

**Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 27

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

**Ausweitung der Tariftmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten**

8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
Ludwigsburg, 18. November 2011



ZAAR Verlag München 2012

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

© 2012 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 978-3-939671-21-3

Vorwort

Tarifvertrag ist nicht genug. Nach dieser Devise suchen Gewerkschaften neuerdings die begrenzte Tariftmacht nach dem Tarifvertragsgesetz zu überwinden und mit Unternehmern oder Anteilseignern das an sich freie Unternehmerverhalten zu reglementieren: Für die Sanierungsvereinbarungen mit Opel wird festgesetzt, dass die GmbH sich in eine mitbestimmungsintensivere AG umzuwandeln habe; der spanische Investor ACS trifft mit der IG BAU eine Investorenvereinbarung, die der Gewerkschaft einen Alleinvertretungsanspruch und Mitbestimmung sichert – gegen das Einverständnis zur begrenzt freundlichen Übernahme. Kollektivverträge regulieren das Marktverhalten der Unternehmen, und die rechtlichen Rahmenbedingungen sind nur ansatzweise geklärt.

München, November 2011

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Hermann Reichold

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Felix Hartmann</i>	
Grenzen der Tarifautonomie über Unternehmerverhalten	15
Diskussion	48
 <i>Richard Giesen</i>	
Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten	57
Diskussion	74
 <i>Thomas Wessely</i>	
Kartellrechtliche Aspekte des gewerkschaftsnützigen Einsatzes der Nachfragemacht von Großunternehmen	85
Diskussion	110
 <i>Martin Franzen</i>	
Kampfmitteleinsatz für außertarifliche Regelungen	119
Diskussion	143
Diskussionsteilnehmer	153
Sachregister	155

Autoren

Franzen, Martin, Dr. iur., ordentlicher Professor für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Giesen, Richard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Hartmann, Felix, Dr. iur., LL.M. (Harvard), Akademischer Rat a.Z. am Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht der Universität Heidelberg

Wessely, Thomas, Dr. iur., Rechtsanwalt in der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer, Brüssel

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort	Bd.	Band, Bände
Abs.	Absatz, Absätze	BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
ACS.....	Actividades de Construcción y Servicios	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BGH.....	Bundesgerichtshof
AG	Aktiengesellschaft	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
AiB.....	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)	BKartA.....	Bundeskartellamt
AktG	Aktiengesetz	Bl.	Blatt, Blätter
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
ArbG	Arbeitsgericht	BUrlG	Bundesurlaubs-gesetz
ArbGG	Arbeitsgerichts-gesetz	BVerfG.....	Bundesverfas-sungsgericht
ArbRdGgw.....	Das Arbeitsrecht der Gegenwart (Zeitschrift)	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesver-fassungsgerichts
ArbZG.....	Arbeitszeitgesetz	ca.	circa
Art.	Artikel	CSR.....	Corporate Social Responsibility
AT.....	außertariflich	DB	Der Betrieb (Zeit-schrift)
AÜG.....	Arbeitnehmer-überlassungs-gesetz	dens.	denselben
Aufl.....	Auflage	ders.....	derselbe
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	EFZG	Entgeltfortzah-lungsgesetz
a.Z.	auf Zeit	EGMR.....	Europäischer Ge-richtshof für Menschenrechte
BAG	Bundesarbeits-gericht	EMRK.....	Europäische Menschenrechts-konvention
BAGE.....	Entscheidungen des Bundes-arbeitsgerichts	etc.....	et cetera
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	EU	Europäische Union
		EuG	Gericht erster In-stanz der Euro-päischen Gemein-schaften

EuGH	Europäischer Gerichtshof	lit.....	littera
EUV.....	Vertrag über die Europäische Union	M & A.....	Mergers & Acquisitions
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	MDR.....	Monatsschrift für Deutsches Recht
EWG.....	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	NGO	Non-Governmental Organization
f., ff.....	folgende	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	NJW-RR.....	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	Nr.....	Nummer, Nummern
GbR.....	Gesellschaft bürgerlichen Rechts	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GewO	Gewerbeordnung	OLG.....	Oberlandesgericht
GG.....	Grundgesetz	OT	ohne Tarifbindung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	R.....	Rückseite
GmbHG.....	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	Rn.	Randnummer, Randnummern
Hrsg.	Herausgeber	S.	siehe; Seite, Seiten
IG	Industriegewerkschaft	SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
IG BCE	Industriegewerkschaft Bergbau Chemie Energie	SE.....	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)		
JZ	Juristenzeitung		
LAG	Landesarbeitsgericht		

SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft	usw.	und so weiter
Slg.....	Amtliche Sammlung	UWG.....	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
TVG	Tarifvertragsgesetz	vgl.....	vergleiche
TVVO.....	Tarifvertragsverordnung	VW.....	Volkswagen
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz	WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/ Entscheidungen (Zeitschrift)
u.a.....	unter anderem; und andere	z.B.	zum Beispiel
UN	United Nations	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
		ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Grenzen der Tarifautonomie über Unternehmerverhalten

Felix Hartmann

Seite

I. Der Zugriff auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch normative Tarifregelungen als aktuelles Rechtsproblem	17
II. Die mangelnde Leistungsfähigkeit der herkömmlichen Konkordanzmethodik	20
1. Die bisherigen Versuche zur Konkretisierung des Verhältnisses zwischen Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit	20
2. Die Konkordanzmethodik als herkömmlicher Problemzugriff	21
3. Die Unsicherheiten bei der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen unternehmerischer Freiheit und Tarifautonomie	23
III. Der Zweck der gewerkschaftlichen Marktmacht als Grenze für die finale Beeinflussung des Unternehmerverhaltens durch normative Tarifregelungen	26
1. Die allgemeinen Bedenken gegen den gezielten Zugriff auf die unternehmerische Freiheit im Rahmen von Austauschverträgen	26
2. Die spezifischen Bedenken gegen den gezielten Zugriff auf die unternehmerische Freiheit durch normativ wirkende Tarifregelungen	28
a) Die Bezogenheit auf den Arbeitsvertrag als integraler Bestandteil der Ursprungsidee von der Tarifautonomie	28
b) Die inhaltliche Beschränkung der Normsetzungsbefugnis als Folgerung aus der gesetzlichen Regelung des Tarifvertragswesens	29
aa) Inhaltsnormen als ungeeignete Kategorie für den Zugriff der Tarifvertragsparteien auf unternehmerische Fragen	29
bb) Betriebsnormen als ungeeignete Kategorie für den Zugriff der Tarifvertragsparteien auf unternehmerische Fragen	31
cc) Die fehlende gesetzliche Grundlage für die normative Tarifregelung unternehmerischer Fragen jenseits der arbeitsvertraglichen Sphäre	34

c)	Folgerungen für die Reichweite der Tarifautonomie gegenüber der Unternehmerfreiheit	35
aa)	Die Bedeutung der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Tarifvertragswesens in ihrer historischen Genese für die Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG	35
bb)	Die mangelnde Eignung der Gewerkschaften zur Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen jenseits der arbeitsvertraglichen Sphäre	37
cc)	Die sachliche und personelle Reichweite der Tarifmacht als Grenze für den Zugriff auf die Unternehmerfreiheit	38
3.	Folgerungen für die Grenzen des Zugriffs auf die unternehmerische Freiheit im Zusammenhang mit normativen Tarifregelungen.....	40
a)	Die Grenzen des Zugriffs durch die tatbestandliche Anknüpfung in Tarifregelungen mit normativem Geltungsanspruch	40
b)	Die Grenzen des Zugriffs durch Koppelungsgeschäfte zwischen normativen und schuldrechtlichen Tarifregelungen	42
IV.	Systemkonforme Gestaltungsalternativen und Reformansätze zur Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung an unternehmerischen Entscheidungen	43
V.	Zusammenfassung in Thesen.....	46
Diskussion		48

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten* (München 2012), S. 15-47

I. Der Zugriff auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit durch normative Tarifregelungen als aktuelles Rechtsproblem

