-Entscheidung vertreten wurde⁷¹.

- 24 Nach meiner hier entwickelten Lösung sollte zuerst nach dem deutlich „sozialen“ Anliegen der Norm gefragt werden, um dann gegebenenfalls ihren spürbaren Auswirkungen auf den Dienstleistungswettbewerb der betroffenen Unternehmen nachzugehen. Dass eine Ladenöffnungszeit in der Postmoderne nichts mit den individuellen Arbeitszeiten des häufig gering beschäftigten, jedenfalls teilzeitbeschäftigten Ladenpersonals zu tun haben muss, liegt dabei auf der Hand. Der früher postulierte Arbeitnehmerschutz als Zweck einer Ladenschlussregelung war nur in Zeiten der Vollzeitbeschäftigung noch einigermaßen nachvollziehbar, außerdem greift heute ja auch das Arbeitszeitgesetz als Schutzgesetz⁷². Selbst wenn man das soziale Anliegen aufgrund zum Beispiel der drohenden nächtlichen Arbeitszeiten aber auch heute noch bejahen wollte, stellte sich die weitere Frage nach der spürbaren Wirkung solcher Ladenschlussregelungen auf den Wettbewerb, deren Bejahung jedenfalls in Großstädten und deren Einkaufspassagen gegenüber dem kauffreudigen Publikum heute auf der Hand liegt. Die Öffnungszeiten gehören diesbezüglich zu den ganz wesentlichen Wettbewerbsparametern im Einzelhandel. So ließe sich jedenfalls eine Tarifregelung nicht halten, die – so wie im Fall des BAG 1989 – ganz isoliert und undifferenziert nur die Ladenschlusszeiten regelte: Sie wäre meines Erachtens nach neuem Recht zivilrechtlich unwirksam aus §§ 1 GWB, 134 BGB, und zwar auch ohne eine kartellbehördliche Verfolgung. In die Wettbewerbsfreiheit des Unternehmers dürfte durch eine tarifliche Regelung der Ladenschlusszeiten wohl nur insoweit eingegriffen werden, als dies für den Arbeitnehmerschutz geradezu unerlässlich wäre, also zum Beispiel durch eine tarifliche Beschränkung der Nachtöffnungszeiten. Doch auch da erschiene es mir angemessener, die Nachtarbeit durch eine besondere Prämierung angemessen zu honorieren, anstatt diese schlankweg zu untersagen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH würde hier wohl in der Regel den Arbeitnehmerschutz als schwache Ausrede für eine im Kern wettbewerbsregelnde Tarifierung enttarnen und diese damit für unwirksam erachten.

71 BAG 7.11. 1995 – 3 AZR 676/94, AP Nr. zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 1996, 1214.

72 Dazu *Rieble* (Fn. 13), Rz. 351 ff.; anders aber *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR (Fn. 47), § 158 Rz. 16.

IV. Argumente der „zweiten Linie“: Grundfreiheiten als Maßstab für eine Missbrauchskontrolle bei (zwischenstaatlichen) Wettbewerbsbeschränkungen

Abschließend soll noch ein Blick auf Argumente der „zweiten Linie“ geworfen werden, die durch die EuGH-Rechtsprechung zu den Fällen Viking Line und Laval sich auch für unser Thema aufdrängen⁷³. Das Kartellrecht ist wegen seines beschränkten Adressatenkreises ja nur für die Arbeitgebervereinigungen und ihre Tarifabschlüsse relevant, nicht aber für das Handeln der Gewerkschaften. Ihnen steht je nach nationalem Arbeitskampfrecht ein unterschiedlich großer Spielraum zur Druckausübung auf die Gegenseite zu. Zwar wird dieser nationale Spielraum durch Art. 137 Abs. 5 EG vor dem Zugriff des Sekundärrechts der EU abgesichert – danach besteht ausdrücklich keine Gesetzgebungskompetenz der EU in Bezug auf das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht –, doch hält das nicht auch dem Primärrecht der Grundfreiheiten stand. Der EuGH hat mit seinen zwei Urteilen aus dem Dezember 2007 verdeutlicht, dass die Freiheit vom Kartellrecht die Gewerkschaft nicht davor bewahrt, sich marktkonform insofern zu verhalten, als sie nicht überzogene Anforderungen an die Aufnahme von Tarifverhandlungen an die Arbeitgeberseite stellen kann, oder schlichter: als sie nicht in den Wirtschaftsverkehr durch Boykott-Maßnahmen analog § 21 GWB übergreifen kann. 25

Die vom EuGH bestätigte *horizontale Drittwirkung der Grundfreiheiten* trifft die Gewerkschaften letzten Endes dann, wenn sie – wie im Bereich der oben geprüften Durchgriffswirkung mit Kartellrechtsrelevanz – die Grenzen ihrer grundrechtlich geschützten Koalitionsbetätigungsfreiheit überschreiten. Gerade weil diese Grenzen von Land zu Land höchst unterschiedlich definiert sind, kann das Abwägungsmodell des EuGH durchaus als vermittelnde Lösung überzeugen. Es schützt gegebenenfalls die Grundrechte der von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit geschützten Unternehmen weit effektiver als das nationale Recht und auch dann, wenn das primär für den Wettbewerb zuständige Kartellrecht nicht greift. Zwar wird diese supranationale Ebene des Markt- und Wirtschaftsrechts nur bei zwischenstaatlichen Auswirkungen relevant. Doch sind bekanntlich die Ausstrahlungswirkungen der EuGH-Rechtsprechung durch europäische Kommunikation um ein Vielfaches höher als die Rechtsprechung nationaler Gerichte. Wer also etwa wie die schwedische Bauarbeitergewerkschaft eine unverhältnismäßig belastende Betriebsblockade einer 26

73 EuGH 11.12. 2007 – Rs. C-438/05 (Fn. 55) (Viking Line); EuGH 18.12. 2007 – Rs. C-341/05 (Fn. 55) (Laval).

Baustelle zur Vertreibung lettischer Konkurrenz unternimmt (Laval)⁷⁴ oder wie die Internationale Transportarbeiter-Gewerkschaft eine unverhältnismäßig belastende Verhandlungsblockade eines nach Estland ausweichenden finnischen Fährunternehmens ausruft (Viking Line), muss gewärtigen, dass seine *collective actions* durch das Koalitionsgrundrecht nicht mehr gedeckt sind und möglicherweise zu Schadensersatzansprüchen wegen nicht mehr marktkonformen Verhaltens führen. Der Inhalt des vertraulichen „*settlements*“ im englischen Endverfahren zwischen der *International Transport Workers' Federation* und der Viking Line wurde zwar nicht mitgeteilt, doch wollte unser Ansprechpartner auf Anfrage nicht verhehlen, „that the ability of companies to claim damages for potentially unlawful industrial action is now a very real consideration for trade unions embarking on industrial activities“.

V. Fazit

- 27 Damit lässt sich als Ergebnis festhalten, dass deutlich überschießende, nicht auf die Regelung von Arbeitsbedingungen sich beschränkende tarifliche Regelungen zukünftig einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen können. Dazu müsste die „spürbare“ Durchgriffswirkung der jeweiligen Tarifregelung auf den Dienstleistungs- oder Gütermarkt der betroffenen Branche kritisch hinterfragt werden. In der Praxis wird freilich sehr fraglich sein, ob sich auch *Arbeitsgerichte* an ihre Vorlagepflicht an das zuständige Landgericht erinnern lassen, vgl. dazu die Regelung der §§ 87, 88 GWB. Unabhängig von der schwer prognostizierbaren neuen Relevanz des Kartellrechts für überschießende Wirkungen von Tarifverträgen lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung des BAG zur Tariffähigkeit⁷⁵ einerseits den Gewerkschaftswettbewerb und damit zunehmenden Koalitionspluralismus fördert, andererseits durch Ausweitung der Mitbestimmung im tariffreien Betrieb die Vertragsfreiheit deutlich behindert⁷⁶. Für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht werden von der Wissenschaft immer deutlicher Folgefragen der Gewerkschaftspluralität in den Blick genommen⁷⁷. So lässt sich auch ohne dezidierte Nutzung kartellrechtlicher Instrumente der Befund wagen, dass die Erosion der Tarifautonomie im 21. Jahrhundert zunehmend auch den Außenseiter-

74 Zu den Folgen für das schwedische Arbeitsmarktmodell vgl. Koch, Das schwedische Arbeitsmarktmodell im Lichte des EG-Rechts, RdA 2009, Sonderbeilage Heft 5, S. 22 ff.

75 Vgl. nur BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308 = NZA 2006, 1112 (CGM).

76 Vgl. nur BAG 2.3. 2004 – 1 AZR 65/07, AP Nr. 31 zu § 3 TVG mit ablehnender Anmerkung Reichold = NZA 2004, 852.

77 Vgl. nur Jacobs, Tariffrieden bei Gewerkschaftspluralität, Festschrift Buchner, 2009, S. 342 ff.

Wettbewerb kartellfreier Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt fördert und damit das sogenannte „Tarifkartell“ tendenziell entmachtet⁷⁸.

⁷⁸ Vgl. dazu noch *Möschel*, in: FIW (Fn. 13), S. 15, 18 f., der zudem den individuellen Arbeitsvertrag gestärkt sehen will.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 28 Meine Damen und Herren, wir stehen am Ende eines faktengesättigten Vormittags und waren auch schon einmal besser in der Zeit. Trotzdem sollten wir auch an diesen Vortrag eine Diskussion anschließen. Einige wurden direkt angesprochen hier im Raum, so dass zumindest der Bedarf nach einer Replik bestehen könnte. Aber ich will den Kreis auch weiter öffnen. Wer von Ihnen möchte sich äußern?

Professor Dr. Thomas Ackermann, Ludwig-Maximilians-Universität München:

- 29 Herr *Reichhold*, wenn ich Ihr Referat früher gehört hätte, hätte ich natürlich nicht kommen müssen. Sie haben ja im Wesentlichen alles gebracht und aus kartellrechtlicher Sicht gibt es da eigentlich auch nichts zu monieren, bis auf zwei Punkte, die ich kurz ansprechen wollte. Das eine ist ein kleiner Punkt: Sie haben gesagt, wenn man der konventionellen Ansicht folgt, sind wir bei Firmentarifverträgen oder Haustarifverträgen gleich heraus aus der Kartellrechtsanwendung. Da muss man ein kleines bisschen aufpassen, wenn man überlegt, dass wir eventuell in Gestalt von Vertikalverträgen auch Netzverträge haben. Herr *Rieble* sagte gestern beim Abendessen, dass teilweise flächendeckend identische Klauseln verwendet werden. Auch wenn man solche Vertikalkonstellationen hat, kann es dazu kommen, dass der Abschluss eines nahezu branchenweit identischen Vertragssets insgesamt eine marktverschließende Wirkung haben kann, auch ohne dass wir einen klassischen Flächentarifvertrag haben. Das kann am Ende im wirtschaftlichen Effekt auf das Gleiche hinauslaufen und dann müssen wir es auch gleich behandeln. Das war der eine Punkt.

Der andere Punkt ist ein ganz grundsätzlicher. Warum haben wir etwas gegen Kartelle? Ich hatte in der Einleitung meines Vortrags gesagt, wir haben etwas gegen Kartelle, weil sie zu Monopolpreisen führen, wenn sie jedenfalls so groß sind, dass sie Marktmacht entfalten. Das ist natürlich nur ein Schritt. Der nächste Schritt ist: Was ist an den Monopolpreisen schlimm? Da sagen Sie, daran ist schlimm, dass die Marktgegenseite ausgeplündert wird, und zwar genau in Höhe der Differenz zwischen Wettbewerbs- und Monopolpreis. Das ist aber nicht das Einzige und für manche Kartellrechtler sogar nicht einmal das Entscheidende: Die Vermögensumverteilung vom Kartellopfer zum Kartellanten hin interessiert die ganz hartgesottenen Chicago School-Leute überhaupt nicht. Was

jedenfalls einen Teil der Kartellrechtler überhaupt nur interessiert und den Rest der Kartellrechtler zumindest mit interessiert, sind die Außen-seiter. Es gibt Nachfrager, deren Zahlungsbereitschaft oder -fähigkeit reicht trotz Interesses an dem Gut nur bis zu einer Schwelle, die über dem Wettbewerbspreis, aber unter dem Monopolpreis liegt. Das sind Nachfrager, die fliegen aus dem Markt heraus, die kaufen das Produkt gar nicht mehr. Diese Nachfrager erleiden Wohlfahrtsverluste, denn sie können ihre Mittel nicht mehr so einsetzen, wie sie sie eigentlich einsetzen könnten in einer Wettbewerbssituation. Das nennt man ökonomisch den berühmten „*dead weight loss*“. Und diejenigen, die den sogenannten „*total welfare approach*“ bevorzugen und sich eigentlich nicht dafür interessieren, wie der Kuchen verteilt wird, sondern nur wie groß er ist, würden sagen, diese Nachfrager sind die Einzigen, die mich überhaupt interessieren. Und jetzt komme ich zu Ihrem Gegenmachtmodell: Dass das Gegenmachtmodell möglicherweise dazu in der Lage ist, die Umverteilungseffekte einseitiger Kartelle zu korrigieren, *d'accord*. Aber dass das Gegenmachtmodell möglicherweise nichts dazu beiträgt, dass der Kuchen so groß ist, dass auch alle daran partizipieren können – mit anderen Worten, dass es eine ganze Menge an Arbeitslosen gibt, die außen vor bleiben –, das macht dem Kartellrechtler schon Sorge. Und das ist im Prinzip dieselbe Sorge, die wir haben, wenn wir über Kartelle auf Gütermärkten reden. Das sind Probleme, die werden durch das Gegenmachtprinzip nicht korrigiert. Die weitere Frage ist dann: Ist es aber wirklich so, dass ein Tarifkartell diesen Effekt hat, oder gibt es nicht andere, vorteilhafte Aspekte? Da habe ich ja konzidiert: Das kann durchaus sein.

Letzter Punkt und dann höre ich aber wirklich auf: Sie hatten angedeutet, bei der Wettbewerbsbeschränkung komme es darauf an, dass wirklich schädliche Effekte eintreten, das heißt, die vereinbarten Kartellpreise müssten über den Wettbewerbspreisen liegen, und so ganz sicher könnten wir da bei Löhnen nicht sein. Das ist jedenfalls nach der deutschen und europäischen Kartellrechtspraxis nicht erheblich. Wenn sich die Wettbewerber kartellieren, muss nicht nachgewiesen werden, dass es wirklich zum Schaden der Marktgegenseite ist. Es gab eine Entscheidung des EuGH vom April dieses Jahres, T-Mobile Netherlands, in der genau das zur Sprache kam. Die holländischen Mobilfunkbetreiber hatten im Wege eines Kartells die Händlerprovisionen für Handys gekürzt. Ganz gewitzt hatten sie gesagt: Dadurch wird ja keiner ärmer; vielleicht die Händler, aber die Verbraucher doch nicht, die Verbraucher können nämlich jetzt billigere Handys kaufen. Der EuGH sagte dazu, das interessiert uns alles überhaupt nicht. Ihr habt eine Preisfestsetzung gemacht. Ob der Verbraucher ärmer ist oder nicht, interessiert uns nicht. Und genauso würde man, wenn man das Kartellrecht uneingeschränkt auf Arbeitsmärkte anwenden würde, überhaupt nicht wissen wollen, ob die Tariflöhne wirklich höher sind als Wettbewerbslöhne. Man würde einfach nur konstatieren,

sie haben es auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite vereinbart und das auf beiden Seiten ist ein Hardcore-Kartell. Ob das Kartell real zu Vermögensverschiebungen führt, ist dann nicht mehr erheblich. Es gibt Autoren, die sehen es anders, aber die EuGH-Rechtsprechung ist da ganz stabil.

Professor Dr. Georg Caspers, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

- 30 Wenn man sich beide Vorträge jetzt angehört hat, scheint es vielleicht doch irgendwann auf die europäische Koalitionsfreiheit hinauszulaufen. Denn wenn wir jetzt hören, dass die Grenzen dort gezogen sind, wo eine gewisse Durchgriffswirkung auf Güter- und Dienstleistungsmärkte besteht, dann muss man natürlich fragen, wer kontrolliert das? Und wenn die nationalen Gerichte – wir operieren ja jetzt mit Art. 9 Abs. 3 GG und sagen, die Mitgliedstaaten machen das noch – sich hinreichend renitent zeigen, dann wird vielleicht doch der EuGH anfangen, Schranken zu setzen. Und wenn man sich eine solche Entwicklung vorstellt, über Jahrzehnte vielleicht, dann sind wir doch auf dem Weg zu einem europäischen Koalitionsrecht und irgendwann auch europäischen Tarifvertragsrecht. Das scheint mir dann die zwangsläufige Folge zu sein, was aber natürlich auch davon abhängen wird, wie die Mitgliedstaaten damit umgehen.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 31 Nur ganz kurz: Da muss natürlich auch die Sperre im künftigen AEUV noch überwunden werden, die ja nun gerade das Koalitionsrecht auch von der europäischen Rechtsetzung ausnimmt, was ja der EuGH in der Viking-Entscheidung akzeptiert und deswegen das europäische Grundfreiheitsrecht mit dem nationalen Arbeitskampfrecht zu einer Abwägung bringen möchte, die den nationalen Gerichten überantwortet ist. Ich habe zwei Fragen: Wenn es so ist – und das ist, glaube ich, der gemeinsame Kern beider Vorträge –, da ist der vom Kartellrecht verschonte Tarifikern, dann wird doch das Kartellrecht erstens spannend dort, wo die Tarifpartner etwas tun, was sie tarifrechtlich nicht dürfen, was aber auf dem Arbeitsmarkt keinen interessiert, weil es keinen gibt, der klagt oder sich traut. Dann könnten nämlich die kartellrechtlichen Durchsetzungsmechanismen helfen, das schon tarifrechtlich Unzulässige auch zu unterbinden, sei es über Schadensersatz nach § 33 GWB, sei es durch kartellverwaltungsrechtliche Maßnahmen oder durch Bußgelder. Und dann haben wir natürlich sofort auch ein massives Folgeproblem, das nennt sich neudeutsch „Compliance“. Dann müssen nämlich die Compliance-Organisationen auf

einmal darauf achten, dass nicht die tarifrechtlichen Grenzen überschritten werden und man deswegen im kartellrechtlichen Sanktionsbereich ist. Das scheint mir das eine Problem zu sein.

Das zweite Problem ist natürlich, dass die Feststellung dieser Grenzen – was darf der Tarifvertrag und was darf er vielleicht auch gerade mit Rücksicht auf den Wettbewerb nicht – natürlich entscheidend davon abhängt, wer das feststellt. Das Bundesarbeitsgericht wird zu anderen Ergebnissen kommen als das Bundeskartellamt. Das Bundesarbeitsgericht wird sagen, grundsätzlich dürfen die Tarifparteien alles, es sei denn, die haben gerade ganz schlecht geschlafen, und das Kartellamt würde vielleicht etwas naturalistischer an die Sache herangehen. Also ist es aus meiner Sicht eine entscheidende Frage der Kompetenzverteilung vor allem auch auf der Rechtswegeseite. Soll man dann sagen, es gibt eine arbeitsrechtliche Vorfragenkompetenz, das zu beurteilen, und die armen Kartellrechtler müssen dann jede Irrung und Wirrung aus Erfurt nachvollziehen? Oder dürfen die Kartellrechtler selber denken und arbeitsrechtliche Vorfragen in Zweifel ziehen mit der Folge, dass am Schluss, am Ende ein Kartellgericht entscheidet, wo die Grenzziehung zwischen noch erlaubtem Tarifierungsverhalten und schon verbotener Kartellwirkung anfängt. Das scheint mir am Ende die für die Praktiker auch wichtige Frage zu sein.

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Vielen Dank für die interessanten Rückfragen. Herr *Ackermann*, zum 32
einen dieser Netzvertrag: Wenn also damit gemeint ist, dass Firmentarife letztlich den Flächentarif komplett abbilden und fortsetzen, dann stimme ich Ihnen zu. Dann lässt sich da in der Tat zumindest die gleiche kartellrechtliche Missbrauchskontrolle – sage ich jetzt einmal vorsichtig – wie beim Flächentarif auch in diesem Anschlussstarif wohl fortsetzen. Der Haustarifvertrag, den ich gemeint habe, ist natürlich der, der gewisse Spezifitäten und Besonderheiten enthält und keine Eins-zu-Eins-Abbildung des Flächentarifs darstellt, also nicht den einfachen Anschluss-tarifvertrag.

Die zweite Frage mit der kartellrechtlichen Betrachtung dieser ökonomischen Folgewirkungen: Das ist natürlich so ein weites Feld, dass ich mich hier, als gewissermaßen dilatorisch dazu sich geäußert habender Kollege des Arbeitsrechts, ernsthaft nicht werde fundiert äußern können. Vielleicht zwei Anmerkungen dazu: Die Außenseiterfrage ist eine Frage, die im Arbeitsrecht zunehmend an Bedeutung gewinnt. Und die Frage, die *Möschel* immer wieder aufwirft, wurde ja nun auch im Sinne einer – gewissermaßen – Auflockerung des sogenannten Tarifkartells spruchreif: Wir haben zum einen jetzt auch einen Außenseiterwettbewerb im Gewerk-

schaftsbereich, in Teilen zumindest – auch natürlich dadurch, dass weiter illegale, wettbewerblich-betriebliche Bündnisse für Arbeit ins Kraut schießen –, und erleben zum anderen durch die immer weiter wachsenden tariffreien Zonen des bundesrepublikanischen Arbeitsmarkts die Erosion des Tarifikartells. Das Bundesarbeitsgericht unterstützt den Außenseiterwettbewerb einerseits durch die CGM-Rechtsprechung, wonach auch kleine Gewerkschaften anerkannt werden, konterkariert das auf der anderen Seite zum Beispiel durch überschießende Mitbestimmungsrechte im tariffreien Betrieb. Aber das ist alles in allem eine – wenn Sie so wollen – graduelle Auflockerung.