Die Reichweite der Tarifautonomie gegenüber der unternehmerischen Freiheit gehört seit Jahrzehnten zu den meistdiskutierten Fragen an der Schnittstelle zwischen kollektivem Arbeitsrecht und allgemeinem Wirtschaftsrecht. Die in Deutschland vor allem von *Biedenkopf*¹ angestoßene Debatte hat ein Vorbild nicht zuletzt in den heftigen Auseinandersetzungen über die sogenannten *managerial prerogatives* in den Vereinigten Staaten². Auch hierzulande hat die Gerichtspraxis immer wieder Anlass zu entsprechenden Diskussionen gegeben. Zu nennen sind etwa Entscheidungen zu tarifvertraglichen Besetzungsvorschriften³ und Personalbemessungssystemen⁴. Gleichwohl konnte noch vor einigen Jahren ein Standardkommentar zum TVG feststellen, dass die praktische Bedeutung von Tarifverträgen über unternehmenspolitische Fragen lange Zeit hinter der Grundsätzlichkeit der juristischen Debatte zurückgeblieben sei⁵. Spätestens die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit von Streiks bei drohenden Standortschließungen und -verlagerungen haben die Relevanz des genannten Problems allerdings deutlich vor Augen geführt. Nachdem das BAG bekanntlich nicht nur Tarifsozialpläne als sol-

- 1 *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I/1, 1966, S. 97, 156 ff.
- 2 Siehe aus der rechtsvergleichenden Literatur *Biedenkopf*, Unternehmer und Gewerkschaft im Recht der Vereinigten Staaten, 1961, S. 58 f.; *Siegrist*, Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch Arbeitnehmervertreter im deutsch-amerikanischen Rechtsvergleich, 2008, insbesondere S. 96 ff.; *Wiedemann*, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 301, 307 ff. (erneut abgedruckt in: RdA 1986, 231 ff.) sowie die knappen Darstellungen bei *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 343; *Summers*, Employee Participation and Collective Decision Making in Private Enterprises, in: Gamillscheg et al. (Hrsg.), Mitbestimmung der Arbeitnehmer, 1978, S. 163, 179 f.; vgl. für die Kritik am Konzept von „*reserved rights*“ des Arbeitgebers nur etwa *Klare*, Workplace Democracy & Market Reconstruction, 38 Catholic University Law Review 1, 49-52 (1988).
- 3 Siehe etwa BAG 13.9. 1983 – 1 ABR 69/81, BAGE 44, 141; BAG 26.4. 1990 – 1 ABR 84/87, BAGE 64, 368; BAG 22.1. 1991 – 1 ABR 19/90, AP Nr. 67 zu Art. 12 GG; BAG 18.3. 2008 – 1 ABR 81/06, BAGE 126, 176.
- 4 Siehe BAG 3.4. 1990 – 1 AZR 123/89, BAGE 64, 284; zur sachlichen Regelungsbefugnis in diesen Fällen eingehend *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, insbesondere S. 73 ff.
- 5 So *Hensche*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 828, der allerdings bereits eine Zunahme der praktischen Relevanz prognostiziert.

che, sondern auch entsprechende Arbeitskämpfe gebilligt hat⁶, scheinen die damit zusammenhängenden Fragen wenn auch nicht in der Sache, so doch zumindest für die Praxis vorläufig geklärt zu sein⁷. Weil sie zudem bereits Gegenstand eines Ludwigsburger Rechtsgesprächs gewesen sind⁸, können sich die folgenden Ausführungen auf neuere Entwicklungen konzentrieren.

Nach verbreiteter Auffassung ist die normative Tarifregelung unternehmerischer Fragen von vornherein unzulässig, soll aber mangels intendierter Auswirkung auf die einzelarbeitsvertragliche Sphäre auch gar nicht erforderlich sein⁹. In der jüngeren Tarifpraxis finden sich jedoch immer häufiger Vereinbarungen, die zwar vordergründig nur die Arbeitsbedingungen betreffen, bei einem genaueren Blick jedoch gezielt auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zugreifen. Ein aktuelles Beispiel ist das im vergangenen Jahr bei Opel vereinbarte „*Master Agreement*“, dessen Inhalte ein lebhaftes Presseecho gefunden haben¹⁰. Die mit mehreren Arbeitgeberverbänden, den Betriebsräten und der IG Metall Ende Juli 2010 getroffene Rahmenvereinbarung sieht neben dem Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen bis zum Jahr 2015 unter anderem folgende Regelungen vor: Die Arbeitnehmer verzichten auf Gehaltsbestandteile, die von Opel auf ein Treuhandkonto eingezahlt werden. Die Beträge sollen nur dann wieder zurück an das Unternehmen fließen, wenn bestimmte Managementziele erreicht sind. Zur Konkretisierung dieser sogenannten „*Milestones*“, bei deren Verfehlung die Summe zugunsten der Mitarbeiter verwendet werden soll, enthält die Vereinbarung nicht zuletzt Festlegungen zur Modellpolitik der kommenden Jahre. Zudem sind in der Rahmenvereinbarung Investitions- und Produktionszusagen für verschiedene Standorte enthalten: Danach soll etwa die Fertigungsstraße des Bochumer Werks auf eine neue Karosserieplattform umgestellt und ein bestimmter Van ausschließlich dort montiert werden. Selbst der im „*Master Agreement*“ vereinbarte und zu Beginn des Jahres 2011 auch vollzogene Rechts-

-
- 6 Siehe BAG 6.12. 2006 – 4 AZR 798/05, BAGE 120, 281, Rn. 28 ff. sowie BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134, Rn. 77 ff.
 - 7 Picker, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung (Teil III A-B), ZfA 2011, 443, 486 spricht davon, dass der Streit „gleichsam höchstinstanzlich sediert“ sei, und weist zugleich zutreffend auf die mangelnde Klärung in der Sache hin.
 - 8 Siehe Lobinger, Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und -verlagerungen?, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, § 3; dort Rn. 42 ff. auch zur besonders umstrittenen Frage nach einer etwaigen Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG.
 - 9 In diesem Sinn etwa Beuthien, Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1984, 1, 15; für Standortfragen ebenso Krause, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 2007, S. 56 f.
 - 10 Vgl. nur FAZ vom 28.7. 2010, S. 15.

formwechsel von einer GmbH in eine Aktiengesellschaft war Gegenstand einer Regelung mit normativem Regelungsanspruch: Die Rahmenvereinbarung sah vor, dass das von den Arbeitnehmern zu Sanierungszwecken „eingebrachte“ hälftige Weihnachtsgeld für 2010 auszubezahlen war, wenn die Umwandlung nicht bis zum Jahresende wirksam geworden sein sollte¹¹.

Regeln solche mehrseitigen Vereinbarungen Lohn- und Arbeitsbedingungen, sind sie allenfalls unter der Voraussetzung wirksam, dass sie als Tarifverträge qualifiziert werden können¹². Die entscheidende Frage lautet dann aber, ob die normative Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien einen derartigen Zugriff auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit erlaubt. Stets im Auge zu behalten ist dabei die arbeitskampfrechtliche Seite. Hält man daran fest, dass alles, was (normativ) regelbar ist, auch erkämpfbar sein muss¹³, wäre mit der Anerkennung der Regelungsbefugnis zugleich entschieden, dass die Gewerkschaften einem Arbeitgeber bestimmte unternehmerische Entscheidungen mit Streikmitteln aufzwingen könnten¹⁴.

In Verhandlungen über normativ wirkende Tarifregelungen kann die unternehmerische Freiheit auch dann eine Rolle spielen, wenn keine unmittelbare tatbestandliche Verknüpfung mit einem bestimmten Verhalten der Arbeitgeberseite erfolgt. So ist es etwa denkbar, dass eine Gewerkschaft zu Sanierungsverzicht nur bereit ist, wenn sich der Arbeitgeber in einer parallelen schuldrechtlichen Vereinbarung zu einem bestimmten unternehmerischen Verhalten verpflichtet. Zu einem ähnlichen Konnex zwischen normativen und schuldrechtlichen Regelungen kommt es, wenn eine Gewerkschaft den Arbeitgeber mit einer hohen Lohnforderung überzieht, zugleich aber Verhandlungsbereitschaft für den Fall signalisiert, dass der Arbeitgeber in einer schuldrechtlichen Vereinbarung Produktions- oder Investitionszusagen abgibt. Gewissermaßen als Vorfrage ist

11 Der Rechtsformwechsel wurde dann allerdings im Einvernehmen mit der Arbeitnehmerseite auf den Beginn des Jahres 2011 verlegt, um für 2010 keinen Abhängigkeitsbericht vorlegen zu müssen; vgl. Handelsblatt Online vom 23.11. 2010.