Und zum Zweiten: Die Frage der Auswirkungen der ökonomischen Theorie würde ich so beantworten wollen, dass wir zunächst einmal nicht wissen können, was überhaupt der faire Wettbewerbspreis ist. Dass wir natürlich dazu neigen, diesen allgemeinen Wohlfahrtsansatz hier auch zugunsten der Arbeitnehmer zu verfolgen. Und dass wir uns natürlich davor scheuen – letztlich auch aus Respekt vor dieser historisch gewachsenen und traditionell nicht nur in Deutschland gewachsenen Gegenmacht- und Verhandlungskultur – diesen ökonomischen Auswirkungen auf die Außenseiter mit ökonomischen Argumenten genauer nachzugehen. Das ändert aber nichts daran, dass die Diskussion über die Außenseiter Spuren hinterlassen hat im Arbeitsrecht.

Herr *Caspers*, diese interessante Frage, die ja auch in Erfurt im Mai mit Beteiligung von Herrn *Junker* diskutiert wurde, inwieweit das Europäische Arbeitsrecht die nationalen Arbeitsrechtsfragen überformt oder mindestens beeinflusst, diese Frage möchte ich auch sehr ernst nehmen. Ich glaube in der Tat, dass wir es zu tun haben mit einer Entwicklung, die zwar gekennzeichnet ist einerseits durch die Kompetenzausnahme. Wir können nach wie vor das kollektive Arbeitsrecht in den Nationalstaaten fortbilden, wir haben aber eine indirekte Aufsicht des Europäischen Gerichtshofs über die Grundfreiheiten und das ist eine Entwicklung, die jetzt durch den Lissabon-Vertrag, möglicherweise noch durch die Grundrechtecharta, wo ja auch kollektive Verhandlungen garantiert werden, wenn auch natürlich nur in den Grenzen der nationalen Gepflogenheiten, deutlich verstärkt wird. Das ist eine Klausel, die meines Erachtens den EuGH nicht beeindrucken wird, da gibt es eine Stärkung auch durch die Grundrechtecharta in diesem typischen, sich selbst dynamisch verfestigenden Lauf der EuGH-Rechtsprechung. Insoweit kommen wir dahin, dass wir auch gewissermaßen europäische Konvergenz haben im Bereich des Streikrechts. Ich glaube, dazu wird es kommen.

Was *Volker Rieble* sagt, ist in der Tat eine spannende Frage, die Durchsetzungsschwäche dieser kartellrechtlichen Argumente. Wir müssen hier möglicherweise auch wieder nicht nur in der Literatur, sondern auch

durch mutige Richter dafür sorgen, dass die Vorlage zum Kartellsenat überhaupt möglich wird. Das gibt es rein theoretisch. Das Bundesarbeitsgericht hatte ganz großzügig abgewimmelt 1989 so nach dem Motto „wir können das selber als Vorfrage beurteilen“. Ich bin mir nicht sicher, ob das im neuen GWB noch so drin steht mit der Vorlagepflicht, wenn es kartellrechtliche Sachverhalte angeht. Ich habe das nicht im Einzelnen überprüft.

Das wäre in der Tat eine spannende Frage, ob man da einmal den Rechtsprechungskonflikt durch mutige Richter auslösen kann, der dann letzten Endes das Kartellrecht in eine neue Position bringt. Denn es ist meines Erachtens jetzt kompetenziell eher möglich als noch früher. Das ist weiterhin die interessante Frage übrigens, ob man bei Schadensersatzprozessen dann auch einen Arbeitsrichter dahin bringen kann, einen Schadensersatz aufgrund der unmittelbaren Wirkung eines Verstoßes gegen § 1 GWB auszuurteilen. Das würde man allerdings nur durch nachhaltige Schulungen überhaupt hinkriegen. Denn wir werden kaum Richter finden, die sich dieses Sachverhalts überhaupt ernsthaft annehmen. Dann mag es sein, dass über europäische Rechtsprechung oder verfassungsgerichtliche Rechtsprechung so etwas erst mühsam durch die Instanzen hinweg erstritten wird. Jedenfalls glaube ich sagen zu können, dass von dieser Tagung möglicherweise jetzt schon ein Signal ausgeht und ich hoffe, das verstärkt sich im Laufe des Tages. Vielen Dank.

C. Sozialpolitische staatliche Lenkung durch (Markt-) Machteinsatz

Referat Michael Ronellenfitsch*

Rn.

I. Politik und Staat	1
II. Staat und Staatsaufgaben	2
1. Staat als historischer Begriff	2
2. Merkmale der Staatlichkeit im Verfassungsstaat	4
3. Staatszwecke und Staatsaufgaben	5
III. Staatlichkeit der Bundesrepublik	7
1. Werteordnung	7
a) Grundrechte	8
b) Staatsstrukturprinzipien.....	9
2. Wirtschaftsverfassung	10
a) Trennung öffentliches/privates Recht	11
b) Ius politiae und ius supremae inspectionis	12
c) Daseinsvorsorge	13
d) Eigenbetätigung	15
3. Vom Gewährleistungsstaat zum Interventionsstaat	18
IV. Anwendungsfelder.....	20
1. Gleichbehandlungsideologie	20
2. Kartell- und Vergaberecht.....	21
3. Compliance	24

* Professor Dr. *Michael Ronellenfitsch* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungsrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

I. Politik und Staat

- ¹ Das Thema enthält eine Absage an alle Thesen vom Untergang der Staatlichkeit, verknüpft es doch mit Politik und Staat. Die Rede ist nur von staatlicher *Marktmacht*. Staatliche Marktmacht lässt sich indessen nur im Kontext der *generellen Entfaltung der Staatsmacht* darstellen. Das Thema ist daher umfassender anzugehen. Das gilt auch für die Sozialpolitik. Sozialpolitik ist Politik auf einem bestimmten Feld, aber immer noch Politik. Nach *Carl Schmitt* setzt der Begriff des Staates den Begriff des Politischen voraus¹. Der Staat wird vom Politischen her gedacht: Politik ist durch den Gegensatz von Freund und Feind gekennzeichnet². Der Feind muss gegebenenfalls abgewehrt werden. Zum Begriff des Feindes gehört die Möglichkeit des Kampfes. Politik betreibt, wer über den Ernstfall bestimmt. Auf höchster Ebene bedeutet das Souveränität. Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet³. Das ist nun einmal der Staat. Solche Thesen sind nicht nur ein Dorn im Auge der Multi-Kulti-Euphoriker und Globalisierungsneurotiker. Die Affinität *Carl Schmitts* zum Menschenbild *Hobbes*⁴ ist unverkennbar. Nach *Hobbes* war zur Vermeidung des Bürgerkriegs eine absolute Zwangsmacht erforderlich. Dass das bei einer pluralistischen und liberalen Grundeinstellung auf Unbehagen stößt, ist klar. Richtig ist jedoch, dass alle Politik, einschließlich der Sozialpolitik, ihre Wurzel im Begriff des Staates als Garanten der Friedensordnung hat. Der Begriff der Politik setzt den Begriff des Staates voraus und nicht umgekehrt.

II. Staat und Staatsaufgaben

1. Staat als historischer Begriff

- ² Die Argumentation mit dem Begriff des Staates gilt seit *Adam Müller*⁵ als verpönt. In der Tat ist der Staat ein historischer, in einer bestimmten Lage entstandener Begriff. Für den Staatsbegriff im Rechtssinn ist gleichwohl allein ausschlaggebend, dass es Kriterien gibt, die rechtlich das Wesen der Staatlichkeit bestimmen. Der völkerrechtliche Staatsbegriff knüpft an die souveräne Herrschaft an, die sich auf ein umgrenztes Gebiet und auf eine begrenzte Bevölkerung erstreckt⁶. Nach innen definiert sich der Staat durch seine *Zwecke* und die Möglichkeit, sie durchzusetzen. Die Staatszwecke werden durch *Staatsaufgaben* konkretisiert. Staatszwecke und

¹ *Schmitt*, Begriff des Politischen, 1932, S. 20.

² *Schmitt*, Begriff (Fn. 1), S. 26.

³ *Schmitt*, Politische Theologie, 1922, S. 1.

⁴ Vgl. nur *Mehring*, *Carl Schmitt*, 2001, S. 19 ff.

⁵ *Müller*, *Elemente der Staatskunst*, 1922, S. 2.

⁶ *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1913, S. 394 ff.

Staatsaufgaben dienen wiederum als Unterscheidungsmerkmale der Staatstypen. Damit schließt sich der Kreis.

Die politischen Herrschaftsverbände der Antike und des Mittelalters waren keine Staaten im Sinne des modernen Staatsbegriffs. Sie wurden von Personen beherrscht, die die militärischen, gerichtlichen und sonstigen Verwaltungsmittel gleichsam als Privateigentum besaßen⁷. Private und öffentliche Aufgaben und Interessen ließen sich nicht trennen. Die Souveränität, verstanden als die Befugnis, im eigenen Gebiet die Regierungsform zu bestimmen und das Recht selbst zu ordnen und durchzusetzen (innere Souveränität) sowie die Unabhängigkeit von fremder Gewalt (äußere Souveränität) war auf viele Ebenen verteilt. Die Entstehung des frühmodernen Staates in den deutschen Territorien nach dem Dreißigjährigen Krieg erklärt sich nicht zuletzt aus dem Wunsch der Bevölkerung nach Sicherheit und staatlichem Schutz. Immerhin war bei Kriegsende die Bevölkerung seit 1618 um 40 % gesunken⁸. Erst in den konfessionellen Bürgerkriegen bildete sich dann die hierarchische *suprema potestas*, die einheitliche innere und äußere Souveränität als Element der Staatlichkeit, heraus⁹ und galt seither als Wesensmerkmal der Staatlichkeit. Das bedeutete indessen nicht die Gleichsetzung der Staatlichkeit mit jeder beliebigen Gewaltherrschaft. Schon *Jean Bodin* verband die *suprema potestas* mit der *ratio*¹⁰, womit „vernunftgemäße Rechtmäßigkeit“ gemeint war. Das mit der Staatlichkeit untrennbar verbundene *Gewaltmonopol* wird dadurch auf die *rechtmäßige Gewaltausübung* reduziert. Rechtmäßigkeit ist dabei nicht identisch mit „legal“ im Sinne formeller Gesetzmäßigkeit, sondern umfasst die *Legitimität*¹¹. Legitim ist nur der Staat, der möglichst gerecht seine Aufgaben erfüllt. Die Folge ist, dass im modernen Rechtsstaat alle politischen Fragen eine Tendenz haben, sich zu Rechtsfragen zu entwickeln. Maßgeblich wird damit der juristische Staatsbegriff.

2. Merkmale der Staatlichkeit im Verfassungsstaat

Hauptzweck des Verfassungsstaats ist die *Garantie der individuellen Freiheit* und damit zugleich der *Schutz* vor exzessiver Freiheitsausübung anderer. Im Interesse der Freiheit sind mit der Ausübung der Staatsgewalt Freiheitseinschränkungen verbunden. Der Verfassungsstaat geht von der grundrechtlich geschützten Rechtsposition des Einzelnen aus, in die der Staat nur ausnahmsweise beschränkend eingreifen darf. Dabei gilt es,

-
- 7 Ägypten war eine königliche Domäne, Griechenland ein Konglomerat von Städten (polis) ohne zentrale Staatsgewalt. Entsprechendes gilt für das römische Imperium.
 - 8 Vgl. *Vogler*, Absolutistische Herrschaft und ständische Gesellschaft, 1996, S. 15 ff.; *Franz*, Der Dreißigjährige Krieg und das deutsche Volk. Untersuchungen zur Bevölkerungs- und Agrargeschichte, 4. Aufl. 1979.
 - 9 Vgl. *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 11.
 - 10 Les six livres de la République, 1576, Lateinisch 1586 I, S. 1 (Staat = „familiarum rerumque inter ipsas communium summa potestate ac ratione moderata multitudo“).
 - 11 Zur Trennung von „Legalität und Legitimität“ vgl. die gleichnamige Schrift von *Carl Schmitt* aus dem Jahr 1932.

Freiheit und Eingriffsbefugnisse zu verteilen¹². Dem *Verteilungsprinzip* dient das Organisationsprinzip der Gewaltenteilung: Die begrenzte staatliche Macht wird geteilt und in einem System exakt umschriebener Kompetenzen erfasst. Diese bedürfen zu ihrer Akzeptanz der Legitimation. Die staatlichen Zwangsbefugnisse werden legitimiert, wenn sie dem Ausgleich kollidierender individueller Freiheitsrechte dienen¹³ und namentlich, wenn sie den individuellen Freiheitsgebrauch aller erst ermöglichen. Selbst der liberale Rechtsstaat reduziert sich nicht auf die Eingriffsabwehr, sondern gewährleistet auch das faktische Substrat der Freiheitsrechte. Garant der Freiheit kann der Staat im sozialen Rechtsstaat nur sein, wenn er adäquate Infrastruktur und soziale Mindeststandards gewährleistet¹⁴.

3. Staatszwecke und Staatsaufgaben

- 5 Der Verfassungsstaat definiert sich durch seine Zwecke. Zu den Staatszwecken des sozialen Rechtsstaats zählen die sozialstaatliche Daseinsfürsorge und die rechtsstaatliche Daseinsvorsorge, die sich wechselseitig ergänzen¹⁵. Die Staatszwecke werden durch *Staatsaufgaben* konkretisiert. Hierbei wäre es anachronistisch, allein die Aufgaben als Staatsaufgaben einzuordnen, die nur durch hoheitliche Eingriffe erfüllt werden können. Dem modernen Staat obliegen vielmehr auch *Leistungs- und Gewährleistungsaufgaben*.
- 6 Infrastruktureinrichtungen mögen dank privater Initiative entstehen. Zwangsweise durchsetzen können Private solche Einrichtungen nicht. Ein Enteignungsrecht kommt Privaten nicht zu. Sie sind darauf angewiesen, dass der Staat in ihrem Interesse enteignet, wenn sie auf die Mit-

12 Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 126 beschreibt das Verteilungsprinzip wie folgt: „Die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas von dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“

13 Vgl. Isensee, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, Festschrift Sendler, 1991, S. 39.

14 Vgl. insgesamt Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme, 1997; Lackner, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, 2004.

15 Leistungen der Daseinsvorsorge, die für die gesamte Bevölkerung erforderlich sind, werden folgerichtig nicht in Einrichtungen der Sozialhilfe angeboten, sondern den Sozialhilfeempfängern im Wege der Kostenübernahme durch die Sozialhilfeträger kostenlos erbracht; vgl. Rüfner, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 16 Rn. 75.

benutzung fremden Eigentums angewiesen sind¹⁶. Eine Enteignung ist dann aber nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig¹⁷. Wo obendrein Private generell nicht in der Lage sind, eine adäquate Infrastruktur aufzubauen und den Markt zu öffnen, besteht eine entsprechende unmittelbare Verpflichtung oder Einstandspflicht des Staates, ähnlich wie aus sozialstaatlichen Erwägungen sich die staatliche Fürsorge darauf erstreckt, dass auch nicht marktgängige Leistungen erbracht werden¹⁸.

Diese variieren von Staat zu Staat und von Verfassung zu Verfassung.

III. Staatlichkeit der Bundesrepublik

1. Werteordnung

Das Grundgesetz ist nicht nur ein Katalog politischer Zielvorgaben, sondern – anders als der Vertrag von Lissabon – eine Kodifikation und bildet damit ein System, das aus sich selbst heraus ergänzt werden kann (Werteordnung des Grundgesetzes). Auf der Grundlage dieser Werteordnung erfolgt der gebotene Ausgleich zwischen privaten Freiheitspositionen, sonstigen Grundrechten und staatlichen Eingriffsbefugnissen. Zu beachten ist dabei immer das aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) folgende Willkürverbot, das eine Einschränkung verbietet, die unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar ist. Die Ausgestaltung der Werteordnung ist eine Aufgabe der Politik, deren Gestaltungshoheit bei den Fundamentalnormen der Art. 79 Abs. 2 und 3 GG endet. Diese Normen haben Vorrang vor EU-Recht, beschränken sich allerdings auf die Grundprinzipien der Art. 1 und 20 GG. Während das bei Art. 1 GG unstreitig ist, wird Art. 20 GG zumeist nicht gesehen.

a) Grundrechte

Die Grundrechte sind von der Menschenwürde abgeleitet, auf die sie sich, ausgehend von der allgemeinen Handlungsfreiheit, auf einer gleitenden Skala zubewegen. Je näher sie der Menschenwürde kommen, desto weniger sind Einschränkungen möglich.

16 Vgl. § 12 EnWG. Zur privatnützigen Enteignung aus Daseinsvorsorgegründen BVerfG 18.2. 1999 – 1 BvR 1367/88, 146 und 147/91, NJW 1999, 2659.

17 Vgl. *Schack*, Enteignung „nur zum Wohl der Allgemeinheit“, BB 1961, 74 ff. (75 f.); *Bullinger*, Die Enteignung zugunsten Privater, Der Staat 1962, 449 ff.; *Frenzel*, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, 1978, S. 75 f.

18 BVerwG 1.12. 1998 – 5 C 29/97, BVerwGE 108, 56, 63.

b) Staatsstrukturprinzipien

- 9 Zu den Staatsstrukturprinzipien zählen auch die soziale Abfederung des Rechtsstaats und die soziale Verpflichtung des Bundesstaats. Dies lässt Rückschlüsse auf die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes zu, ohne dass die alten Thesen *Nipperdeys* wiederbelebt werden sollten. Der Streit um die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes gilt zwar als überholt, weil das Bundesverfassungsgericht schon zu Beginn der 1950er Jahre (im Investitionshilfe-Urteil)¹⁹ die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes betonte und seitdem an dieser Formel festhielt. Die Systemveränderer wurden aber durch den (im Mitbestimmungs-Urteil vom 1.3. 1979²⁰ wiederholten) Zusatz gebremst, dem Gesetzgeber komme eine weitgehende wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit zu, „sofern er dabei das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte beachtet“. Das verstehe ich zumindest als Hinweis auf Art. 79 Abs. 2 und 3 GG. Im Übrigen kommt es auf die Ausgestaltung der Wirtschaftsverfassung als System an.

2. Wirtschaftsverfassung

- 10 Unter dieser Prämisse beeinflusst der Staat die Wirtschaft auf vielfältige Weise. Sein Aktionsradius reicht von Ordnungs- und Aufsichts befugnissen über die Lenkung und Steuerung der wirtschaftlichen Prozesse bis hin zur Teilnahme am Wirtschaftsleben. Daraus könnte man auf den Wegfall der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft schließen. Genau umgekehrt verhält es sich: Die Verschränkungen machen es erforderlich, die Unterschiede deutlicher herauszuarbeiten. Um sich zu finanzieren, musste der Staat die Mittel bei der Wirtschaft abschöpfen oder selbst wirtschaften. Beide Wege schließen sich nicht aus und wurden immer schon beschritten. Der Staat spaltete sich in zwei Personen auf, den Hoheitsträger und den Fiskus. Die Zweiteilung wurde vorgenommen, um wenigsten den Fiskus justiziablen rechtlichen Bindungen zu unterwerfen. Später kam es mit der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht zu einem Paradigmenwechsel. Der Staat als Hoheitsträger unterlag den strengeren öffentlich-rechtlichen Bindungen. Die öffentliche Verwaltung erfolgt seither nach den Regeln des Verwaltungsrechts.

a) Trennung öffentliches/privates Recht

- 11 Auszugehen ist zunächst von der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Die Trennung der Rechtsgebiete ist nicht apriorisch vor-

19 BVerfG 20.7. 1954 – 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54, BVerfGE 4, 7, 17.

20 BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 338.

gegeben. Sie war im germanischen Rechtskreis nicht üblich und ist heute noch dem anglo-amerikanischen Recht fremd. Sie setzt eine Überhöhung der Staatsgewalt voraus, die im Verhältnis der Bürger untereinander inakzeptabel wäre. Wer hoch steigt, kann auch tief fallen. Nach dem Zweiten Weltkrieg diente die Trennung vorwiegend dazu, ein gerichtliches Gegengewicht gegen die Staatsgewalt zu schaffen und die Privatautonomie gewissermaßen „sauber“ zu halten. Der Staat entzog sich durch die Flucht ins Privatrecht, in das er noch zu Zeiten des aufgeklärten Absolutismus gezwungen war. Dass der Staat zur sozialpolitischen Lenkung gezwungen ist, habe ich schon ausgeführt. In einheitlichen Rechtsordnungen geschieht dies durch Regulierung. Bei uns sollte das durch eine reinliche Trennung der Hoheitsfunktionen und sonstiger Staatsaufgaben geschehen. Leider ist in den vergangenen Jahrzehnten alles durcheinandergeraten. Grob vereinfacht geht es um Folgendes: Beim öffentlich-rechtlichen Bereich stehen die *öffentlichen (staatlichen) Interessen* im Vordergrund, das Privatrecht hat die *privaten Sonderinteressen* zum Gegenstand. Diese Unterscheidung ist für eine freiheitliche Rechtsordnung konstitutiv. Privatheit bedeutet *Privatautonomie* und grundsätzlich Freiheit vor staatlichem Zwang. Auch eine Grundrechtsbindung ist im Verhältnis Privater untereinander grundsätzlich ausgeschlossen. Die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht werden aber dadurch verwischt, dass der Staat seine Aufgaben (also im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben) auf Private überträgt (*materielle Privatisierung*) oder die Aufgaben weiterhin selbst, jedoch in der Form des Privatrechts erfüllt (*formelle Privatisierung*). Dadurch wird die Reichweite des spezifischen öffentlichen Rechts zurückgedrängt. Gleichzeitig erleidet das Privatrecht einen Qualitäts- und Bedeutungswandel, weil nunmehr das öffentliche Interesse in der Form von *Regulierungen* in das Privatrecht einfließt. Diskriminierungsverbote im Wirtschaftsleben laufen zum Beispiel auf die unmittelbare Geltung von Art. 3 GG hinaus. Die Interessentheorie führt dazu, dass öffentliche Interessen grundsätzlich unter öffentlich-rechtlichen Bindungen zu verfolgen sind.

b) Ius polittiae und ius supremae inspectionis

Ausgangspunkt des öffentlichen Rechts ist der Polizeibegriff. Die Entwicklung des allumfassenden Polizeibegriffs, genauer des *ius polittiae*, das die Herstellung des Landfriedens und die Entstehung der Staatlichkeit ermöglichte, auf alle Lebensbereiche ausgedehnt, seit dem 17. Jahrhunderts wieder verengt und in der Kreuzberg-Entscheidung des Preußischen OVG von 1882 auf die Gefahrenabwehr zurückgeführt, dann wieder auf die Vorsorge ausgeweitet wurde, dürfte allgemein bekannt sein. Schon eher aus dem Bewusstsein geraten ist, dass man die Polizeigewalt reduzierte, indem man den alten Grundsatz aufhob, mit der Zuweisung einer Aufgabe sei auch die Befugnis erteilt, die Aufgabe zu erfüllen. Völlig

in Vergessenheit geraten ist offenbar das mit dem *ius politiae* verbundene *ius supremae inspectionis*, das Oberaufsichtsrecht. Aus diesem leitete man noch im Kaiserreich ein umfassendes staatliches Beobachtungsrecht ab: „Der Staat habe die Augen auf alles, nicht die Hände in allem“, hieß es immer noch. Die Oberaufsicht zerfiel allmählich in einzelne Bereiche von der Schul- und Kommunalaufsicht bis zur Bau- und Gewerbeaufsicht. Zu erwähnen ist insbesondere die „Fabrikinspektion“ (§ 24 RGewO), die arbeitsrechtliche Züge aufwies. Diese Zuweisung hatte schon immer eine freiheitseinschränkende Stoßrichtung. In diese Richtung zielte auch die staatliche Vereinnahmung der Selbstregulierungsinstitutionen der Wirtschaft wie der Dampfkesselvereine (TÜV). Aber immer noch beschränkte sich der Staat auf seine Kontrollfunktion.

c) Daseinsvorsorge

- 13 Zu den Staatszwecken des sozialen Rechtsstaats zählen die sozialstaatliche Daseinsfürsorge und die rechtsstaatliche Daseinsvorsorge, die sich wechselseitig ergänzen²¹.
- 14 Das Verständnis der Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff stößt immer noch auf Widerstand. Dabei kann niemand übersehen, dass sich aus der gesetzlichen Einstufung einer Aufgabe als Daseinsvorsorgeaufgabe Rechtsfolgen – von öffentlich-rechtlichen Strukturen und Grundrechtsbindungen bei der Leistungserbringung bis hin zur Anwendbarkeit des Vergaberechts – ergeben. Daseinsvorsorge ist schon deshalb ein Rechtsbegriff, weil der Ausdruck in die Gesetzessprache eingegangen ist und in zahllosen Gerichtsentscheidungen rechtliche Relevanz erlangte. Die Daseinsvorsorge ist essenzielle staatliche Aufgabe. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Staat diese Aufgabe *selbst* erfüllen müsste. Ein Gutteil der Daseins-sicherung kann ebenso (oder besser) durch Private erfolgen. Der Staat muss hier lediglich durch Intervention oder auf sonstige Weise gewährleisten, dass die Daseinssicherung erfolgt. Von *wem* die Leistung erbracht wird, spielt keine Rolle. Auch das *Wie*, das heißt, in welcher Rechtsform die Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrgenommen werden, ist nachrangig. Wie Daseinsvorsorge im Wettbewerb möglich ist, kommt eine Daseinsvorsorge auch durch Wettbewerb in Betracht. Auch im Wettbewerb darf der Staat die Leistungsaufgaben der Daseinsvorsorge nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Bedient sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben oder zur eigenen Betätigung der Formen und Regelungen

21 Leistungen der Daseinsvorsorge, die für die gesamte Bevölkerung erforderlich sind, werden folgerichtig nicht in Einrichtungen der Sozialhilfe angeboten, sondern den Sozialhilfeempfängern im Wege der Kostenübernahme durch die Sozialhilfeträger kostenlos erbracht; vgl. *Rüfner*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger* (Fn. 15), § 16 Rn. 75.

des Privatrechts, bleibt er an das *Gemeinwohl* gebunden. Daseinsvorsorge bedeutet, dass selbst beim Handeln in Privatrechtsform *öffentlich-rechtliche Grundsätze* gelten. Die Gemeinwohlbindung geht den privaten Interessen vor. Es kommt zulasten der Privatautonomie zu einer *Entprivatisierung des Privatrechts*. Die Grundrechte gelten unmittelbar. Ein Streikrecht besteht grundsätzlich nicht.

d) Eigenbetätigung

Die öffentliche Eigenwirtschaft stellt den historischen Normalfall dar. Die Wurzeln öffentlicher Erwerbswirtschaft reichen bis in die Antike zurück²². Die öffentliche Wirtschaft heutigen Typs begann mit der Entwicklung des modernen souveränen Staats, zu dessen Entstehungsbedingungen die Finanzierung stehender Heere zählte. Sie erfolgte schwerpunktmäßig über fiskalisch nutzbare Regalien und Monopole. Bis Ende des 18. Jahrhunderts spielten die Staatseinnahmen aus Erwerbsbetrieben eine große Rolle. Gegenströmungen in der liberalistischen Epoche führten zu einer Reduzierung der wirtschaftlichen Staatsbetätigung. Seit den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts begann der Staat als Reaktion auf die Industrialisierung wieder, nunmehr aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen, zu intervenieren. Mit der Industrialisierung nahm auch die heutige wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ihren Ursprung, die Mitte des 19. Jahrhunderts begann. Zwischen 1871 und 1914 entwickelte sich Deutschland vom Agrarstaat mit industrieller Basis zum Industriestaat²³. Parallel dazu verlief die *Urbanisierung*.

1871 hatten 74 % der Bevölkerung in Landgemeinden und Landstädten mit weniger als 2.000 Einwohnern gelebt. 1910 waren es noch 40 %. Der Bevölkerungsanteil der in Großstädten mit mehr als 100.000 Lebenden wuchs in diesem Zeitraum von 5 auf 20 %. Die technische, wirtschaftliche und soziale Entwicklung stellte die Gemeinden vor neue Aufgaben. Gerade im lokalen Bereich erforderten die industriellen Produktionsverfahren eine adäquate Infrastruktur, die sich nicht nur auf Kommunikation und Transport beschränkte, sondern die Stadt als Wohngebiet der Industriearbeiterschaft erschloss²⁴. Unter der Prämisse, dass den Bürgern durch die Ausweitung der kommunalen Aufgabenfelder kein finanzieller Nachteil erwachsen dürfe und die Gemeindewirtschaft sich selbst tragen müsse (*Überschussfinanzierung* statt Finanzierung aus Steuermitteln) wurde die

22 Vgl. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Sozialökonomie, Bd. III, 1921, S. 743.

23 Ambrosius, Der Staat als Unternehmer, 1984, S. 12.

24 Ambrosius (Fn. 23), S. 38.

Infrastruktur im Wege der kommunalen Wirtschaftstätigkeit sukzessiv aufgebaut²⁵.

- 17 Bei der unmittelbaren Teilnahme der öffentlichen Hand sind Bedarfsdeckungs- und Vermögensverwertungsgeschäfte (fiskalische Hilfs-geschäfte) von der öffentlichen Eigenwirtschaft zu unterscheiden. Das Instrument, mit dem die öffentliche Hand Eigenwirtschaft betreibt, ist das öffentliche Unternehmen. Öffentliche Unternehmen finden sich auf staatlicher und kommunaler Ebene. Sie liegen häufig im Wettbewerb mit privaten Unternehmen und sind, wie *Bennigsen-Foerder* es ausdrückte²⁶, ein „grundsätzlich merkwürdiges Phänomen einer Marktwirtschaft“.

3. Vom Gewährleistungsstaat zum Interventionsstaat

- 18 „Interventionsstaat“ ist weniger ein juristischer, als ein wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Begriff. In rechtlicher Hinsicht ist lediglich zu bemerken, dass der westliche Verfassungsstaat eine lange Entwicklung vom Feudalstaat zum modernen sozialen Rechtsstaat hinter sich hat, in deren Verlauf staatliche Interventionen vor allem in die Wirtschaft und Gesellschaft gegenständlich und geografisch in unterschiedlichem Ausmaß immer vorkamen und zunahmen. Der Höhepunkt dieser Entwicklung war im 20. Jahrhundert erreicht, als der Staat umfassend auch für die Marktl- lenkung und Marktkorrektur in die Verantwortung genommen wurde. Es entstand der soziale Interventionsstaat, dem nicht nur die Letztverant- wortung für alle möglichen sozialen und ökonomischen Wohlfahrts- belange zugewiesen wurde, sondern bei dem auch die Entscheidungs- und Organisationsverantwortung für soziale Sicherung und wirtschaftliche Steuerung konzentriert waren. Beim klassischen Interventionsstaat wirken drei Ebenen zusammen:

- Der Staat regelt die Markt- und Produktionsprozesse selbst.
- Der Staat stellt die personellen und sächlichen Ressourcen selbst. Er schafft dabei die infrastrukturellen Voraussetzungen und erbringt die grundlegenden Dienstleistungen.

25 Vgl. *Hettlage*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, 1935; *Köttgen*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Festschrift zum hundert- jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, S. 577 ff.; *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft, 1965, S. 11 ff.; *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1967; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 63 ff.; *Pagenkopf*, Kommunalrecht Bd. 2, S. 145 ff.

26 *von Bennigsen-Foerder*, Beteiligung der öffentlichen Hand im Wettbewerb der Unternehmen, in: *FIW* (Hrsg.), Grenzen der Staatstätigkeit in der Marktwirt- schaft, 1980, S. 39 ff.

- Der Staat korrigiert die Marktergebnisse durch Umverteilung des Einkommens, durch makroökonomische Politik sowie durch mikroökonomische Formen der Risikoübernahme.

Auf der Grundlage derartiger Tendenzen schlitterten die westlichen Industriestaaten in die Weltwirtschaftskrise 1974/1975, die neoliberalen Gegenbewegungen Auftrieb verschaffte. Die Schlagworte „Reaganomics“, „Thatcherismus“ und „Wende 1982“ stehen für eine Epoche, in der der Interventionsstaat der *Brandt-Ära* zum Gewährleistungsstaat mutierte. Der Interventionsstaat galt als *überwundene historische Kategorie*. Es begann die Zeit der groß angelegten Privatisierungen. Auch in der Rechtswissenschaft hatte der schlanke Gewährleistungsstaat seine Hochkonjunktur. Gefördert wurde diese Entwicklung durch die wettbewerblich-marktwirtschaftliche Ausrichtung der Europäischen Gemeinschaft²⁷. Die gegenwärtige weltweite Finanzkrise hat zu einem Umdenken auf allen Ebenen geführt. Der Interventionsstaat ist wieder gefragt. Inwieweit das die gegenläufigen Bestrebungen zum Abbau von staatlichen Interventionen überwindet, ist noch völlig offen. Für den Augenblick kommt es darauf an, den nötigen Freiraum für eine eigenständige Wirtschaftspolitik zu schaffen. Im Interventionsstaat muss die Möglichkeit der öffentlichen Hand bestehen, auch die *Wahrnehmung* von Leistungen der Daseinsvorsorge an sich zu ziehen.

IV. Anwendungsfelder

1. Gleichbehandlungsideologie

Das Verhältnis von Arbeitsrecht und Verfassungsrecht kann hier nicht im Detail behandelt werden. Generell gewinnt man den Eindruck als verstünden sich die Arbeitsrechtler als „*bras armés*“ des Verfassungsrechts. Selbstverständlich ist das Grundgesetz Bezugspunkt und Maßstab, auch des Arbeitsrechts. Gleichwohl ist das Arbeitsrecht dem privaten Recht, nicht dem öffentlichen Recht, zuzuordnen, das heißt, in privaten Arbeitsverhältnissen gelten die Grundrechte nicht. Generell herrscht Privatautonomie. Die bis in die 1980er Jahre vertretene unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht wird heute auch nicht mehr vertreten. Die im Urteil des BAG vom 20.12. 1998²⁸ propagierte mittelbare Grundrechtswirkung über § 315 BGB läuft im Ergebnis doch auf eine unmittelbare Drittwirkung hinaus. Das ist schon im Ansatz verfehlt. Richtig ist,

²⁷ Andresen, Die Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Abbau versorgungspolitisch motivierter Markinterventionen – ein Beitrag zum nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Liberalisierungsdruck und zu seiner Durchsetzung im Bereich der existenziellen Grundversorgung, 2005.

²⁸ BAG 20.12. 1998 – 2 AZR 436/81, BAGE 47, 363.

dass die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat darstellen, sondern auch Ansprüche durch den Staat enthalten. Diese Ansprüche setzen eine normative Anspruchsgrundlage voraus. Sie erfordern mit anderen Worten eine gesetzliche Regelung, ergeben sich aber nicht direkt aus dem Grundgesetz. Ein individueller Anspruch auf eine bestimmte gesetzliche Regelung besteht grundsätzlich nicht. Mittelbare Drittwirkung kann nur bedeuten, dass im Verhältnis von Privaten untereinander Grundrechte der Vermittlung durch den Gesetzgeber bedürfen. Dieser hat die Reichweite des jeweiligen Grundrechts zu bestimmen. Eine Vermittlung durch eine nur an § 315 BGB und die praktische Konkordanz gebundene Rechtsprechung bedeutet in Wirklichkeit eine unmittelbare Geltung der Grundrechte, die sich dann gegenseitig aufheben. Das bedeutet nicht, dass Arbeitgeber oder Arbeitnehmer wechselseitig Grundrechte der Vertragspartner verletzen dürfen. Das gilt aber nicht nur im Arbeitsverhältnis. Die Rechtsprechung wendet demgegenüber Art. 1 und 2 GG bei Einstellungen an und hält beispielsweise psychologische Eignungstests für einen Eingriff in die Privatsphäre. Ähnliches gilt für Fragen nach Religions-, Gewerkschafts-, Parteizugehörigkeit, Krankheiten, Schwangerschaft und Vorstrafen. Unstreitig kann der einfache Gesetzgeber solche Fragen verbieten oder besser noch falsche Antworten für sanktionslos erklären. Er muss dies dann aber auch tun. Unmittelbar aus dem Grundgesetz folgen Verbote für solche Fragestellungen nicht. Die Auswüchse des verfehlten Ansatzes zeigen sich etwa im Kopftuch-Urteil des BAG vom 10.10. 2003²⁹. Größere Bedeutung hat freilich der Gleichheitsgrundsatz, dessen Beachtung durch den Gesetzgeber uns von der Europäischen Gemeinschaft vorgegeben ist³⁰. Wie dem auch sei. Hier finden sich die erforderlichen gesetzlichen Regelungen³¹. Fraglich ist, ob diese Regelungen

29 BAG 10.10. 2003 – 2 AZR 472/01, NJW 2003, 1685.

30 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Amtsblatt EG 2000 L 180/22); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Amtsblatt EG 2000 L 301/16); Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9. 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Amtsblatt EG 2002 L 269/15); Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Amtsblatt EG 2004 L 373/37).

31 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8. 2006, BGBl. I 2006, S. 1897.

verfassungskonform sind. So soll durch die Gleichbehandlungsrichtlinie³² eine Altersdiskriminierung ausgeschlossen werden, auch wenn dadurch lediglich die Eingliederung Jugendlicher in das Arbeitsleben bezweckt wird³³. Ob das mit dem sozialen Gestaltungsauftrag im Lichte des Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 20 GG vereinbar ist, erscheint fraglich. Das Bundesverwaltungsgericht hält Altersgrenzen für die Einstellung und Übernahme in eine Beamtenlaufbahn für verfassungskonform, fordert aber zutreffend eine gesetzliche Grundlage³⁴.

2. Kartell- und Vergaberecht

Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, unterliegen nach § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB der Kartellaufsicht, sofern keine Bereichsausnahme vorliegt. Unter den funktionellen Unternehmensbegriff fällt jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr. Erfasst werden auch der Staat selbst sowie alle seine Betriebe ohne Rücksicht auf die Rechtsform³⁵. Auf Gemeinschaftsrecht nimmt § 22 GWB n.F. Bezug. Dem gesetzlichen Schutzzweck entsprechend richtet sich die Kartellaufsicht gegen die Kartellbildung und gegen den Machtmissbrauch marktbeherrschender Unternehmen. Ob ein Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB marktbeherrschend ist und das Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 und 2 GWB zu beachten hat, bedarf sorgfältiger Analyse. Schon unter der Geltung von § 22 GWB a.F. ließ sich kaum nachweisen, dass öffentliche Unternehmen stets marktbeherrschend seien. Erst recht genügt heutzutage der Hinweis auf die Finanzkraft des Staates nicht, um die marktbeherrschende Stellung darzutun, da es auf die haushaltsmäßige Verfügbarkeit der Finanzmittel ankommt. Maßgeblich sind bei staatlichen Unternehmen letztlich immer noch die Marktanteile. Es gilt das Marktmachtkonzept, wonach die Prüfung der Marktbeherrschung in zwei Schritten erfolgt. Zunächst ist der relevante Markt abzugrenzen, sodann gilt es, den Monopolgrad auf diesem Markt zu messen. Fälle reiner Größenmacht werden grundsätzlich nicht erfasst. „Machtmissbrauch“ ist zudem ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die öffentliche Zwecksetzung kann daher begrenzt in die Interpretation einfließen. Arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten können dadurch nicht ausgehebelt werden.

Zu Verfälschungen des Wettbewerbs kann es auch kommen, wenn öffentliche Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung dadurch

32 Richtlinie 2000/78/EG (Fn. 30).

33 EuGH 18.8. 2009 – Rs. C-88/08, NZA 2009, 891 (Hütter).

34 BVerwG 19.2. 2009 – 2 C 18/07, BVerwGE 133, 143.

35 BGH Kartellsenat 26.10. 1961 – KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 103; BGH GSZ 22.3. 1976 – GSZ 1/75, 66, 229, 237; BGH GSZ 22.3. 1976 – GSZ 2/75, 67, 81, 84; BGH GmS-OGB 29.10. 1987 – Gms-OGB 1/86, 102, 280, 286 f.

missbrauchen, dass sie privaten Konkurrenten aus sozialpolitischen Gründen den Marktzugang verwehren. Diese Möglichkeit ist Unternehmen eröffnet, die über sogenannte „wesentliche Einrichtungen“ oder „*essential facilities*“ bestimmen. Die im US-amerikanischen Kartellrecht für Infrastrukturen, Netze und knappe Ressourcen, deren Nutzung für die Aufnahme oder Aufrechterhaltung von Wettbewerb unentbehrlich ist und die durch potenzielle Wettbewerber nicht vermehrbar sind, entwickelte *essential facility*-Doktrin³⁶ ist im Gemeinschaftsrecht rezipiert worden. Nach Art. 102 Satz 1 AEUV (entspricht Art. 82 Satz 1 EG) ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. In Art. 102 Satz 2 AEUV (entspricht Art. 82 Satz 2 EG) folgt eine nicht abschließende Aufzählung möglicher missbräuchlicher Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen. In drei Fällen der Verweigerung des Zugangs oder der diskriminierenden Zulassung zu Hafenanlagen rügte die Kommission solche missbräuchlichen Verhaltensweisen³⁷. In ihrer Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich erläuterte sie die Anwendung dieser Doktrin näher³⁸. Die Entscheidungspraxis wurde durch das Magill-Urteil des EuGH vom 6.4. 1995³⁹ bestätigt. Freilich bestehen Besonderheiten für den Bereich der Daseinsvorsorge. Ist dem Inhaber einer „wesentlichen Einrichtung“ eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse übertragen worden, so kann eine Verweigerung der Zugangsgewährung aufgrund Art. 106 Abs. 2 AEUV (ehemaliger Art. 86 Abs. 2 EG) in Betracht kommen. Diese Vorschrift befreit von der Anwendung der Wettbewerbsregeln, soweit deren Beachtung die Erfüllung der besonderen Aufgaben rechtlich und tatsächlich verhindert, mit denen Unternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut worden sind. Die Zugangsverweigerung und die damit einhergehende Wettbewerbsbeeinträchtigung sind dann erlaubt, wenn dem Unternehmen die Erfüllung seiner besonderen Aufgaben unter wirtschaftlich tragbaren Be-

36 Vgl. *Esser-Wellié*, Das Verfassungs- und Wirtschaftsrecht der Breitbandkommunikation in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1995, S. 145 ff.

37 Hierzu *Ronellenfitsch*, Der Netzzugang fremder Verkehrsträger zu eisenbahnrechtlich gewidmeten Hafenanlagen, in: *Ronellenfitsch/Schweinsberg* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts VI, 2001, S. 29 ff.