12 Vgl. für die Anforderungen der Rechtsprechung an derartige Vereinbarungen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsquellenklarheit BAG 15.4. 2008 – 1 AZR 86/07, BAGE 126, 251, Rn. 17 ff.; kritisch *Ruch*, Dreiseitige Vereinbarungen, 2010, S. 142 ff.; dort S. 30 ff. auch zu den Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer dreiseitigen Vereinbarung als Tarifvertrag.

13 Siehe nur BAG 12.9. 1984 – 1 AZR 342/82, BAGE 46, 322, 357; *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 123; kritisch etwa *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 13 ff.

14 Zur arbeitskampfrechtlichen Seite des Problems siehe das Referat von *Franzen* in diesem Band (S. 119 ff.).

auch insoweit zunächst zu klären, ob eine rein normative Regelung derartiger Sachverhalte zulässig wäre. Deshalb konzentrieren sich die folgenden Ausführungen zunächst auf das Problem, ob Arbeitnehmeransprüche in normativen Tarifregelungen unter die tatbestandliche Bedingung gestellt werden können, dass der Arbeitgeber Zusagen über sein unternehmerisches Verhalten nicht gerecht wird.

II. Die mangelnde Leistungsfähigkeit der herkömmlichen Konkordanzmethodik

1. Die bisherigen Versuche zur Konkretisierung des Verhältnisses zwischen Tarifaufonomie und Unternehmerfreiheit

Bislang ist es nicht gelungen, das Verhältnis zwischen Unternehmerfreiheit und Tarifaufonomie auf eine griffige Formel zu bringen. *Gamillscheg* bemerkt dazu: „Ein subsumtionsfähiger Begriff wäre nützlich, hat sich aber noch nicht gefunden.“¹⁵ Nicht durchsetzen konnte sich insbesondere der von *Biedenkopf*¹⁶ entwickelte Ansatz, es gehe bei den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen lediglich um „den arbeits- und sozialpolitischen Datenkranz, der der unternehmerischen Planungs- und Koordinationstätigkeit vorgegeben ist“. Gleiches gilt für die radikale Gegenauffassung, nach der „alles, was zur Wahrung und Förderung der Produktivität der Wirtschaft im allgemeinen, einzelner Gewerbezweige oder Unternehmen im besonderen erforderlich und dienlich ist, grundsätzlich zur legitimen Thematik des Tarifvertrages“ gehört¹⁷. Wegen mangelnder Trennschärfe ist auf Ablehnung bislang auch die Unterscheidung danach gestoßen, ob die jeweilige unternehmerische Maßnahme den Rechtskreis der Arbeitnehmer unmittelbar oder lediglich mittelbar betrifft¹⁸. Größere Gefolgs-

15 *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 342. Demgegenüber fragt *Loritz* (Fn. 4), S. 72, „ob man die Abgrenzung [zwischen unternehmerischer Autonomie und Tarifaufonomie] nicht zu lange anhand einer griffigen Einheitsformel gesucht hat, die es nicht geben kann“.

16 *Biedenkopf*, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Fn. 1), S. 163; im Ergebnis zustimmend *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 181.

17 So *Krüger*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Fn. 1), S. 7, 62, der insoweit allerdings weniger auf die Fassung des Art. 9 Abs. 3 GG als vielmehr auf „Status und Funktion der Sozialpartner in der Verfassungswirklichkeit“ abhebt; ablehnend *Richardi* (Fn. 16), S. 181.