38 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze vom 22.8. 1998, Amtsblatt EG 1998 C 265/2.

39 EuGH 6.4. 1995 – Rs. C-241 und C-242/91, Slg 1995, I-743 (Magill).

dingungen ermöglicht werden soll⁴⁰. Erst recht kann es wettbewerbsrechtlich nicht missbräuchlich sein, wenn der Inhaber einer wesentlichen Einrichtung sich auf spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Zugangsregelungen berufen kann. Nach nationalem Wettbewerbsrecht gilt nichts anderes. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB knüpft zwar ebenfalls an die *essential facility*-Doktrin an, lässt aber eine Hintertür offen. Die Formulierung „aus sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist“ ist nötig, um Konkurrenzprobleme zu bewältigen. Für manche Netzindustrien – wie Schienenverkehr – und auch für andere Infrastruktureinrichtungen gibt es zumeist jedoch spezielle Regelungen, die entweder mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB alternativ konkurrieren oder ihr sogar vorgehen⁴¹. Die Existenz solcher Spezialregeln schließt die Anwendung des allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Zulassungsanspruchs nicht *a limine* aus. Jedoch sind Zulassungsansprüche, die aus spezialgesetzlichen Gründen nicht bestehen, grundsätzlich auch kartellrechtlich zumindest insoweit nicht begründet, als sich aus dem Spezialgesetz eine sachliche Rechtfertigung der Zulassungsbeschränkung ergibt⁴². § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB kann mittelbar auch zur Erfüllung der Daseinsvorsorgeaufgabe dienen⁴³. Ob darüber hinausgehend die Vorschrift als Einfallstor für die Wahrnehmung sozialpolitischer Vorstellungen dienen kann, erscheint jedoch fraglich. Ein genereller Vorrang des Kartellrechts vor dem Arbeitsrecht lässt sich jedenfalls nicht behaupten.

Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge ist – systemwidrig, aber gemeinschaftsrechtskonform – als besondere Materie des Wettbewerbsrechts ausgestaltet. § 97 Abs. 1 GWB verpflichtet öffentliche Auftraggeber, Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen. Mit dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers erfasst § 98 GWB alle öffentlichen Stellen oder der öffentlichen Hand zurechenbare Unternehmen, soweit sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen. Durch Bundes- oder Landesgesetz können über das Vergaberecht hinauszielende weitergehende Anforderungen gestellt werden (§ 97 Abs. 4 GWB). Dies ist ein weiteres Einfallstor für allgemeinerwirtschaftliche und sozialpolitische Ziele, wie sie in § 97 Abs. 3 GWB angedeutet sind. Streitig ist gleichwohl, ob etwa Tariftreue-Verpflichtungen und ähnliche „vergabefremde“ Kriterien, mit der wettbewerblichen Aus-

40 Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2007, Art. 86 Abs. 2 EGV Rn. 75.

41 Vgl. Ronellenfitsch, Aufgabenbereiche des Eisenbahn-Bundesamtes und der Kartellbehörden, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts VIII, 2003, S. 1 ff.

42 Vgl. Bechtold, Kartellgesetz: GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rn. 90 ff.

43 Vgl. LG Dortmund 12.7. 2000 – 13 O 104/00, ZNER 2000, 153.

richtung des Vergaberechts vereinbar sind⁴⁴. Mit haushaltspolitischen Erwägungen kann dies nicht erstritten werden.

3. Compliance

- ²⁴ Compliance kommt aus dem Englischen und meint schlicht zunächst die „Befolgung“. Befolgt werden externe Rechtsvorschriften, Richtlinien, betriebsinterne Verhaltensanweisungen und dergleichen. Auf gut deutsch könnte man „Gehorsam“ sagen. Gehorsam ist aber mit dem negativen Beigeschmack des bedingungslosen, unreflektierten „blinden“ Gehorsams behaftet. Die historische Erfahrung zeigt, dass ein Staat auf Dauer nicht mit gehorsamen Untertanen rechnen kann, wenn er sich nur auf Gewalt stützt. Die Staatsgewalt ist nur durchsetzbar, wenn sie akzeptiert wird. Ähnlich ist es in Betrieben. Compliance beruht auf Überzeugung. Besser ist daher die Bezeichnung „Regeltreue“. Der Ausdruck ist aber ebenfalls zu statisch. In der Betriebswirtschaft wird mit Compliance nicht nur die Bereitschaft der Unternehmen bezeichnet, gesetzliche Vorgaben und freiwillig eingegangene Verpflichtungen einzuhalten, sondern auch die organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, um diese Bereitschaft sicherzustellen. Auf diese Weise wird Compliance zu einem arbeitsrechtlich relevanten *Organisationssystem*.
- ²⁵ Vorstandsmitglieder einer AG sind gesetzlich verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG), Geschäftsführer einer GmbH haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmann (§ 43 Abs. 1 GmbHG) anzuwenden. Das Management muss für die Einhaltung der von dem Unternehmen zu beachtenden Rechts- und Verhaltensnormen selbst sorgen. Zusätzlich umfasst die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung auch die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns aller Mitarbeiter. Diese Kontrollpflicht ist sowohl horizontal innerhalb der Unternehmensleitung, als auch vertikal gegenüber den untergeordneten Hierarchieebenen ausgerichtet. Dementsprechend besteht eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance-Systems, für das es aber keine gesetzlichen Vorgaben gibt. Abgemildert wird dieser strenge Haftungsmaßstab durch die *Business Judgement Rule* in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Komplementär bestehen Kontrollpflichten des Aufsichtsrats, der die Wirksamkeit und Angemessenheit des Compliance-Systems zu überwachen hat (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG n.F.). Dieses Überwachungsrecht kann nur im Rahmen des arbeitsrechtlich Zulässigen ausgeübt werden. Der überwundenen Ansicht im Polizeirecht, aus der Aufgabe folge die Befugnis zur Aufgabenerfüllung, entspricht im Zivilrecht die

⁴⁴ Vgl. BGH 18.1. 2000 – KVR 23/98, JZ 2000, 514; BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, DVBl. 2007, 61 ff.

Auffassung, staatliche Verpflichtungen Privater begründeten auch die Berechtigung zur Durchsetzung der Verpflichtung gegenüber anderen Privaten. These: Wer zur Mitwirkung an der Korruptionsbekämpfung verpflichtet ist, dürfe auch die Telefongespräche seiner Beschäftigten abhören. Wem die Compliance die organisatorischen Vorkehrungen auferlegt, die Beschäftigten zur Rechtstreue zu zwingen, sei automatisch berechtigt, zu diesem Zweck, etwa Leibesvisitationen bei seinen Beschäftigten durchzuführen. Das ist schlicht verfehlt. Zur Compliance zählt auch die Beachtung des Arbeitsrechts.

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

Referat Volker Rieble*

Rn.

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

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

I. Befund

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Subunternehmerauswahl: „Saubere waschen mit Tarif“

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

10



11

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

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

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

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

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

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

3. Auswahl der Arbeitszeitunternehmen

Arbeitnehmerüberlassung ist für Stammbesellschaften durchaus bedrohlich. Werden die Leiharbeiter schlechter entlohnt, als die Stammbesellschaft, macht das den Zeitarbeitseinsatz noch attraktiver, als er wegen der Flexibilität (kein Kündigungsschutz, freies Belieben im Abruf und der Rückgabe von Arbeitnehmern) ohnehin schon ist. Dementsprechend fordern die Gewerkschaften der Stammarbeiter mit der Parole „Gleiches Geld für gleiche Arbeit“ in erster Linie keine besseren Arbeitsbedingungen im Interesse der Leiharbeiter, sondern Mindestpreise für Arbeitsmarktkonkurrenten ihrer Stammbesellschaften⁷.

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

6 metallzeitung 4/2008, S. 14, abzurufen unter: www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/SID-oA456501-EEAAB776/internet/metall_2008_04_0032073.pdf. (abgerufen am 30.3. 2010).

7 Vgl. Wetzel, editorial, metallzeitung 4/2008, S. 3 nebst Kampagneaufruf S. 11, abzurufen unter: www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/SID-oA456501-EEAAB776/internet/metall_2008_04_0032073.pdf. (abgerufen am 30.3. 2010)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 ArbG Frankfurt am Main 25.6. 2008, juris.

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Fremdvergabeverbote

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

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

5. „Privative“ Tariftreue als Modell?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Arbeitsrechtliche Sicht

1. Versagung arbeitsrechtsspezifischer Kollektivregelungsbefugnis

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

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

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

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

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

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

2. Differenzierung nach Verbandszugehörigkeit im Konflikt mit der Koalitionsfreiheit

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

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

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

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

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

III. Kartellrechtliche Grenzen

1. Boykott als unzulässiges Instrument?

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

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

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

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

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

2. Wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung durch marktmächtige Nachfrager

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Fazit

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

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

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

Diskussion der Referate Ronellenfitsch und Rieble

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 64 Vielen Dank, lieber *Volker Rieble*, Du hast dich hier wieder auch als Vor-denker in unerforschten Sachverhalten betätigt – das darf man so sagen –, die nicht so richtig allgemein bekannt sind, das heißt, da gibt es auch einen Dank abzustatten für die Recherchelast, die hier erfüllt worden ist. Dabei haben wir damit sicher noch nicht die Intensität dieser Gewerkschaftsaktivitäten hinreichend erfasst. Bitte stellen Sie jetzt Ihre Fragen.

Ludger Hinsen, Hauptgeschäftsführer Bundesverband Zeitarbeit, Berlin:

- 65 Eine Information und eine Frage in dem Zusammenhang. Die Information: Sie haben eben dieses Verfahren vor dem Frankfurter Landgericht und Ihre Verwunderung zum Ausdruck gebracht, dass das dann verwiesen worden ist. Ich ahne, welches Verfahren Sie meinen. Da ging es aber nicht um einen Streit zwischen den drei Arbeitgeberverbänden. Wenn Sie die Klage des AMP meinen, der hat nicht die beiden anderen Arbeitgeberverbände verklagt und deswegen war die Entscheidung des Gerichts doch nicht ganz falsch. Die Frage ist: Wie würden Sie denn folgenden Sachverhalt beurteilen? Wenn jetzt einmal als Beispiel – Sie haben Daimler erwähnt – Gesamtmetall mit IG Metall einen Tarifvertrag abschließt, der genau diese Dinge regelt, aber jetzt nicht sagt, wir wollen unseren eigenen Tarifvertrag irgendwie durchsetzen, sondern – was ja in der Arbeitnehmerüberlassung eigentlich das gesetzliche Leitbild ist – *equal pay*. Wäre das denn dann ein sachlicher Grund, der dazu führen würde – bei grundsätzlicher Anwendung des Kartellrechts – zu sagen, das ist eine sachliche Berechtigung für eine solche Kartellabsprache?

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 66 Zum Ersten: Sie haben recht. Das war das AMP-Verfahren. Der AMP – kleiner Zeitarbeiterarbeitgeberverband – hat die IG Metall verklagt im Verfügungsverfahren. Das war aber der Fehler. Die haben im Grunde gesagt, es sei unlauterer Wettbewerb der anderen bösen Arbeitgeberverbände gegen sie und sie verklagen deswegen die IG Metall, die sich an fremdem Wettbewerb beteiligt. Das war taktisch falsch. Die hätten die anderen Arbeitgeberverbände verklagen müssen und dann entweder der IG Metall

den Streit verkünden oder sie später noch einbeziehen müssen. Dann wäre es bei ordentlichen Gerichten geblieben. Das ist ja tarifrechtlich überhaupt nicht regelbar. Die Frage, welche Subunternehmer-Zeitarbeitsfirmen ein Unternehmen beauftragt, ist keine Arbeitsbedingung der bei diesen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer. Es ist auch keine Betriebsnorm, das heißt, es ist nach § 1 und § 4 TVG tarifrechtlich nicht regelbar. Sie können eine schuldrechtliche Übereinkunft schließen. Wer hier die Gütermarktnachfrage durch Revieraufteilung beschränkt, verhält sich kartellrechtswidrig.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Das ist nicht das gesetzliche Leitbild. Das gesetzliche Leitbild ist, dass man das tariflich regeln kann und wenn man es nicht tariflich regelt, dann *equal pay* gilt. Und das ist das gesetzliche Leitbild. 67

Volker Rieble:

Also, der Gesetzgeber des AÜG schafft erst ein *equal pay*-Gebot und macht dieses dann tarifdispositiv und das gesetzliche Leitbild ist eben Tarifautonomie. Und solange die Christen tarifrechtlich nicht abgeschossen sich als unwürdig oder nicht tariffähig erweisen. 68

Hermann Reichhold:

LAG Brandenburg steht bevor. 69

Volker Rieble

Ja, abwarten, was das BAG macht. Solange können Sie nicht sagen, Leitbild ist *equal pay*. Dann könnte man ja umgekehrt auch sagen, das, was Sie machen, sind leitbildwidrige Tarifverträge. 70

Volker Rieble:

Es ist vollkommen ausgeschlossen, dass Arbeitgeberverbände ihre eigenen Leitbildvorstellungen oder auch nur die des Gesetzgebers über Anbieterausschluss auf dem Gütermarkt durchsetzen. Dann soll der Staat, wenn der Staat ein Leitbild schafft, entsprechende Kontrollmechanismen schaffen, die berittene Finanzkontrolle Schwarzarbeit in jeden Betrieb 71

hineinschließen. Aber das rechtfertigt doch keine Gütermarktkartelle, oder sehe ich das jetzt falsch, Herr Ackermann?

Ludger Hinsen:

- 72 Nur damit kein falscher Zungenschlag in die Debatte kommt: Weder Gesamtmetall noch wir wollen das. Nur das ist eine Situation, auf die wir uns möglicherweise einstellen müssen. Gerade Gesamtmetall hat nach meiner Kenntnis nicht vor, einen solchen Tarifvertrag abzuschließen, aber dass es auf der Gewerkschaftsseite solche Bestrebungen geben könnte, haben Sie ja ausreichend deutlich dargelegt.

Hermann Reichold:

- 73 Aber vielleicht noch einmal ganz kurz, wenn ich da einmal Herrn *Ronellenfitsch* mit ins Spiel bringen darf, was sagen Sie zu dieser Tendenz, die Tarifparteien ja auch als Agenten des öffentlichen Interesses von staatlicher Seite zu beleihen? Entspricht das Ihrer Vorstellung von der unzulässigen dritten intermediären Gewalt? Sie haben ja heute eine Dichotomie vorgestellt. Entweder richtig Staat oder richtig Privat.

Professor Dr. Michael Ronellenfitsch, Eberhard Karls Universität Tübingen:

- 74 Also, ich halte nichts von diesen Tendenzen. Das ist eine Instrumentalisierung Privates für politische Zwecke, die mir problematisch erscheint, um auf den konkreten Fall einzugehen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue betrifft das Dilemma im Land Berlin. Die gegenwärtige politische Konstellation im Abgeordnetenhaus und Senat deutet auf eine gewisse Affinität zu bestimmten Gewerkschaften. Die Tariftreue war problematisch, weil die Verkehrsbetriebe, um die es ging, also der ÖPNV-Bereich, Tochterunternehmen in Drittstaaten haben, bei denen das Personal nach Berliner Maßstäben zu Dumpingpreisen fährt. Bei Streik oder vergleichbaren Situationen hätten diese Beschäftigten mit Löhnen unterhalb des lokalen Tarifs eingesetzt werden können und sollen. Das wusste das Bundesverfassungsgericht. Deswegen ist die Diktion, vom Ergebnis her gesehen, etwas erstaunlich. Denn es sind ja sehr kritische Töne, obwohl die Berliner Regelung im Ergebnis gehalten hat. Mehr will ich dazu nicht sagen.

Thomas Ackermann:

Nur ganz kurz. In dem, was Sie inhaltlich gesagt haben, stimme ich Ihnen zu, Herr *Rieble*. Ich bin vielleicht auch in diese Tagung mit etwas falschen oder naiven Vorstellungen gegangen. Ich dachte, die Arbeitsrechtler würde möglicherweise interessieren, ob das Kartellrecht Dinge verbietet, die das Arbeitsrecht erlaubt. Aber die Arbeitsrechtler sind auch daran interessiert, ob das Kartellrecht Dinge verbietet, die auch das Arbeitsrecht verbietet, einfach um sich das Instrumentarium und die Durchsetzungsmöglichkeiten des Kartellrechts zunutze zu machen. Was bei Ihnen als sehr hübsche Idee zur Sprache kam, war, dass man dann Möglichkeiten hat, vor die Kartellgerichte zu kommen, die dann judizieren, wie weit eigentlich Tarifautonomie reicht. Davon kann man sich – obwohl es letztlich um die gleichen Normen geht – vielleicht andere Urteile erhoffen oder die auch befürchten. Eine weitere kartellrechtliche Besonderheit sind Schadensersatzansprüche. Ich wollte in dem Zusammenhang aber auch noch auf die behördliche Durchsetzung zu sprechen kommen. Ich habe mich nicht darauf vorbereitet, aber auf europäischer Ebene gibt es einen Fall, AC Treuhand, in dem ein Unternehmen mit einem Bußgeld belegt wurde, das das Kartell organisiert hat. Ich habe selber auch einmal aus der Nähe das Funktionieren eines Kartells jedenfalls *post mortem* erleben können: Da gab es eine Schweizer Service-Gesellschaft, die Kartelltreffen verschleiert hat. In AC Treuhand war das auch so. Die AC Treuhand hat das Kartell organisiert. Sie war gar nicht am Markt tätig und wurde von der Kommission trotzdem mit Bußgeld belegt. Das EuG hat das bestätigt. Dieser Kartellorganisator muss gar nicht am Markt tätig sein. Auf europäischer Ebene ist er haftbar. Ich glaube, im deutschen Kartellrecht hätten wir möglicherweise ein Problem damit, aber auf europäischer Ebene ist die Kommission dazu bereit. Für das deutsche Recht habe ich mich leider nicht vorbereitet.

Volker Rieble:

Wir haben bislang noch keine transnationalen Auswirkungen. Deswegen wird es schwierig, zur Zuständigkeit der Kommission zu kommen.

Thomas Ackermann:

Bei den transnationalen Auswirkungen wäre ich immer vorsichtig. Es muss ja nicht sein, dass wir wirklich irgendwelche ausländischen Unternehmen ausgrenzen oder einbeziehen. Schon die Verschiebung der Nachfragelage kann ausreichen. Da müssen wir ganz sorgfältig hinschauen. Ich bin mir zwar nicht sicher, ob wir in den Sie interessierenden Fällen einen

zwischenstaatlichen Bezug annehmen können, aber es reicht ja schon, wenn er mittelbar ist. Das kann durchaus sein. Ich wollte nur darauf hinweisen, dass es bei der öffentlich-rechtlichen Durchsetzung – jedenfalls auf europäischer Ebene – auch diesen Punkt AC Treuhand gibt: Das Unternehmen, das gar nicht Kartellmitglied ist, hat es organisiert und kassiert anschließend das Bußgeld.

Dr. Ulrich Denzel, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart:

- 78 Nur ganz kurz zu dem AC Treuhand-Urteil oder zu der Entscheidung der Kommission: Das ist sicher ein Meilenstein in der europäischen Praxis, weil tatsächlich zum ersten Mal ein nicht unmittelbarer Täter belangt wurde mit einem symbolischen Bußgeld mehr oder weniger, aber das macht die Kommission so bei den ersten Fällen, da ist mehr zu erwarten. Ich frage mich allerdings, ob die Probleme, die hier angesprochen wurden, durch das AC Treuhand-Urteil tatsächlich gelöst werden? Ich glaube schon, dass die Kommission zurückgeschreckt hätte, wäre AC Treuhand nicht selbst ein kartellrechtliches Unternehmen. Und an der Unternehmenseigenschaft der AC Treuhand besteht gar kein Zweifel. Die gibt es auch heute noch, wohl auf rechtstreuem Boden, das sind Veranstalter von Wettbewerbertreffen, die ja nicht unbedingt immer gleich den Kartellverstoß bedeuten müssen. Sie waren aber damals in der Tat die Spinne im Netz und nach Auffassung der Kommission jedenfalls der Kartellorganisator. Im deutschen Recht sind wir ja im Bereich der Ordnungswidrigkeiten, wenn wir an Bußgeld denken. Und da gilt der Einheitstäterbegriff, so dass da mit einer ähnlichen Überlegung eigentlich auch gesagt werden muss, es gibt keinen Anstifter eines Kartells, sondern es gibt dann eigentlich nur einen Kartellanten. Ob der dann allerdings als Nichtunternehmen infrage kommt, das bezweifle ich eigentlich auch. Aber das habe ich nicht zu Ende gedacht, muss ich ehrlich sagen.

Hermann Reichold:

- 79 Es waren ja nun auch keine so richtig allgemeinen öffentlichen Fälle, die Herr *Rieble* heute für uns ausgegraben hat.

Richard Giesen:

- 80 Ich wollte nur noch betonen, dass die Relevanz der Fälle eventuell noch sehr viel weiter greifen kann, wenn man bedenkt, dass Gewerkschaften immer auch Gelegenheiten nutzen können, um unternehmerische Tätigkeit zu beeinflussen. Das sind also auch die Fälle Conti-Schaeffler oder Opel, in denen man versucht, das Nachfrage- oder Angebotsverhalten von

Unternehmen oder Unternehmensgruppen zu beeinflussen. Und von daher meine ich, ist der Horizont, den wir hier ins Auge fassen, doch vielleicht noch etwas weiter, als jetzt an den *Rieble*'schen Beispielsfällen dargestellt. Und in diesem Kontext wird man dann auch sehen müssen, dass derjenige, der unternehmerisches Verhalten bewusst steuert, eben anders als AC Treuhand auch nicht nur als Arrangeur, sondern mit einem eigenen unternehmerischen Impetus, deswegen, weil er unternehmerische Tätigkeit gestalten möchte, dann eventuell doch auch sogar den funktionalen Unternehmensbegriff erfüllen könnte.

Thomas Ackermann:

Wer Co-Management ruft, geriert sich als Unternehmen und muss sich 81
unter Umständen daran festhalten lassen.

Hermann Reichold:

Vielen Dank. Gibt es noch weitere Wortmeldungen? Das ist nicht der Fall. 82
Dann bedanke ich mich für die interessante Diskussion. Auch Herrn *Ronellenfitsch* vielen Dank, und lieber *Volker*, Du hast einmal wieder gewisse Dinge im Sinne eines Rechercheurs der Rechtstatsachen vorangebracht. Dabei bin ich mir bei Herrn *Giesen* nicht ganz sicher – also wer Mitbestimmung einführt, der wird sicherlich damit noch nicht zur funktionellen Unternehmenstätigkeit gelangen, aber da steckt wahrscheinlich mehr an Absprachen dahinter, die ich so nicht kenne.

Richard Giesen:

Die Mitbestimmung als solche meine ich auch nicht, sondern die unmittelbare Beeinflussung von Unternehmensstrukturen und operativem 83
Geschäft.

E. Wettbewerbsbeschränkungen für „Ein-Mann-Unternehmen“

Referat Ulrich Denzel*

unter Mitwirkung von Carsten Klöppner**

Rn.

I. Einführung	1
II. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf arbeitsrechtliche Sachverhalte	3
1. Die Zeit bis zur 6. GWB-Novelle 1999	3
2. Die Zeit ab der 6. GWB-Novelle 1999.....	11
a) Der Grundsatz	11
b) Einschränkungen	12
[1] Individualarbeitsrecht	13
[2] Kollektives Arbeitsrecht	16
3. Das Verhältnis des Arbeitsrechts zum europäischen Kartellrecht.....	20
III. Der Begriff der „Ein-Mann-Unternehmen“	25
IV. Wettbewerbsbeschränkungen für „Ein-Mann-Unternehmen“	35
1. Vereinbarungen über „Ein-Mann-Unternehmen“	36
a) Sperrabreden	38
[1] § 75f HGB	39
[2] Kartellrechtliche Bewertung von Sperrabreden	41
b) Statuten des DFB	43
c) Vereinbarungen oder Informationsaustausch über Löhne von Arbeitnehmern oder Bezüge von Vorstandsmitgliedern oder Mitgliedern der Geschäftsführung	47
d) Streikhilfeabkommen	49

* Dr. *Ulrich Denzel*, LL.M. (Chicago) ist Partner der Sozietät Gleiss Lutz in Stuttgart.

** Dr. *Carsten Klöppner* ist Rechtsanwalt der Sozietät Gleiss Lutz in Stuttgart.

2.	Vereinbarungen mit „Ein-Mann-Unternehmen“.....	51
a)	Unbefristete Arbeits- und Dienstverträge	51
b)	Wettbewerbsverbote	54
	[1] Wettbewerbsverbote während der Vertragslaufzeit	55
	[2] Nachvertragliche Wettbewerbsverbote	56
3.	Vereinbarungen zwischen „Ein-Mann-Unternehmen“	57
V.	Ausblick.....	60
	Diskussion	62

I. Einführung

Das Spannungsverhältnis zwischen Arbeits- und Kartellrecht wird in der kartellrechtlichen Literatur erkannt, aber mit relativ pauschalen – teils vielleicht sogar widersprüchlichen – Aussagen abgehandelt. Diese bislang eher stiefmütterliche Behandlung ist nicht weiter verwunderlich, denn weder in der Gerichts- noch in der Behördenpraxis war das Thema bislang allzu virulent. Inzwischen aber mehren sich die Anzeichen, dass es mit der friedlichen Koexistenz der beiden Rechtsgebiete bald vorüber sein könnte. Der folgende Beitrag setzt sich intensiv mit diesem Spannungsverhältnis auseinander und will das Thema in das Bewusstsein der Arbeits- und Kartellrechtler rücken.

Nach der Beschäftigung mit dem grundsätzlichen Verhältnis von Arbeits- und Kartellrecht (dazu unter II) widmet sich der Beitrag in einem zweiten Teil dem Begriff der „Ein-Mann-Unternehmen“ (dazu unter III), bevor im abschließenden dritten Teil die Behandlung einiger konkreter Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit erfolgen wird (dazu unter IV).

II. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf arbeitsrechtliche Sachverhalte

1. Die Zeit bis zur 6. GWB-Novelle 1999

Bis zur 6. GWB-Novelle 1999 lautete das in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: GWB) niedergelegte Kartellverbot verkürzt wie folgt¹:

„Verträge, die Unternehmen schließen [...] sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse *für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.“

Satz 2 der Vorschrift lautete, dass dies nicht gelte, „soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt“ sei. Etwas anderes bestimmt war zum Beispiel für den Bereich des Verkehrs, für den § 99 GWB a.F. das Kartellverbot des § 1 GWB im Sinne einer sogenannten „Bereichsausnahme“ für nicht anwendbar erklärte. Gleiches galt, teils mit Einschränkungen, für die Land- und Forstwirtschaft, die Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie für die Versorgungswirtschaft. Später kam in § 31 GWB a.F. vorübergehend auch eine Bereichsausnahme für die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten im Bereich des Sports hinzu.

¹ Vgl. zur Gesetzesfassung vor der 6. GWB-Novelle *Bechtold*, GWB, 1. Aufl. 1993, § 1.

- 5 Für das Arbeitsrecht gab es im GWB hingegen nie eine ausdrückliche Bereichsausnahme. Dennoch war im gesamten Bereich des Arbeitsrechts bis zur 6. GWB-Novelle 1999 die Bedeutung des Kartellrechts gering. Dies lag daran, dass jedenfalls die herrschende Meinung eine „ungeschriebene Bereichsausnahme“ für das Arbeitsrecht annahm². Normativer Anknüpfungspunkt dieser Ansicht war der Wortlaut des alten Kartellverbots, der wettbewerbswidrige Vereinbarungen nur dann der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB unterwarf, wenn diese „den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen“ betrafen. Als „gewerblich“ galt dabei eine Leistung, die im wirtschaftlichen Verkehr erbracht wurde³; Leistungen abhängiger Arbeitnehmer oder des Staates im hoheitlichen Bereich wurden nicht hierunter subsumiert.
- 6 Verträge des Arbeitsmarkts, so wurde gemeinhin formuliert, seien dem GWB daher entzogen. Eine klare Stütze fand diese Ansicht in der Gesetzesbegründung⁴, derzufolge die Fassung des Kartellverbots klarstellen sollte,
- „dass Abreden über den Abschluss oder den Inhalt von Arbeits- und Dienstverhältnissen nicht darunter fallen. Dies sind keine gewerblichen Leistungen. Kooperative Bindungen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer über die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen fallen also nicht unter das Gesetz“.
- 7 Flankierend wurde in Literatur und Rechtsprechung darauf abgestellt, dass auch der kartellrechtliche Unternehmensbegriff dafür Sorge trage, dass arbeitsrechtliche Verträge sowie Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften als Partner von Tarifverträgen mangels Unternehmereigenschaft dem Kartellverbot entzogen seien⁵. Auch weitere Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB wurden in dieser Richtung ausgelegt. Immenga kommentierte in der zweiten Auflage seines Standardkommentars zum GWB 1992 daher zu Recht, dass es sich bei all diesen Ansätzen um „unvollkommene Zeichen für die Annahme eines allgemeinen Ausnahmebereiches“ handele⁶. Die Rechtfertigung eines ungeschriebenen Ausnahmebereiches ergebe sich materiell aus den grundlegenden Verschiedenheiten der Gestaltungsbedingungen des Arbeitsmarkts einerseits und der Produkt- beziehungsweise Dienstleistungsmärkte andererseits. Beide Bereiche verfolgten gänzlich unterschiedliche Ziele; das kollektive Arbeits-

2 Immenga, Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs Arbeitsmarkt, 1989, S. 9 ff.; derselbe, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 1992, § 1 Rn. 322; Löwisch/Rieble, in: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 247 Rn. 6.

3 Bechtold, 1. Aufl. (Fn. 1), § 1 Rn. 19.

4 BT-Drucksache. 2/1158, S. 30.

5 Immenga, GWB (Fn. 2), § 1 Rn. 321.

6 Immenga, GWB (Fn. 2), § 1 Rn. 322.

recht bezeichnete *Immenga* in Anlehnung an *Rüthers* sogar als „*Recht für Wettbewerbsbeschränkungen*“⁷.

Trotz des damit angenommenen Ausnahmebereichs sei es allerdings möglich, dass das Kartellrecht Anwendung finde, soweit Vereinbarungen nicht *nur* den Arbeitsmarkt, sondern gleichzeitig auch Gütermärkte berührten. Das sei zum Beispiel der Fall bei Absprachen zwischen Unternehmen des Großhandels über einheitlichen Geschäftsschluss und zeitlich einheitliche Betriebsferien⁸. Als weiteres Beispiel galt die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitskräften auf Zeit. Weil dabei der Verleiher die unternehmerische Funktion der Vorhaltung von Personal für den Spitzenbedarf übernehme, gehe es im Kern um „gewerbliche Leistungen des Arbeitgebers gegenüber einem anderen“, was von § 1 GWB erfasst werde⁹.

Das Bundeskartellamt nahm zu dem Verhältnis zwischen Arbeitsmarkt und Kartellrecht in einem Brief vom 6.8. 1962 Stellung¹⁰, der unter dem Stichwort „*Gagenstoppabkommen*“ bekannt wurde. Darin gab das Bundeskartellamt bekannt, dass ein von der Behörde geführtes Verfahren gegen Film-Großverleihfirmen und Film-Produktionsfirmen eingestellt wurde. Diese Unternehmen hatten sich „zur *Verhinderung übertriebener Spitzengagen*“ gegenseitig verpflichtet, in Arbeitsverträgen mit Filmdarstellern und -darstellerinnen keine Gagen zu gewähren, die über eine im Einzelnen festgelegte Gagenliste hinausgingen. Das Verfahren sei einzustellen gewesen, weil das Gagenabkommen Höchstentgelte für Leistungen festsetzte, die Arbeitsverhältnisse betrafen. Das Gagenabkommen falle insoweit in den Bereich des Arbeitsrechts; § 1 GWB finde keine Anwendung, weil zu den „gewerblichen Leistungen“ des § 1 GWB – ganz im Sinne der herrschenden Meinung – Arbeits- und Dienstleistungen abhängiger Arbeitnehmer gerade nicht zählten.

Im Ergebnis lebten die Bereiche Arbeitsrecht und Kartellrecht bis 1999 in einer Art „friedlicher Koexistenz“, da es in der Praxis bis zur 6. GWB-Novelle eine ungeschriebene Bereichsausnahme des GWB für das Arbeitsrecht gab.

⁷ *Immenga*, GWB (Fn. 2), § 1 Rn. 322.

⁸ BKartA 31.1. 1961 – Z2-121100-465/60, WuW/E BKartA 339 (Sonabend-arbeitszeit); *Immenga*, GWB (Fn. 2), § 1 Rn. 323.

⁹ *Immenga*, GWB (Fn. 2), § 1 Rn. 327.

¹⁰ BKartA 6.8. 1992 – B4-751000-A-409/61, WuW/E BKartA 502 (Gagenstopp-abkommen).

2. Die Zeit ab der 6. GWB-Novelle 1999

a) Der Grundsatz

- ¹¹ Mit der 6. GWB-Novelle von 1999 wurde das GWB ganz grundlegend verändert. Das betraf unter anderem auch den Wortlaut des Kartellverbots aus § 1 GWB, der von nun an

„Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen [...], die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“

als verboten deklarierte. Der Bezug auf den „Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen“, an dem bis dahin die ungeschriebene Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht festgemacht wurde, entfiel. Seitdem kann vom Bestehen eines (ungeschriebenen) kartellrechtlichen Ausnahmebereichs für den Arbeitsmarkt nicht mehr ausgegangen werden¹¹. Das Kartellverbot und andere Vorschriften des GWB können also auch bei einer den Arbeitsmarkt betreffenden Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zur Anwendung kommen.

b) Einschränkungen

- ¹² Soweit der Grundsatz. Es greifen aber nach wie vor deutliche Einschränkungen, die im Bereich des Individualarbeitsrechts und des kollektiven Arbeitsrechts unterschiedlich stark ausgeprägt sind.

[1] Individualarbeitsrecht

- ¹³ Im Bereich des Individualarbeitsrechts macht sich die Einschränkung der Anwendbarkeit des Kartellrechts seit der 6. GWB-Novelle in erster Linie am Tatbestandsmerkmal der „Unternehmenseigenschaft“ fest.
- ¹⁴ Im Kartellrecht gilt klassischerweise ein weiter, so genannter „funktionaler Unternehmensbegriff“¹². Unternehmer ist demnach jeder, der aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt. Erforderlich ist eine wirtschaftliche Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten oder nachzufragen¹³. Auch nach der 6. GWB-Novelle nicht als unternehmerische Tätigkeit gelten insbesondere die ab-

¹¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 3. Aufl. 2001, § 1 Rn. 303.

¹² Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 6; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 18.

¹³ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 Rn. 10 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung des EuGH.

hängige Tätigkeit natürlicher Personen als Arbeitnehmer und die Tätigkeit für den eigenen persönlichen Haushalt¹⁴.

Für den Bereich des Arbeitsrechts gilt somit jedenfalls in einer ersten Annäherung, dass der unselbstständige Arbeitnehmer nicht selbst Unternehmen ist, sondern als Bestandteil des Unternehmens des Arbeitgebers angesehen wird. Das bedeutet allerdings nicht, dass der Arbeitnehmer immer und für alle Zeit als Unternehmen nicht in Betracht kommt. Er ist vielmehr jedenfalls in arbeitsrechtlich ungebundenen Zeiten möglicherweise als Unternehmen zu behandeln und damit gewissermaßen ein „potenzielles Unternehmen“¹⁵.

[2] Kollektives Arbeitsrecht

Weitergehende Einschränkungen sind im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts und dort insbesondere für das Tarifvertragsrecht zu machen. Soweit ersichtlich ist hierzu auch unter der aktuellen Gesetzeslage im Grundsatz unumstritten, dass – auch wegen Art. 9 Abs. 3 GG – der Tarifvertrag als „*Kartellvertrag par Excellence*“¹⁶ dem Kartellrecht nicht unterworfen ist¹⁷. Begründet wird dies rechtstechnisch mit einem Spezialitätsverhältnis des § 4 TVG zum Kartellverbot des § 1 GWB¹⁸. Soweit also der Regelungsbereich des TVG greift, gilt ein Anwendungsausschluss des Kartellverbots¹⁹.

Dieser Anwendungsausschluss ist nicht unbeschränkt und findet seine Grenzen im Regelungsbereich des Tarifvertragsrechts als dem spezielleren Gesetz. Zu Recht wird von der herrschenden Meinung daher angenommen, dass zwar eine tarifvertragliche Regelung der Arbeitszeit der Arbeitnehmer dem Kartellrecht entzogen wäre, nicht aber eine Regelung

14 *Bechtold*, 5. Aufl. (Fn. 12), § 1 Rn. 6; *Bunte*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 1 Rn. 17, 27; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 12), § 1 GWB Rn. 21, 26.

15 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 14), § 1 Rn. 27.

16 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz (TVG), 2. Aufl. 2004, Grundlagen Rn. 6, die von einer wettbewerbsbeschränkenden Kartellwirkung des Tarifvertrags sprechen.

17 *Löwisch/Rieble*, in: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht (Fn. 2), § 247 Rn. 6; *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 2, 2008, § 1 GWB Rn. 40; vgl. ausführlich zur Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge *Mühlbach*, Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle, 2006, S. 125 ff.

18 *Bechtold*, 5. Aufl. (Fn. 12), § 1 Rn. 6; *derselbe*, Zur Anwendung des Kartellverbots auf wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge, RdA 1983, 99 ff.

19 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl. (Fn. 11), § 1 Rn. 304.

über die Öffnungszeiten des Betriebs²⁰. Auch das ist indessen keine neue Erkenntnis. Das Bundeskartellamt hatte vielmehr schon im Januar 1961 in einem Brief zur Sonnabendarbeitszeit festgehalten²¹, dass Absprachen zwischen Unternehmen des Großhandels über einen einheitlichen Geschäftsschluss und über zeitlich einheitliche Betriebsferien dem Kartellverbot grundsätzlich unterfallen. Es handele sich nicht um Bedingungen, die den einheitlichen Abschluss oder Inhalt von vertikalen Vereinbarungen zum Gegenstand haben, die *„demnächst durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder in Einzelarbeitsverträgen mit den Arbeitnehmern getroffen werden sollen“*²².

- 18 Durch die seitdem ergangenen verschiedenen Novellierungen des GWB hat sich an dieser Grundaussage nichts geändert. Aktueller als die Diskussion über Ladenöffnungszeiten sind in diesem Zusammenhang die Mindestlöhne in der Postbranche, die Möschel im Juli 2008 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung als *„verbotenen und nichtigen Kartellvertrag“* bezeichnete²³. Der Anwendungsausschluss des Kartellverbots gelte *„nur für echte Tarifverträge“*, nicht für Verträge, denen dieses Etikett nur angeheftet werde.
- 19 In die gleiche Richtung gehen Äußerungen der Monopolkommission im Sondergutachten *„Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln“*²⁴. Die Monopolkommission erkennt zwar an, dass Tarifverträge von der vorrangigen Verbürgung des Grundgesetzes gedeckt und deshalb nicht am Kartellrecht zu messen sind. Das kann nach Ansicht der Monopolkommission allerdings nicht gelten, wenn es sich – wie bei der Vereinbarung eines Mindestlohns für die Postbranche – um einen Vertrag zulasten Dritter handele, dessen primäres Ziel die Verdrängung von Konkurrenten und die Beschränkung von Wettbewerb darstelle. Hier werde Art. 9 Abs. 3 GG missbraucht und könne deshalb die ansonsten anerkannte wettbewerbsrechtliche Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots auf Tarifverträge nicht mehr begründen. Um das vorhandene Spannungsverhältnis zwischen Tarifvertrag und Kartellrecht aufzulösen, schlägt die Monopolkommission vor, dem Bundeskartellamt vor der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ein Anhörungsrecht einzuräumen.

20 Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl. (Fn. 11), § 1 Rn. 304.

21 BKartA 31.1. 1961 – Z2-121100-465/60 (Fn. 8) (Sonnabendarbeitszeit).

22 Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 16), § 4 Rn. 257 gehen davon aus, dass das Günstigkeitsprinzip Kartellabsprachen im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags verbietet.

23 Möschel, Mindestlöhne in der Postbranche: Ein verbotenes Kartell, FAZ vom 15.7. 2008, Nr. 163, S. 10.

24 Auf der Homepage des Bundeskartellamts abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/sg_51/text_s51.pdf.

3. Das Verhältnis des Arbeitsrechts zum europäischen Kartellrecht

Art. 3 der Verordnung Nr. 1/2003²⁵ bestimmt, dass auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen das europäische Kartellverbot Anwendung finden muss, wenn eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten möglich ist. In solchen Fällen müssen nationale Behörden und Gerichte damit neben dem nationalen Recht auch europäisches Recht anwenden. Im Konfliktfall setzt sich grundsätzlich europäisches Recht durch. Nur für Sachverhalte, die den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen können, bleibt vom europäischen Kartellrecht abweichendes nationales Recht relevant. 20

Der deutsche Gesetzgeber hat hierauf in der 7. GWB-Novelle 2005 mit einer Angleichung des Wortlauts des deutschen Kartellverbots an das europäische Kartellverbot reagiert. Er hat damit zum Ausdruck gebracht, dass er grundsätzlich auch Fälle unterhalb der Zwischenstaatlichkeit wie vom europäischen Recht vorgegeben behandeln möchte. Spätestens seit der 7. GWB-Novelle ist demnach für das Verhältnis des Arbeitsrechts zum Kartellrecht auch auf die europäische Rechtslage abzustellen. 21

Wie das deutsche Kartellrecht seit der 6. GWB-Novelle kennt auch das europäische Kartellrecht keine umfassende Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht. Das zeigt sich schon daran, dass der Europäische Gerichtshof 1991 in der Entscheidung *Höfner & Elser*²⁶ und 1997 in der Entscheidung *Job Center*²⁷ die Prüfung der Anwendbarkeit des Arbeitsrechts bei der Subsumtion des Sachverhalts unter den Unternehmensbegriff verortete und nicht – was argumentativ weit weniger aufwendig gewesen wäre – im Sinne einer Bereichsausnahme ablehnte. 22

Für den Bereich des kollektiven Arbeitsrechts gilt hingegen auch im europäischen Kartellrecht ein weit grundsätzlicherer Ausschluss der Anwendbarkeit als im Individualarbeitsrecht. In der *Albany*-Entscheidung aus dem Jahr 1999²⁸ führte der Gerichtshof zu Tarifverträgen aus, dass eine „sachgerechte und zusammenhängende Auslegung der Bestimmungen des Vertrags in ihrer Gesamtheit“ dazu führe, dass Tarifverträge nicht vom Kartellverbot des Art. 81 EG²⁹ erfasst werden. Erforder- 23

25 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (Amtsblatt EG 2003 L 1/1).

26 EuGH 23.4. 1991 – Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (*Höfner & Elser*).

27 EuGH 11.12. 1997 – Rs. C-55/96, Slg. 1997, I-7119 (*Job Centre*).

28 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (*Albany*).

29 Jetzt: Art. 101 AEUV. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12. 2009 gelten für die Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts neue

lich sei aber, dass die infrage stehende Vereinbarung Ergebnis einer Tarifverhandlung zwischen den Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist, und dass sie unmittelbar zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beiträgt.

- 24 Genau betrachtet mag der vom europäischen Kartellrecht formulierte Anwendungsausschluss also weniger weit gehen als im deutschen Recht. Aufgrund des Vorrangs des europäischen Kartellrechts würde dies dazu führen, dass sich die engere europäische Auslegung durchsetzt.

III. Der Begriff der „Ein-Mann-Unternehmen“

- 25 Im europäischen wie im deutschen Kartellrecht gilt ein funktionaler Unternehmensbegriff³⁰. Die Unternehmenseigenschaft besteht also unabhängig von Organisationsform und Art der Finanzierung³¹. Entscheidend ist, ob die betreffende juristische oder natürliche Person am geschäftlichen Leistungsaustausch teilnimmt. Sie muss eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, die auf Dauer angelegt ist und das Angebot oder die Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen jeder Art zum Gegenstand hat³². Auf das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht kommt es dabei nicht an³³. In der Praxis wird der Unternehmensbegriff des Kartellrechts seit jeher sehr weit ausgelegt.
- 26 Insbesondere im deutschen Recht wird der Begriff „Unternehmen“ im Sinne von § 1 GWB unter Rückgriff auf eine Negativabgrenzung definiert. Häufig wird formuliert, unternehmerische Tätigkeit sei jede wirtschaftliche Tätigkeit mit Ausnahme der Tätigkeit natürlicher Personen als un-

Vorschriften. Der im Bereich der Wettbewerbsregeln nur unwesentlich geänderte EG-Vertrag heißt nun „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“, den wir mit „AEUV“ abkürzen. Dem bisherigen Art. 81 EG entspricht der Art. 101 AEUV. Art. 102 AEUV ersetzt den Art. 82 EG.

- 30 *Bechtold*, 5. Aufl. (Fn. 12), § 1 Rn. 6; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner* (Fn. 12), Art. 81 Rn. 8 ff.; *Bunte*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 14), § 1 Rn. 13; *Lettl*, *Kartellrecht*, 2. Aufl. 2007, § 2 Rn. 4; *Säcker/Herrmann*, in: *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 1, 2007, Einleitung Rn. 1595 ff.; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2: *GW*B, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 27.
- 31 EuGH 23.4. 1991 – Rs. C-41/90 (Fn. 26), Rn. 21 (*Höfner & Elser*); *Bunte*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 14), § 1 Rn. 13.
- 32 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner* (Fn. 13), Art. 81 Rn. 10.
- 33 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner* (Fn. 13), Art. 81 Rn. 12; *Bunte*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 14), § 1 Rn. 13; *Nordemann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *Kartellrecht* (Fn. 12), § 1 *GW*B Rn. 20.

selbstständige Arbeitnehmer und der Tätigkeit für den eigenen persönlichen Haushalt³⁴.

Nicht ganz so klar scheint das Begriffsverständnis im europäischen Kartellrecht. Diesbezüglich ist etwa auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz* in der Rechtssache *Bosman* hinzuweisen³⁵. Darin heißt es:

„Es gibt nämlich meines Erachtens keine Regel des Inhalts, dass Absprachen, die Arbeitsverhältnisse betreffen, generell und vollständig dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags entzogen wären.“

Die Formulierung von Generalanwalt *Lenz* scheint nahezulegen, dass eine differenzierende Betrachtung nottut. Nur in einer *ersten Annäherung* kann daher mit der in der deutschen Kartellrechtsliteratur verwendeten Formel gearbeitet werden, dass der Begriff des unselbstständigen Arbeitnehmers den Gegenbegriff zum kartellrechtlichen Unternehmen darstellt.

Wer kommt – im Sinne der erwähnten ersten Annäherung – also in der Dialektik von kartellrechtlichem Unternehmen einerseits und unselbstständigem Arbeitnehmer andererseits als von den Vorschriften des Kartellrechts erfasstes „Ein-Mann-Unternehmen“ in Betracht? Wegen des funktionalen Unternehmensbegriffs des Kartellrechts ist die Frage unabhängig von der Organisationsform der fraglichen juristischen oder natürlichen Personen zu beantworten. Auch „Ich-AGs“ und „Ein-Mann-GmbHs“ können nur Unternehmen sein, wenn sie selbstständige Tätigkeiten verrichten und am wirtschaftlichen Leistungsaustausch als Anbieter oder Nachfrager teilnehmen.

Auf Grundlage der arbeitsrechtlichen Dogmatik³⁶ scheint ziemlich klar, dass Unternehmensleiter wie – nicht weisungsunterworfen und damit nicht unselbstständige – Vorstandsmitglieder einer AG³⁷ und – nicht aufgrund Anstellungsvertrags, sondern wegen ihrer Organstellung weisungsgebundene – GmbH-Geschäftsführer³⁸ als „Ein-Mann-Unternehmen“ in Betracht kommen. Gleiches gilt für arbeitnehmerähnliche Personen, die

34 *Bechtold*, 5. Aufl. (Fn. 12), § 1 Rn. 6; *Bunte*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 14), § 1 Rn. 17, 27; *Lettl* (Fn. 30), § 2 Rn. 12; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. Aufl. (Fn. 30), § 1 Rn. 28 f.; vgl. ausführlich zum Arbeitnehmer als Unternehmen *Poth*, *Die Grenzen des Arbeitsrechts aus kartellrechtlicher Sicht*, 1990, S. 62 ff.; *Mühlbach* (Fn. 17), S. 126 ff.

35 Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag 20.9. 1995 EuGH – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Rn. 273 (*Bosman*).

36 Vgl. dazu *Preis*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 10. Aufl. 2010, § 611 BGB Rn. 37 ff.

37 *Thüsing*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), *Arbeitsrecht. Kommentar*, 3. Aufl. 2008, Vor § 611 BGB Rn. 96.

38 *Preis*, in: *ErfK* (Fn. 36), § 611 BGB Rn. 137 f.; *Thüsing*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 37), Vor § 611 BGB Rn. 95.

persönlich selbstständig sind und damit dem Gütermarkt als dem dem Kartellrecht zugänglichen Bereich zuzuordnen sind³⁹.

- 31 Schwieriger wird es bei Profisportlern⁴⁰. Nach arbeitsrechtlicher Beurteilung scheint zum Beispiel ein bei einem Bundesligaverein angestellter Fußballprofi als unselbstständiger Arbeitnehmer zu gelten. Begründet wird dies damit, dass ein solcher Profi weisungsgebunden sei und beispielsweise zu vorbestimmten Zeiten zum Training zu erscheinen und den Anweisungen der Vereinsleitung oder des für sie agierenden Trainers Folge leisten müsse⁴¹. Wenn man der im deutschen Recht in manchen GWB-Kommentaren zu findenden Unternehmensdefinition („unselbstständige Arbeitnehmer sind keine Unternehmen“) folgt, würde dies bereits bedeuten, dass Fußballprofis als „Ein-Mann-Unternehmen“ und damit als Adressaten des Kartellrechts nicht in Betracht kommen. Das scheint jedoch zu kurz gegriffen. Auf Grundlage der funktionalen Unternehmensdefinition ist es spätestens seit der 6. GWB-Novelle vertretbar und vielleicht sogar geboten, die Frage der Unternehmenseigenschaft nicht als bloßen Gegenbegriff zur unselbstständigen Arbeitnehmerperson zu beantworten. Vielmehr ist eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise erforderlich. Ein moderner Fußballprofi unterscheidet sich nicht unwesentlich vom typischen Arbeitnehmer. Die Tätigkeit eines Fußballprofis ist in den meisten Fällen auf Vereinswechsel angelegt. Neben der von ihm primär zu erbringenden „Arbeitsleistung“ des Fußballspielens ist ein solcher Profi immer zugleich auch Vermittler der eigenen Tätigkeit. Soweit Profis diese Tätigkeit auf Dritte, also auf professionelle Spielervermittler, übertragen, steht deren Unternehmenseigenschaft für das Kartellrecht außer Frage. Es würde daher einen Wertungswiderspruch bedeuten, wenn die Unternehmenseigenschaft für diese Tätigkeit entfielen, wenn ein Profi, statt auf einen Drittvermarkter zurückzugreifen, die Vermarktung selbst übernimmt. Soweit es also um Vereinbarungen geht, die den Abschluss zukünftiger Verträge des Profis und der sie betreffenden Bedingungen zum Inhalt haben, ist auch ein Fußballprofi als Unternehmen zu bewerten. Diese Auslegung wird durch die Schlussanträge des Generalanwalts *Lenz* im Fall *Bosman* bestätigt⁴². Gegen diese Auslegung kann nicht eingewendet werden, das Kartellrecht finde auf den Sport be-

39 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 538.

40 Vgl. dazu auch *Säcker/Herrmann*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 30), Einleitung Rn. 1612b.

41 *Reiter*, Der Vereinswechsel bei Lizenzfußballspielern unter besonderer Berücksichtigung des FIFA-Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern in der Fassung vom 1. September 2001, 2003, S. 27 f.; *Thüsing*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 37), Vor § 611 BGB Rn. 75.

42 Generalanwalt *Lenz*, Schlussantrag 20.9. 1995 EuGH – Rs. C-415/93 (Fn. 35), Rn. 273 (*Bosman*).

treffende Sachverhalte keine Anwendung. Denn derartigen Bestrebungen hat der EuGH in der Entscheidung Meca-Medina eine klare Absage erteilt⁴³. Der EuGH entschied, dass die kartellrechtlichen Regelungen zwar nicht auf Fragen anwendbar seien, die „ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben“. Die Beschränkung des Geltungsbereichs dieser Bestimmungen dürfe aber nicht weiter gehen, als ihr Zweck es erfordere. Soweit der Sachverhalt auch wirtschaftliche Aspekte aufweist, was insbesondere beim Transfer von Profifußballern der Fall ist, ist er den Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff. AEUV (beziehungsweise Art. 81 ff. EG) grundsätzlich unterworfen.

Deutlicher als bei Fußballspielern dürfte die „Ein-Mann-Unternehmenseigenschaft“ für Individualsportler wie Tennisspieler, Golfer und Leichtathleten sein, die – wenn überhaupt – nur für den unwesentlicheren Teil ihrer sportlichen Aktivitäten einem Verein angehören. Diese bestimmen selbst Art, Ort, Zeit und Inhalt des Trainings und entscheiden eigenständig, an welchen Wettkämpfen sie teilnehmen wollen. 32

Der Gedanke, dass Profisportler immer auch Vermittler der eigenen Tätigkeit sind, führt in allgemeinerer Hinsicht zur Erkenntnis, dass auch andere unselbstständige Arbeitnehmer Unternehmen sein können, wenn sie in einem vom konkreten Arbeitsverhältnis nicht abgedeckten Bereich betroffen sind. So kann ein Arbeitnehmer beispielsweise nach Abschluss seines Vertrags durchaus in der Lage sein, seine berufliche Laufbahn als selbstständiger Unternehmer fortzusetzen. Was das anbetrifft, ist er gewissermaßen „potenzieller Unternehmer“⁴⁴. 33

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass Unternehmensleiter wie Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer sowie arbeitnehmerähnliche Personen „Ein-Mann-Unternehmen“ sind und Sportler es sein können. Auch an sich unselbstständige Arbeitnehmer kommen vor dem Abschluss ihres Arbeitsvertrags und nach dessen Geltung als „Ein-Mann-Unternehmen“⁴⁵ in Betracht. Als solche sind diese Personen dann als „potenzielle Unternehmen“ gegebenenfalls Adressaten des Kartellverbots und anderer kartellrechtlicher Vorschriften⁴⁶. 34

43 EuGH 18.7. 2006 – Rs. C-519/04, Slg.2006, I-6991 Rn. 25 (Meca-Medina Majcen). Vgl. dazu ausführlich Heermann, Kartellrechtliche Ausnahme für die Vermarktung des Ligasports?, ZWeR 2009, S. 472 ff.

44 Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 14), § 1 Rn. 27.

45 Vgl. zu den potenziellen Unternehmen Säcker/Herrmann, in: Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 30), Einleitung Rn. 1602.

46 Säcker/Herrmann, in: Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 30), Einleitung Rn. 1609.

IV. Wettbewerbsbeschränkungen für „Ein-Mann-Unternehmen“

- 35 Es können drei Fallgruppen unterschieden werden. In einer ersten Fallgruppe wird sich der Beitrag mit Vereinbarungen *über* „Ein-Mann-Unternehmen“ auseinandersetzen. Danach sind Vereinbarungen *mit* „Ein-Mann-Unternehmen“ und abschließend Vereinbarungen *zwischen* „Ein-Mann-Unternehmen“ zu betrachten.

1. Vereinbarungen über „Ein-Mann Unternehmen“

- 36 Diese Fallgruppe umfasst Gestaltungen, in denen Unternehmen über Arbeits- oder Dienstleistungen von „Ein-Mann-Unternehmen“ Vereinbarungen schließen. Das „Ein-Mann-Unternehmen“ ist also nicht Partner, sondern Gegenstand der Vereinbarung.
- 37 Schon aus dieser Umschreibung der Fallgruppe wird klar, dass für die Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf diese Konstellationen *nicht* maßgeblich sein kann, ob die als „Ein-Mann-Unternehmen“ in Betracht kommende juristische oder natürliche Person als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu bewerten ist. Es handelt sich vielmehr um Fallgestaltungen, in denen für die Anwendbarkeit des Kartellrechts nur die Unternehmenseigenschaft der Partner der infrage stehenden Vereinbarung entscheidend ist.

a) Sperrabreden

- 38 Kartellrechtlich interessante Vereinbarungen *über* „Ein-Mann-Unternehmen“ sind in erster Linie sämtliche Spielarten der *Sperrabreden*, in denen sich Arbeitgeber für bestimmte Umstände versichern, die Arbeitnehmer eines Konkurrenten nicht abzuwerben. Weil jedes Unternehmen auf mindestens zwei Märkten, nämlich dem Markt der vom Unternehmen vertriebenen Produkte oder Dienstleistungen einerseits und dem Markt der Gewinnung der qualifiziertesten Arbeitnehmer (Stichwort „*war for talents*“) andererseits als Wettbewerber tätig ist, haben Sperrabreden zweifelsohne potenziell wettbewerbsbeschränkende Wirkung⁴⁷.

[1] § 75f HGB

- 39 Für die Beurteilung von Sperrabreden ist zunächst § 75f HGB interessant. Nach dieser Vorschrift ist die Vereinbarung zweier Prinzipale, einen bei einem von ihnen in Dienst stehenden oder früher einmal im Dienst gewesenen Handlungsgehilfen nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, nicht durchsetzbar. Beiden Teilen steht zudem der Rücktritt frei.

47 Salje, Individualarbeitsrecht und Kartellverbot, ZfA 1991, 653, 656.

In den handelsrechtlichen Standardkommentaren wird das Verhältnis von § 75f HGB zu § 1 GWB – soweit ersichtlich – nicht thematisiert. Es wird aber ausgeführt, dass die Vorschrift (analoge) Anwendung auch auf nicht kaufmännische Arbeitnehmer finde⁴⁸.

[2] Kartellrechtliche Bewertung von Sperrabreden

Im Vergleich zu § 1 GWB ist die Rechtsfolge des § 75f HGB weniger einschneidend. Die Sperrabrede ist nach § 75f HGB lediglich nicht durchsetzbar, aber nicht nichtig und erst recht nicht als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet. § 75f HGB war bis zur 6. GWB-Novelle erforderlich. Sperrabreden sind Abreden über die Gestaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen, die bis 1999 nicht dem GWB unterfielen. Seitdem diese ungeschriebene Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht jedoch abgeschafft wurde, ist das Kartellverbot auf Sperrabreden ohne Weiteres anwendbar und sieht deutlich strengere Rechtsfolgen vor.

Die Annahme, dass § 75f HGB dadurch völlig obsolet geworden wäre, wäre dennoch übereilt. Festgestellt ist bislang nur, dass Sperrabreden kartellrechtlich zu prüfen sind. Ein Verstoß gegen § 1 GWB setzt aber zusätzlich voraus, dass die Sperrabrede den Wettbewerb *spürbar* beeinflusst. Das ist einzelfallabhängig zu entscheiden und kann für Sperrabreden geringer Bedeutung zu einer Vereinbarkeit mit § 1 GWB führen. § 75f HGB fordert diese Spürbarkeit nicht und bleibt daher für diese Fälle von Relevanz. Gleiches gilt für Sperrabreden, bei denen eine Spürbarkeit zu bejahen ist, die aber eventuell über Art. 101 Abs. 3 AEUV (beziehungsweise Art. 81 Abs. 3 EG), eventuell in Verbindung mit § 2 GWB, einzelfreistellungsfähig sein können. § 75f HGB ist also für viele Gestaltungen überflüssig, kann aber zum Beispiel beim Fehlen kartellrechtlicher Spürbarkeit oder beim Eingreifen kartellrechtlicher Ausnahmetatbestände in Einzelfällen relevant bleiben.

b) Statuten des DFB

Im Bereich des Sports finden sich in den Statuten des DFB, konkreter in der „Lizenzordnung Spieler“ (im Folgenden „LOS“) in Bezug auf die Ausgestaltung der Verträge zwischen dem Verein und einem Profifußballer zum Beispiel folgende Regelungen:

⁴⁸ Hopt, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 33. Aufl. 2008, § 75f Rn. 1; von *Hoyningen-Huene*, in: *Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, § 75f Rn. 3.

- Während des Spieljahres gibt es nur zwei Wechselperioden. Die Wechselperiode I läuft vom Ende eines Spieljahres bis zum 31.8., die Wechselperiode II dauert vom 1. bis zum 31.1.⁴⁹.
 - Verträge müssen eine Laufzeit bis zum 30.6. eines Jahres haben. Sie müssen nach Inkrafttreten eine Mindestlaufzeit bis zum Ende eines Spieljahres haben. Die Höchstdauer eines Vertrags soll fünf Jahre nicht überschreiten⁵⁰.
 - Ein Spieler darf ohne Einverständnis seines Vereins einen Vertrag mit einem anderen Verein nur abschließen, wenn sein Vertrag mit dem bisherigen Verein abgelaufen ist oder in den nächsten sechs Monaten ablaufen wird⁵¹.
- 44 Neben dem Gehalt sind die Vertragsbedingungen wesentliche Wettbewerbsfaktoren im Wettbewerb der Vereine um die besten Spieler. Diesbezüglich werden die Vereine durch die LOS in einem erheblichen Maße eingeschränkt.
- 45 Kartellrechtlich problematisch sind diese Lizenzbestimmungen allerdings nur dann, wenn sie zwischen Unternehmen vereinbart wurden oder auf dem Beschluss einer Vereinigung von Unternehmen beruhen. Die LOS ist Bestandteil der Lizenzordnung des DFB. Mitglieder des DFB sind die Landes- und Regionalverbände sowie der Ligaverband, der sich wiederum aus den lizenzierten Vereinen und Kapitalgesellschaften der 1. und 2. Bundesliga zusammensetzt⁵². Der DFB wird sowohl vom Bundeskartellamt⁵³ als auch vom BGH⁵⁴ als Vereinigung von Unternehmen qualifiziert, wenn er durch seine Organe Beschlüsse fasst und durchführt, die die wirtschaftliche Betätigung der Lizenzligavereine beeinflussen. Denn eine Vereinigung von Unternehmen liegt vor, wenn zwei oder mehr Unternehmen ein solches Maß an gemeinschaftlicher Organisation aufweisen, dass sich aus dieser die Möglichkeit ergibt, Einfluss auf die Geschäftspolitik der angeschlossenen Unternehmen auszuüben⁵⁵. Eine Vereinigung von Unternehmen ist auch dann gegeben, wenn einem Teil der Mitglieder die Unternehmenseigenschaft fehlt. Auf diese Weise wird nach dem Willen des Gesetzgebers gewährleistet, dass das mit dem Gesetz verfolgte Ziel der Wahrung der Wettbewerbsfreiheit nicht dadurch umgangen

49 § 4 Abs. 2 LOS.

50 § 5 Abs. 1 LOS.

51 § 5 Abs. 1 LOS.

52 § 7 Abs. 2 der Satzung des DFB und § 1 Abs. 1 der Satzung des Ligaverbandes.

53 BKartA 2.9. 1994 – B6-747000-A-105/92, WuW/E BKartA 2682, 2689 (Fußball-Fernsehübertragungsrechte I).

54 BGH 11.12. 1997 – KVR 7/96, WuW/E DE-R 17, 18 (Europapokalheimsiege).

55 BKartA 2.9. 1994 – B6-747000-A-105/92 (Fn. 53) (Fußball-Fernsehübertragungsrechte I); *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 14), § 1 Rn. 31.

werden kann, dass sich Unternehmen mit einer größeren Zahl von Mitgliedern ohne Unternehmenseigenschaft umgeben und unter dem Dach einer juristischen Person wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse fassen, die der behördlichen Kontrolle entzogen sind⁵⁶. Jedenfalls die Vereine der 1. und 2. Bundesliga sind ungeachtet ihrer Rechtsform Unternehmen im Sinne des Kartellrechts⁵⁷. Sie sind in vielfältiger Weise wirtschaftlich tätig, indem sie beispielsweise Stadion-Eintrittskarten verkaufen, Spieler transferieren, Werbeartikel vertreiben und Werbe- und Sponsoring-Verträge schließen sowie Vermarktungsrechte veräußern.

Das führt zum Ergebnis, dass die Wettbewerbsbeschränkungen in den Statuten des DFB auf dem „Beschluss einer Unternehmensvereinigung“ beruhen und diese somit am Kartellverbot des § 1 GWB gemessen werden müssen. Nach dem Immanenzgedanken⁵⁸ sind nur solche Regelungen kartellrechtlich zulässig, die für das Funktionieren des Lizenzsystems zwingend erforderlich sind⁵⁹. 46

c) Vereinbarungen oder Informationsaustausch über Löhne von Arbeitnehmern oder Bezüge von Vorstandsmitgliedern oder Mitgliedern der Geschäftsführung

Auf Vereinbarungen oder den Informationsaustausch zwischen Unternehmen über Löhne von Arbeitnehmern oder Bezüge von Mitgliedern der Unternehmensführung ist das Kartellverbot des § 1 GWB anwendbar, soweit dessen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind und die Vereinbarungen oder der Informationsaustausch nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder zumindest der Vorbereitung von Tarifverträgen stattfinden. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Albany aus dem Jahr 1999, wonach nur die „im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern tatsächlich geschlossenen Verträge“⁶⁰ nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV (beziehungsweise Art. 81 Abs. 1 EG) fallen, scheint eine enge Auslegung dieser Ausnahme angebracht zu sein. Das dürfte bedeuten, dass beispiels- 47

56 BGH 11.12. 1997 – KVR 7/96 (Fn. 54) (Europapokalheimsiele).

57 BGH 11.12. 1997 – KVR 7/96 (Fn. 54) (Europapokalheimsiele); BKartA 2.9. 1994 – B6-747000-A-105/92 (Fn. 54) (Fußball-Fernsehübertragungsrechte I); Entscheidung der Kommission 19.1. 2005 – DG Comp/C-2/37.214, Rn. 21 (Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der deutschen Bundesliga); Entscheidung der Kommission 23.7. 2003 – COMP/C-2/37.398, Rn. 106 (Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League); Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 14), § 1 Rn. 30.

58 Vgl. ausführlich zum Immanenzgedanken Bechtold, 5. Aufl. (Fn. 12), § 1 Rn. 29.

59 Dies steht im Einklang mit der oben zitierten Meca-Medina-Entscheidung des EuGH (Fn. 43).

60 EuGH 21.9. 1999 – Rs. C-67/96 (Fn. 28), Rn. 60 (Albany).

weise Vereinbarungen zwischen den Vorständen zweier Unternehmen, ihre bislang übertariflich bezahlten Mitarbeiter künftig nur noch tariflich zu bezahlen oder sie jedenfalls nicht höher als tarifvertraglich geregelt plus X % zu vergüten, dem Kartellverbot unterfallen.

- 48 Ähnliches gilt für den Austausch von Informationen⁶¹ zum Beispiel über das Gehaltsgefälle unter Wettbewerbern⁶². Nur wenn sich ein solcher Austausch in unmittelbarer Vorbereitung eines Tarifvertrags vollzieht, kann er als Ausfluss der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG dem Kartellverbot entzogen sein. Auch soweit die Offenlegung von Bezügen gesetzlich gefordert ist – wie das seit Neuerem für manche Vorstandsgehälter der Fall ist⁶³ –, liegt selbstverständlich kein Kartellverstoß vor. Wenn es aber keine gesetzliche Offenlegungsverpflichtung gibt und keine ausgeprägte Nähe des Informationsaustauschs zum Abschluss eines Tarifvertrags vorliegt, kann ein solcher Informationsaustausch kartellrechtswidrig sein.

d) Streikhilfeabkommen

- 49 Eine weitere Fallgruppe der Vereinbarung *über* „Ein-Mann-Unternehmen“ bilden die Streikhilfeabkommen als Vereinbarungen zwischen Unternehmen, sich im Fall eines Arbeitskampfs Hilfe zu leisten und aus der streikenden Notlage der Vereinbarungspartner keine Vorteile zu ziehen. Soweit eine solche Verhaltensverpflichtung ein Verbot der Kundenabwerbung impliziert, liegt sie auch nach hergebrachter kartellrechtlicher Auffassung klar im Anwendungsbereich des § 1 GWB. Insbesondere die Kommentierung von *Zimmer* im Kartellrechtskommentar von *Immenga/Mestmäcker* fand dazu schon in der 2001 erschienenen 3. Auflage klare Worte und lehnte auch jegliche Freistellung derartiger Vereinbarungen, zum Beispiel aufgrund einer Güterabwägung unter Berücksichtigung der Kampfparität und der verfassungsrechtlichen Verankerung der Arbeitskampffreiheit, ab⁶⁴. Als „erwägenswert“ bezeichnete *Zimmer* jedoch eine Art Freistellung gewisser Streikhilfeabkommen über die traditionelle Immanenztheorie, die aber nur greifen kann, wenn im Einzelfall das Abkommen als für die Sicherstellung der Kampfparität notwendige Beschränkung anzusehen ist.

61 Vgl. zum Informationsaustausch *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner* (Fn. 13), Art. 81 Rn. 187; *Lettl* (Fn. 30), § 2 Rn. 107; *Nordemann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Fn. 12), § 1 GWB Rn. 88 ff.

62 Vgl. dazu auch *Andritzky*, *Compliance-Regelungen und Tarifrecht*, NZA 2009, 990, 991.

63 Vgl. die Änderungen des HGB durch den Erlass des VorstOG, BGBl. I 2005, S. 2267.

64 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 3. Aufl. (Fn. 11), § 1 Rn. 304, 318.

Gleiches gilt für *arbeitsmarktbezogene* Streikhilfeabkommen, in denen Arbeitgeber darauf verzichten, Arbeitnehmer einzustellen, die streiken oder ausgesperrt sind oder wegen kampfbedingter Betriebsstörungen nicht arbeiten. Die Vermeidung des Wechsels einzelner Arbeitnehmer kann nicht als für das Funktionieren eines Arbeitskamps erforderliche Beschränkung angesehen werden.

2. Vereinbarungen mit „Ein-Mann-Unternehmen“

a) Unbefristete Arbeits- und Dienstverträge

Wettbewerbsfreiheit der Arbeitnehmer oder Dienstleistenden heißt zumindest auch Kündigungsfreiheit. Die in diesem Sinne verstandene Wettbewerbsfreiheit wird durch unbefristete Arbeits- oder Dienstverträge beeinträchtigt.

Unter das Kartellverbot des Art. 101 AEUV (beziehungsweise Art. 81 EG)/§ 1 GWB könnten langfristige Arbeits- oder Dienstverträge fallen, wenn beide Parteien des Vertrags „Unternehmen im Sinne des Kartellrechts“ sind. Das ist – wie oben diskutiert – bei *unselbstständigen* Arbeitnehmern nicht der Fall, so dass bei ihnen auch unbefristete Arbeitsverträge schon aus diesem Grund keinen Kartellverstoß mit Nichtigkeitsfolge darstellen können. Bei als kartellrechtlichen Unternehmen zu qualifizierenden Vertragspartnern wäre der Arbeits- oder Dienstvertrag als vertikale Vereinbarung zu verstehen. Die – auch im deutschen Recht geltende – europäische Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen⁶⁵ stellt Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen frei, wenn der Marktanteil des Lieferanten 30 % nicht überschreitet und wenn keine als „schwarze“ und „graue“ Klauseln bezeichnete Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen.

Die weitere Betrachtung zeigt jedoch schnell, dass die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung auf Arbeits- und Dienstverträge nicht passt. Von der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung werden nur Vereinbarungen problematisiert, die den Abnehmer binden. Im Arbeits- und Dienstverhältnis wären aber der Arbeitnehmer als Lieferant und der Arbeitgeber als Abnehmer zu würdigen. Die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung hinge also vom Marktanteil des Arbeitnehmers ab und würde nur gewisse Bindungen des Arbeitgebers nicht vom Kartellverbot freistellen. Paradoxerweise führt dies zum vielleicht richtigen Er-

65 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Amtsblatt EG 1999 L 336/21).

gebnis, dass auch unbefristete Arbeits- und Dienstverträge stets vom Kartellverbot freigestellt sind.

b) Wettbewerbsverbote

- 54 Zu den Vereinbarungen mit „Ein-Mann-Unternehmen“ gehören auch die Wettbewerbsverbote, wobei zwischen nachvertraglichen Wettbewerbsverboten und Wettbewerbsverboten, die nur die Laufzeit des Vertrags betreffen, zu unterscheiden ist.

[1] Wettbewerbsverbote während der Vertragslaufzeit

- 55 Für Wettbewerbsverbote *während* der Vertragslaufzeit gilt, dass derartige Beschränkungen dem Kartellverbot von vornherein nicht unterfallen, wenn sie mit unselbstständigen Arbeitnehmern, also kartellrechtlichen „Nicht-Unternehmern“, geschlossen werden. Mit kartellrechtlichen „Ein-Mann-Unternehmen“ vereinbarte Wettbewerbsverbote sind wiederum als vertikale Vereinbarungen zu würdigen, die entsprechend der oben zu den langfristigen Verträgen dargestellten Grundsätze vom Kartellverbot freigestellt sind.

[2] Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

- 56 *Nachvertragliche* Wettbewerbsverbote haben zunächst die Besonderheit, dass auch unselbstständige Arbeitnehmer durch diese Verbote in einem Status betroffen sind, in dem sie nicht mehr über den Arbeitsvertrag gebunden sind. Nach Auslaufen der Bindungen des Arbeitsvertrags dürften die meisten Arbeitnehmer als zumindest potenzielle Wettbewerber und damit als Unternehmen zu betrachten sein⁶⁶. Das bedeutet, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote grundsätzlich dem Kartellrecht unterfallen, freilich auch hier mit der sofort zu machenden Einschränkung, dass sie über die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen freigestellt sind. Sie sind daher zulässig, wenn sie sachlich, räumlich und zeitlich auf das unbedingt erforderliche Maß begrenzt sind⁶⁷.

3. Vereinbarungen zwischen „Ein-Mann-Unternehmen“

- 57 Soweit Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche oder sonstige Personen als kartellrechtliche Unternehmen zu qualifizieren sind, unterliegen sie im Umgang mit anderen Unternehmen voll den Beschränkungen des Kartellrechts, wenn nicht – was in einigen Konstellationen denkbar sein mag –

66 *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, 5. Aufl. 2009, Rn. 235e; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl. (Fn. 11), § 1 Rn. 38.

67 *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 17), § 1 GWB Rn. 24.

die fraglichen Vereinbarungen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss von Tarifverträgen stehen.

Das bedeutet, dass beispielsweise Vereinbarungen zwischen Golfprofis, 58 nur noch bei Turnieren mit einem Preisgeld von mindestens einer Mio. Euro anzutreten, ebenso kartellrechtswidrig sind wie Vereinbarungen zwischen Fußballprofis, beim nächsten Vereinswechsel mindestens ein Jahresgehalt von drei Mio. Euro zu verlangen. Ähnliche Vereinbarungen lassen sich zum Beispiel unter den Vorstandsvorsitzenden großer Aktiengesellschaften jedenfalls in der Theorie denken.

„Ein-Mann-Unternehmen“ unterliegen nicht nur dem Kartellverbot aus 59 Art. 101 AEUV (beziehungsweise Art. 81 EG)/§ 1 GWB, sondern haben auch die übrigen Beschränkungen des Kartellrechts zu beachten. Dazu gehört zum Beispiel das Boykottverbot des § 21 Abs. 1 GWB, wonach Unternehmen andere Unternehmen nicht zum Boykott von bestimmten Unternehmen auffordern dürfen. Der Aufruf eines deutschen Vereins an deutsche Spieler, nicht bei ausländischen Vereinen oder bei einem bestimmten Verein aus der 1. Bundesliga anzuheuern, würde diesen Tatbestand erfüllen.

V. Ausblick

Das Kartellrecht wird im Bereich des Arbeitsrechts in der Zukunft eine 60 bedeutendere Rolle spielen als in der Vergangenheit. Das Spannungsverhältnis der beiden Rechtsgebiete wird stärker ins Rampenlicht rücken. Gesetzlich gibt es weder im europäischen noch im deutschen Kartellrecht ein umfassendes Anwendungsverbot, die verbleibenden Ausnahmen werden derzeit eher zu weit ausgelegt.

Ob das allerdings *im Ergebnis* die Rechtsanwendung wesentlich beein- 61 flussen wird, bleibt abzuwarten. Auch bei einer Anwendbarkeit des Kartellrechts lässt sich über die unbestimmten Rechtsbegriffe der Freistellungen vom Kartellverbot und über die Immanenztheorie so manche Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen und „praxisverträglichen Lösungen“ zuführen.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 62 Vielen Dank für diesen faszinierenden Vortrag. Wir haben sehr viele Einzelkonstellationen am Ende noch erleben können, die uns einfach zeigen, welche Relevanz dieses Rechtsgebiet des Kartellrechts gerade auch im Graubereich zwischen dem Arbeitsrecht und demjenigen, welches wir nicht für Arbeitsrecht halten oder vielleicht doch welches ist, hat. Ich meine, wir haben vor allen Dingen auch erlebt, wie stark der potenzielle Einfluss des Kartellrechts auf das Arbeitsrecht ist. Gerade dann, wenn wir uns der unvergessenen These des Kollegen *Ackermann* noch einmal erinnern, dass wir ein Problem haben mit dem Ausschluss des Arbeitsrechts als solchem aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts. Und gerade diese Überlegungen, der unselbstständige Arbeitnehmer ist ein Teil des Unternehmens, aber dann, wenn er sich als potenzieller Teil des Unternehmens anbietet – nämlich Fußballer, der er dann vielleicht einmal werden wird, dann vielleicht aber wieder doch nicht – dann sehen wir, welche Aufweichungstendenzen das hat. Damit darf ich aber die Wortmeldungen aufrufen, die sicherlich zahlreich sein werden.

Harms Lefnaer, Arbeitgeberverband der Deutschen Glasindustrie e.V., München:

- 63 Ich möchte der These 14 schlicht eine Antithese und eine Synthese entgegenbringen. Ich bin der Meinung, wir brauchen ein legitimes Kartell im Arbeitsrecht. Das brauchen wir, um übergeordnete, sozialpolitische Ziele zu verfolgen, soweit vielleicht die Antithese. Die Synthese ist, dass wir dazu aber auch ein Wettbewerbsrecht brauchen, das erkennt, dass wir hier einerseits ein Kartell bilden dürfen, das seinerseits nicht verbraucherschädlich sein darf.

Professor Dr. Thomas Ackermann, Ludwig-Maximilians-Universität München:

- 64 Herr *Denzel*, zum Arbeitnehmer als Unternehmer: Ich finde, noch einen Schritt und Sie sind schon da. Sie haben gesagt, vor Beginn eines Arbeitsverhältnisses, also als Arbeitsuchender, wird der Arbeitnehmer wohl Unternehmen sein. Nachher, wenn wir ihn einem Wettbewerbsverbot unterstellen, ist er nicht nur mit Blick auf selbstständige Tätigkeit Unternehmen, sondern auch mit Blick auf weitere unselbstständige Tätigkeiten. Und mit Blick auf die dazwischen liegende Zeit sagen Sie, wenn ich mir

den Fußballprofi angucke, der den ganzen Tag nach einem neuen Verein schaut, wird er auch, während er sich gerade im Arbeitsverhältnis befindet, Unternehmen sein. Der Umstand, dass er Fußballprofi ist, ist ja akzidentiell. Sie meinen offenbar: Wenn wir einen sehr kompetitiven Markt haben, in dem man ständig auf dem Ausguck ist, auch wenn man gerade einen Job hat – Professoren unterhalb der Berufungshöchstgrenze und Associates in Großkanzleien sind weitere Beispiele –, dann sind diese Arbeitnehmer auch Unternehmen. Da sage ich aber, Herr *Denzel*, dann sind es doch immer alle. Wie wollen Sie das denn noch unterscheiden? Wir machen doch sonst nicht die Unterscheidung, ob wir einen Nachfragemarkt oder einen Angebotsmarkt haben. Daran hängt es ja letztlich, ob man viele Chancen hat oder wenige. Der Umstand, dass dann rein begrifflich auch noch der gute alte Siemensianer oder – wir sind in Baden-Württemberg – der Arbeitnehmer, der bei Daimler oder Bosch 48 Jahre lang schaffen geht, Unternehmen ist, bereitet eigentlich kein Problem. Deshalb würde ich sagen: Herr *Denzel*, dann machen Sie doch den Schritt und sagen, nicht nur vorher, nachher und während des Arbeitsverhältnisses, wenn es irgendwie kompetitiv zugeht, sondern einfach immer ist der Arbeitnehmer Unternehmen, und dann haben wir kein Problem mehr. Das dazu. Zu Ihren weiteren Ausführungen muss man noch einmal scharf nachdenken. Dass langfristige Arbeits- und Dienstverträge aus dem Kartellverbot herausfallen, würde ich anders begründen. Das ist aber egal.

Aus dem Publikum:

Es würde mich aber interessieren, warum Sie es anders beurteilen.

65

Thomas Ackermann:

Wenn wir einen Arbeitnehmer beschäftigen, der seine Arbeitsleistung zur Verfügung stellt, wird einfach eine Angebotseinheit konsumiert. Das ist wie bei einem großvolumigen Bezugsvertrag ohne Exklusivbindung. Da würde man auch sagen, das Volumen ist groß, aber die dem Leistungsaustausch immanente Konsumtion von Angebots- und Nachfrageeinheiten sanktionieren wir nicht. Das ist Markt. Bei den nachvertraglichen Wettbewerbsverboten müssen Sie natürlich aufpassen, wenn Sie sagen, das machen wir dann über die Vertikal-GVO. Das ist ja eine graue Klausel und da haben Sie natürlich eine Laufzeitbegrenzung. Die müssen Sie gegebenenfalls anwenden, und zwar unabhängig von der 30 %-Schwelle, wobei ich jetzt nicht ganz sicher bin, wie die Regelung genau lautet. Aber meine Kernthese ist: Geben Sie sich einen Ruck und sagen, es sind alle Arbeitnehmer Unternehmen. Das ist doch einfacher.

66

Richard Giesen:

- 67 Bevor ich Herrn *Rieble* das Wort erteile, würde ich noch den Tipp geben: Oder Sie machen es wie EuGH in *Höfner*, sagen Arbeitsvermittlung ist die wirtschaftliche Tätigkeit. Wer sich selbst vermittelt ist sein eigener Unternehmer. Aber das ist dann wieder Haare gespalten.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

- 68 Haare spalten ist etwas Feines. Ich will nur zunächst einmal auf zwei faktische Dinge hinweisen: Erstens gibt es derzeit viele verschiedene Gruppierungen, die sich an Vorstandsvergütungsempfehlungssystemen abarbeiten. Die Prüfungsverbände der Genossenschaftsbanken prüfen, ob die Genossenschaftsbanken ihren Vorständen zu viel bezahlen. Deswegen halten sie es für möglich, präventiv echte Vergütungsleitlinien vorzugeben. Da sehe ich ein Problem mit dem Kartellrecht. Und das ist auch durch die Prüfaufgabe nicht immanent gedeckt. Prüfung ist repressiv, Vergütungsgestaltung ist vorgreiflich.

Zweitens gibt es im Moment auch viele Verbände, also Vereinigungen von Unternehmen, die darüber nachdenken, ob die aus dem VorstOG folgenden Konsequenzen durch Empfehlungen zu begleiten sind, die dann aber auch zu konkreten Vergütungshöhen – „nicht mehr als 5 Mio. €“ – gelangen und dann ist auch die Frage: Ist das jetzt eine aus § 87 AktG immanent resultierende Rechtfertigung? Kann man auch sagen, nein, soll doch jedes Unternehmen für sich selber herausfinden, was da angemessen ist, zumal § 87 AktG auch ein dezentraler Maßstab ist, der nicht der Wettbewerbsbeschränkung zugänglich ist. Es soll sogar Anwaltskanzleien geben, die für Verbände solche Gruppenempfehlungen entwickeln. Bei den Fußballprofis habe ich eine konkrete Frage: Ist die Gewerkschaft der Ligaspieler aus Ihrer Sicht ein verbotenes Kartell und also nichtig und aufzulösen? Vorhin hatte ich so eine Art Friedensgefühl – das ist bei mir ganz selten, deswegen ist es erwähnenswert: Bei den Arbeitnehmerähnlichen sagt man ja immer, das sind ja keine Arbeitnehmer, aber wir gestatten dem Arbeitsrecht, in die Wirtschaftsordnung des Selbstständigen hineinzuragen, weil es ein konkretes Ordnungs- und Schutzbedürfnis gibt. Kann man vielleicht umgekehrt auch aus arbeitsrechtlicher Sicht anerkennen, dass es ein gewisses Ordnungsbedürfnis gibt? Dass das Kartellrecht wenigstens bei den Arbeitnehmern, die einen besonderen relativen Selbstständigkeitsgrad haben, einmal ins Arbeitsrecht hinübergreift? Das ist jetzt für die Arbeitsrechtler, die hier anwesend sind, eine ketzerische Bemerkung. Für Herrn *Ackermann* ist es natürlich viel zu wenig, das ist mir schon klar. Aber warum eigentlich soll das Arbeitsrecht nur immer als

Tumor einseitig andere Organe befallen dürfen? Warum soll nicht auch umgekehrt einmal eine Infektion möglich sein?

Richard Giesen:

Dann würden wir die Gewerkschaften Cockpit und die noch zu gründende der Chefärzte als Kartelle ansehen. 69

Volker Rieble:

Und den Hochschullehrerverband. 70

Richard Giesen:

Die dokumentieren aber nur Vergütungstabellen, anstatt nur Vergütungen festzusetzen. Haben wir noch Meldungen? 71

Volker Rieble:

Der Hochschullehrerverband, wenn ich das noch kurz sagen darf, gibt Seminare, in denen er Hochschullehrer berät bei den Verhandlungen über die W-Besoldung. Und da gibt es auch Leitlinien, die da mitgeteilt werden. Das sind jedenfalls Empfehlungen an die „Ein-Mann-Unternehmer“ der Hochschullehrer. 72

Richard Giesen:

Das sind nur weitergegebene Erkenntnisse über die Verhandlungsbereitschaft von Präsidenten. 73

Volker Rieble:

Also ein Preisinformationssystem. 74

Richard Giesen:

Ja. Auf einem Markt, der extrem intransparent ist. Haben wir dann noch Wortmeldungen? 75

Ich hätte selber noch eine kleine Frage, das ist eben von Herrn *Reichold* angesprochen worden, die arbeitnehmerähnliche Person (§ 12a TVG) ist

vielleicht nicht so bedeutend, läge aber im Sinne auch der *Ackermann*'schen These, dass das nationale Arbeitsrecht selbst bestimmen muss, was jetzt nationales Arbeitsrecht ist. Da wäre die Frage, nehmen wir das noch mit hinein oder lassen wir es draußen? Liegt § 12a TVG vielleicht im Widerspruch zu europäischem Kartellrecht?

Dr. Ulrich Denzel, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart:

- 76 Dann nehme ich einmal eins nach dem anderen hier auf. Der erste Einwurf von dem Herrn rechts hinten, der inzwischen den Raum verlassen hat: Wir brauchen einen Ausnahmereich für das Arbeitsrecht. Dem kann ich mich an sich anschließen. Ich glaube, es wäre wahrscheinlich sauberer und auch für die Zukunft einfach sicherer, wenn man so etwas einfach einmal im Gesetz verordnen würde. Man hat natürlich jetzt gleich das Problem mit dem europäischen Gesetzgeber. Wir sind nicht so einfach in der Lage zu sagen, für Deutschland nehmen wir jetzt das Arbeitsrecht einfach einmal aus. Ich habe eingangs erwähnt, dass es zwischendurch eine Bereichsausnahme für den Sport oder für die zentrale Fernsehvermarktung des Sports gab, die war, glaube ich, von Herrn *Schröder* ruckartig eingeführt worden, vielleicht war es auch noch Herr *Kohl*, ich weiß es nicht. Ein einzigartig schnelles Gesetz, § 31a GWB war drin, jeder war zufrieden, bis dann die Europäische Kommission nach der VO 1/2003 sagte, das glauben wir nicht, dass das so einfach ist und wir untersagen jetzt die zentrale Vermarktung in Deutschland dann eben nach europäischem Kartellrecht, wenn ihr da eure Ausnahmereiche schaffen wollt. Waren da übrigens sehr schnell bei der Hand mit der Aussage, das ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt und deswegen eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Mitgliedstaaten und das ging dann über Jahre hinweg. Heute ist der § 31a GWB Ausnahmereich, deswegen wieder raus. Dem Bedürfnis nach einem Ausnahmereich kann ich also nur zustimmen, aber ich glaube nicht, dass es in der Hand des deutschen Gesetzgebers liegt.

Zu der interessanten These von Professor *Ackermann*, der sagte, gehen Sie doch einfach einen Schritt weiter und warum sind Sie da so zögerlich und sagen Sie doch, alle Arbeitnehmer sollen ab jetzt sofort umfassend Unternehmen sein: Ich glaube in der Tat, dass es in der Praxis letztlich keinen Unterschied macht zu dem, was ich hier vorgeschlagen hatte. Als ich heute Morgen hierher fuhr, dachte ich, die werden mich schon zerreißen, wenn ich sage, dass der Profisportler vielleicht oder in gewissen Teilen Unternehmer sein könnte. Dass wir jetzt hier so weit gehen und sich der Widerstand in Grenzen hält, das freut mich auf der einen Seite. Ich glaube aber andererseits nicht, dass es in der Praxis einen ganz großen Unterschied macht, denn wenn Sie jetzt die Reinigungskraft einer großen

Anwaltskanzlei als Unternehmen bezeichnen, wird es im Ergebnis keinerlei Auswirkungen haben, denn für die Bereiche, in denen die Dame dann vielleicht tatsächlich unter das Kartellverbot fällt, wird es an der Spürbarkeit mangeln. Und da möchte ich dann auch den zweiten Teil Ihrer Kommentierung noch beantworten. Zur Frage der langfristigen Arbeitsverträge: Da bin ich mir in meiner Würdigung doch relativ sicher, dass wir eigentlich sagen müssen, diese langfristigen Arbeitsverträge sind kartellrechtlich alle, jedenfalls nach derzeit geltendem Kartellrecht, kein Problem.

Ulrich Denzel:

Was haben wir hier noch? Herr *Rieble* sprach zunächst die Vorstandsvergütungen an und alle möglichen Bestrebungen, die ich im Einzelnen natürlich weit weniger übersehe als Sie. Ich glaube, es wird auf den Einzelfall ankommen. Wer spricht diese Empfehlung aus? Und auch, wie stark wird die Empfehlung letztlich befolgt? Das ist ein Problem, das wir zurzeit in der Kartellrechtsdurchsetzung in einer verwandten Materie haben im Bereich der Preisempfehlungen. Das Gesetz sagt deutlich, unverbindliche Preisempfehlungen sind in Ordnung. Das Bundeskartellamt scheint diese Auffassung so lange zu teilen, wie sie nicht befolgt werden. Das ist ein völlig offener Bereich. Ohne dass ich mich im Einzelnen zu dem äußern kann, was da im arbeitsrechtlichen Bereich im Moment diskutiert wird, glaube ich, dass man da eine einfache Lösung niemals finden wird. 77

Noch zur Frage: Ist die Gewerkschaft der Ligaspieler ein Kartell? Wahrscheinlich ja. Auch der DFB ist ein Kartell, das wurde auch festgestellt. Aber die Frage ist, was tun die da? Nicht das Kartell, also nicht die Vereinigung an sich, ist ja verboten, sondern die Aktion, etwas gegen den Wettbewerb zu tun. Aber wenn sich der Unternehmenszusammenschluss DFB – DFL – das ist das Beispiel, das bis zum BGH durchgepaukt wurde – über die einheitliche Fernsehvermarktung einigt, wird nicht der DFB aufgelöst, sondern es wird die zentrale Vermarktung angegriffen, die deswegen auch ganz stark geändert wurde.

Volker Rieble:

Wenn Fußballspieler wirklich eher ein „Ein-Mann-Unternehmen“ sind, 78 also wenn jetzt diese Gewerkschaft der Ligaspieler sagt, wir wollen einfach das Doppelte, so wie Cockpit, da würde der Arbeitsrechtler sofort sagen, ja, Preiserhöhungen über eine Gewerkschaft ist völlig unproblematisch, Art. 9 Abs. 3 GG, wenn ich jetzt aber hier höre, gerade bei den Profisportlern steht der Unternehmenscharakter deutlich im Vordergrund, gerade

mit Blick auch auf den Wechsel, dann zielt das ja auch darauf ab, im Markt ein insgesamt höheres Preisniveau zu etablieren. Da müsste ich allen Ernstes überlegen, ob das Kartellrecht eine koalitionsrechtlich zulässigerweise gebildete Gewerkschaft im Hauptbetätigungsfeld der Lohnverhandlungen beschneiden kann.

Ulrich Denzel:

- 79 Geht es da um Lohnverhandlungen, da muss man mir einmal als arbeitsrechtlichem Laien auf die Sprünge helfen. Ich hätte Ihre Frage so beantwortet: Ja, wenn man meiner These folgt, dass diese Sportler „Ein-Mann-Unternehmen“ sind, dann ist diese Gewerkschaft eine Unternehmensvereinigung, und wenn die ihren Jungs – und das ist wahrscheinlich der Unterschied – mitgibt, ihr unterschreibt jetzt nicht mehr unter 3 Mio., dann ist das ein Kartell.

Thomas Ackermann:

- 80 Das Schöne an meinem Konzept – es ist peinlich, dass ich das immer wieder hervorhebe – ist ja, dass die Bereichsausnahme aus Albany, über deren Reichweite wir einen kleinen Dissens haben, auf jeden Fall an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpft. Wenn man das Begriffspaar Unternehmen – Arbeitnehmer nicht in wechselseitiger Exklusivität sieht, dann kann man sagen, natürlich können Gewerkschaften aus Unternehmen bestehen, die Arbeitnehmer zugleich sind. Daran hindert uns nur dieses Denken in exklusiven Kategorien: Wer Arbeitnehmer ist, ist nicht Unternehmen und *vice versa*. Wenn man sich einmal davon verabschiedet, sagt man, ja, diese Personen sind Unternehmen, aber sie sind zugleich auch Arbeitnehmer und als Arbeitnehmer können sie sich zusammentun, eine Gewerkschaft bilden und von der Albany-Ausnahme profitieren. Das geht nach Pavlov nur dann nicht, wenn es Selbstständige sind. Im Bereich der Bereichsausnahme holen wir uns natürlich wieder Abgrenzungsprobleme herein. In Pavlov waren es Fachärzte, da war es relativ klar, aber bei den Arbeitnehmerähnlichen, so wie wir sie in Deutschland nennen, hat man auf dieser Ebene ein Abgrenzungsproblem. Aber das betrifft nicht den Anwendungsbereich, sondern die nachgelagerte Frage der Bereichsausnahme.

Ulrich Denzel:

- 81 Wie würden Sie es dann konkret lösen?

Thomas Ackermann:

Ich würde sagen, Profifußballer sind klar Angestellte. Sie werden ja an noch viel kürzeren Zügeln geführt als normale Arbeitnehmer. Denen schreibt man vor, was sie essen und mit wem sie reden dürfen. Ich würde den Fall daher so lösen, dass man sagt, die Profifußballer sind – je nach Vertragsgestaltung – Arbeitnehmer. Sie dürfen dann als Arbeitnehmer Gewerkschaften bilden. Das hängt natürlich von dem Urteil ab, das wir im Rahmen unseres Art. 9 Abs. 3 GG fällen. Sie profitieren dann auch von der Albany-Ausnahme, wenn sie gemeinsam Lohnforderungen stellen, auch wenn die sich in absurden Höhen bewegen. Bei Selbstständigen ist es anders. Wenn sich die Golfspieler, die alle auf eigene Rechnung arbeiten, zusammentun und sagen, wir arbeiten nur noch für Antrittsgelder ab 10.000 €, das ist ein Kartell. 82

Ulrich Denzel:

Das ist schon interessant, dass Sie, obwohl Sie ja den Arbeitnehmer viel mehr zum Unternehmer machen wollen als ich, in dieser Frage jetzt umgekehrt auseinanderfallen. Weil ich in der Tat eigentlich sagen würde, anders als Sie – dass diese Fußballspieler jedenfalls dann, wenn die Vereinbarungen einen Bereich betreffen, der auf den Vereinswechsel abzielt, also nächstes Mal unterschreibst Du nicht unter 3 Mio., dass das ganz klar Unternehmereigenschaft sein muss. 83

Thomas Ackermann:

Ja, die Unternehmereigenschaft ist gegeben. Würden Sie sagen, insoweit sind sie dann auch nicht mehr Arbeitnehmer und profitieren nicht mehr von der Albany-Rechtsprechung? 84

Ulrich Denzel:

Ich würde in der Tat sagen, dass es da keine Bereichsausnahme gibt. 85

Thomas Ackermann:

Dann müssen Sie aber sagen, dass die von mir so genannten kompetitiven Arbeitnehmer wie die Profifußballer von der Gewerkschafts- beziehungsweise Tarifvertragsausnahme ausgeschlossen sind. Das wäre natürlich krass. 86

Ulrich Denzel:

- 87 Das mag sein. Dazu stehe ich hier schon. Aus meinem Kartellrechtlerverständnis heraus sind derartige Dinge, wenn es wirklich nur um den Vereinswechsel geht, dem Kartellverbot unterworfen. Es ist dann zu fragen, gibt es da eine Spürbarkeit? Damit scheide ich die Sachverhalte aus, die nicht flächendeckend genug sind. Aber wenn es hier wirklich die gesamte Fußballprofimannschaft ist, die dazu Einigungen schließt, dann finde ich, gibt es auch keinen Grund, das einem Kartellverbot zu entziehen.

Richard Giesen:

- 88 Ich weiß nicht, ob Sie mit dieser Unterscheidung zwischen Vereinswechsel und Bedingungen, die man dann im Verein hat, die von Herrn *Rieble* gewünschte Infektion des Arbeitsrechts durch das Kartellrecht, herbeiführen. Herr Kollege *Ackermann* versucht noch, die Arbeitsrechtsbereiche zu immunisieren, scheint mir. Haben wir noch weitere Wortmeldungen?

Ansonsten habe ich noch einige amtliche Verkündungen zu machen. Aber erst einmal möchte ich Ihnen ganz herzlich danken.

Das wollte ich eigentlich als Letztes verkündigen: Wir haben nämlich noch ein paar Veranstaltungen vor dem nächsten ZAAR-Kongress: Neues Arbeitskampfrecht. Wir haben am 21.1. 2010 – wie gewohnt donnerstags – Herrn Rechtsanwalt *Lipinski* über „Neue und Besondere Verhandlungsstrategien bei Restrukturierungen“. Kann man sich ungefähr vorstellen, worum es da geht, § 613a BGB und Ähnliches. Wir haben am Donnerstag, den 11.2. 2010 Herrn Dr. *Lessner-Sturm* von der Metro AG über den „Gemeinsamen Betrieb als Gestaltungsmittel“. Da dürfte es um Betriebsverfassungs- aber vielleicht auch um Tarifvertragsrecht gehen. Am 11.3. 2010 im Rahmen der Vortragsreihe den Kollegen *Franzen* von der LMU über die „Aktuelle EuGH-Rechtsprechung im Arbeitsrecht“. Am Donnerstag den 22.4. 2010 Herrn Rechtsanwalt Dr. *Zimmer* über „Arbeitsrechtliche Grenzen bei der Aufklärung von Compliance-Verstößen“. Da hätten wir also die heute schon angesprochene Unterscheidung zwischen Aufgaben und Befugnissen, Zweck und Mitteln bei der Compliance. Hier ist der 7. ZAAR-Kongress am 7.5. 2010. Natürlich steht er unter dem Eindruck der jüngeren Rechtsprechung des 1. Senats. Wir fragen, was dann aus dem Flashmob geworden sein wird. Gestern zugestellt, ab morgen ins Netz gestellt, Bundesarbeitsgericht.de. Da müssen wir für diese schlimme Organisation hier auch noch Werbung machen. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit und bis zum nächsten Mal hoffentlich in München. Auf Wiedersehen.

Diskussionsteilnehmer

Ackermann, Thomas, Seite 44, 45, 46, 48, 50, 52, 78, 127, 129, 152, 153,
158, 159, 160

Caspers, Georg, Seite 80

Denzel, Ulrich, Seite 49, 128, 156, 157, 158, 159, 160

Giesen, Richard, Seite 48, 125, 128, 129, 152, 154, 155, 160

Hinsen, Ludger, Seite 124, 126

Junker, Abbo, Seite 43, 44, 45, 49, 53, 78, 83

Lefnaer, Harms, Seite 43, 152

Reichold, Hermann, Seite 81, 124, 125, 126, 128, 129

Rieble, Volker, Seite 45, 80, 124, 125, 126, 127, 154, 155, 157

Ronellenfitsch, Michael, Seite 126

Stoffels, Markus, Seite 51

Sachregister

Albany A. Rn. 15 ff., B. Rn. 8, 13, 15, 17, 19, 21 ff., E. Rn. 47, 81 ff.

Anbieter-Arbeitsmarktmacht
D. Rn. 1

Angebotswettbewerb B. Rn. 8, 15

AOK A. Rn. 10, 50

Arbeitgeberverband A Rn. 10,
B. Rn. 7, 11, D. Rn. 9, 11, 20, 36 f.,
50, 58

Arbeitnehmer A Rn. 12, B. Rn. 8

Arbeitsmarkteffekt A. Rn. 45

Arbeitsmarktregelungen B. Rn. 19

Arbeitsrechtsakzessorisch A Rn. 45

Arbeitszeitunternehmen D. Rn. 13,
55

Argument der zweiten Linie
B. Rn. 2, 25

Bargaining model A Rn. 2

Bezugsbindungen A. Rn. 45

Boycott B. Rn. 25, D. Rn. 3 ff., 40 ff.

Brentjens A. Rn. 15

Closed shop A. Rn. 45

Collective voice model A Rn. 2

Compliance B. Rn. 31, C. Rn. 24 f.,
D. Rn. 47, 63, E. Rn. 89

**Differenzierungsklausel
A. Rn. 18, 44**

Drijvende Bokken A Rn. 15

Drittwirkung B. Rn. 22, 26,
C. Rn. 20, D. Rn. 36

Efficient wage theorie A Rn. 2

„Ein-Mann-Unternehmen“
E. Rn. 25, 36 ff.

Fairnessabkommen D. Rn. 54

FENIN A. Rn. 10, 49

Firmentarifvertrag B. Rn. 14

Flashmob E. Rn. 89

Flächentarifvertrag B. Rn. 13

Fremdvergabeverbote D. Rn. 25

Gagenabkommen E. Rn. 9

Gegenmachtprinzip B. Rn. 1, 19,
D. Rn. 2

Gewaltenteilung C. Rn. 4

Gewährleistungsstaat C. Rn. 18

Gewerkschaft B. Rn. 10

Gleichbehandlungsideologie
C. Rn. 20

Gütermarktnachfrage D. Rn. 1

GWB-Novelle A Rn. 4 ff., B. Rn. 3,
E. Rn. 3 ff.

Haustarifvertrag B. Rn. 14

Höfner & Elser E. Rn. 22

Horizontalvereinbarung A. Rn. 52

IG Metall D. Rn. 8, 10 ff., 16 ff.

International Transport Workers'
Federation A Rn. 20

Interventionsstaat *C. Rn. 18*

**Kartellrechtliche Immunität
A. Rn. 51**

Kartellrechtserlaubnis *B. Rn. 20*

Kartellverbot *A Rn. 8*

Kernbereichslehre *D. Rn. 48*

Koalitionsfreiheit *D. Rn. 36 ff.*

Kollektivmechanismen *A Rn. 14*

Koalitionsprivilegierung *A. Rn. 44*

Kollektivregelungsbefugnis
D. Rn. 33

Ladenschlusszeiten B. Rn. 23

Lissabon-Vertrag *B. Rn. 19, C. Rn. 7*

Lohnungleichheit *D. Rn. 14, 16*

Lüth-Urteil *D. Rn. 4*

**Marktkonforme Vermachtung
B. Rn. 6**

Marktmachteinsatz *D. Rn. 1, 26, 38*

Marktpreislehre *B. Rn. 6*

Meca-Medina *E. Rn. 31*

Mindestlohntarifvertrag *D. Rn. 12*

Missbrauchskontrolle *B. Rn. 25*

Musterverträge *A. Rn. 52*

Nachfragewettbewerb B. Rn. 15

Pavlov *A. Rn. 16, 46, E. Rn. 81*

Rentenversorgung B. Rn. 4

**„Sauber waschen mit Tarif“
D. Rn. 9**

Sozialpartner *A. Rn. 52, B. Rn. 4,
D. Rn. 29, 34, E. Rn. 47*

Sozial-Testat *D. Rn. 11, 30, 50, 54,
58*

Staat

- als historischer Begriff *C. Rn. 2*

Staatsaufgaben *B. Rn. 2, 5*

Staatsstrukturprinzipien *B. Rn. 9*

Staatszwecke *B. Rn. 5*

Stern-Verträge *D. Rn. 51*

Streikhilfeabkommen *A Rn. 32,
E. Rn. 49*

Tarifregelungen

- mit Durchgriffswirkung *B. Rn. 22*

- ohne arbeitsrechtlichen Bezug
B. Rn. 21

- von Ladenschlusszeiten *B. Rn. 23*

Tariftreue *D. Rn. 12, 27 f., 36 ff.,
54 ff.*

Tarifvertrag zu Lasten Dritter
A Rn. 31

Union wage premium A Rn. 2

Unternehmerbegriff *E. Rn. 25*

- Arbeitgeber *B. Rn. 11*

- Arbeitgeberverband *B. Rn. 11*

- Arbeitnehmer *B. Rn. 8*

- Gewerkschaft *B. Rn. 10*

**van der Woude A Rn. 15, 17,
B. Rn. 19**

Verbandstarifvertrag *B. Rn. 13*

Ver.di *A. Rn. 44, D. Rn. 6*

Vertikales Gegenmachtelement
B. Rn. 17

Viking Line *B. Rn. 19, 25 ff.*

**Walt Wilhelm-Rechtsprechung
A. Rn. 50**

Werteordnung

- Grundrechte *C. Rn. 8*
- Staatsstrukturprinzipien *C. Rn. 9*

Wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung *D. Rn. 45*

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung *B. Rn. 15*

Wirtschaftsverfassung

- Daseinsvorsorge *C. Rn. 13*
- Eigenbetätigung *C. Rn. 15*
- *ius politiae/ius supremae inspectionis C. Rn. 12*
- Öffentliches/privates Recht *C. Rn. 11*

Zwei-Fronten-Prinzip

B. Rn. 11, 18

Zwischenstaatlichkeitsklausel
A Rn. 8, B. Rn. 3

Zwischenstaatlichkeitsschwelle
A Rn. 7

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 Broucker
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