18 Siehe für diesen Ansatz insbesondere *Wiedemann*, Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 302 f. sowie ferner *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 220; *Kulka*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandel, RdA 1988, 336, 345; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifaufonomie, 1992, S. 72; *Thüsing*, in: Thüsing/Braun (Hrsg.), Tarifrecht, 2011, § 1 Rn. 37; ablehnend *Hensche*, in: Däubler (Fn. 5), § 1 Rn. 830 f.; *Stark*,

schaft nicht zuletzt in der Rechtsprechung¹⁹ hat eine häufig zitierte Wendung *Wiedemanns* gefunden, nach der die grundsätzliche Entscheidung, „ob, was und wo produziert wird“, allein von der Geschäftsleitung zu treffen ist²⁰. Dass es mit der vermeintlichen Klarheit dieser Aussage nicht allzu weit her ist, wird deutlich, wenn es zugleich heißt, dass „[d]ie Steuerung der unternehmerischen Sachentscheidung [...] mit Rücksicht auf ihre sozialen Folgewirkungen grundsätzlich vom Regelungsauftrag des Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt“ sei²¹. Auch das BAG spricht in wörtlicher Übernahme einer Formulierung *Beuthiens*²² mitunter davon, dass sich der Regelungsauftrag „immer dann, wenn sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen, zwangsläufig mit auf die Steuerung der unternehmerischen Sachentscheidung“ beziehe²³.

2. Die Konkordanzmethodik als herkömmlicher Problemzugriff

Ungeachtet des breiten Meinungsspektrums zum Verhältnis zwischen Tarifautonomie und unternehmerischer Freiheit bildet den entscheidenden Anknüpfungspunkt quer durch alle Lager zumeist Art. 9 Abs. 3 GG. Jedoch ist es bekanntlich bereits umstritten, welches Gewicht dem zweiten Teil des Begriffspaares „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zukommen soll. Nach einer Auffassung beschränkt sich die Bedeutung auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen und umfasst insbesondere nicht „sonstige Bedin-

Verfassungsfragen einer Arbeitsplatzsicherung durch Tarifvertrag, 1989, S. 52 ff.; *Weyand*, Die tarifvertragliche Mitbestimmung unternehmerischer Personal- und Sachentscheidungen, 1989, S. 81 f.

19 Siehe BAG 3.4. 1990 – 4 AZR 123/89 (Fn. 4), 296; LAG Hamm 31.5. 2000 – 18a Sa 858/00, AP Nr. 158 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, sub III 1 a, cc; LAG Schleswig-Holstein 27.3. 2003 – 5 Sa 137/03, AP Nr. 165 zu Art. 9 Arbeitskampf, sub B II 1.2.2.

20 Siehe *Wiedemann*, Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 316 sowie etwa *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 12 f.; *Krause*, in: *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht, 2007, § 1 Rn. 76; *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie, 1987, S. 98.

21 So *Wiedemann*, Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 307.

22 *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 14.

23 BAG 3.4. 1990 – 4 AZR 123/89 (Fn. 4), 296; ähnlich auch *Dieterich*, Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat, AuR 2007, 65, 70; kritisch gegenüber der Widersprüchlichkeit dieser Judikatur *Krause* (Fn. 9), S. 60; *Kühling/Bertelsmann*, Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit, NZA 2005, 1017, 1022 und besonders *Lobinger*, in: *Rieble* (Fn. 8), § 3 Rn. 10; das BAG verteidigend hingegen *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 41, nach dessen Verständnis das BAG die Unternehmensautonomie nur dort ungeschmälert zur Geltung kommen lassen will, wo keine negativen Auswirkungen für die Beschäftigten zu erwarten sind; ähnlich *Zachert*, in: *Kempen/Zachert* (Hrsg.), TVG, 4. Aufl. 2006, § 1 Rn. 488.

gungen des Wirtschaftens“ wie Investitionen und Preise²⁴. Die Gegenposition will die tarifvertragliche Regelungsbefugnis grundsätzlich auf alle im Produktionsprozess fallenden Entscheidungen erstrecken²⁵. Wenngleich sich die meisten der heutigen Stellungnahmen zwischen diesen Extremen bewegen²⁶, kann von einer Konsolidierung des Meinungsstands keine Rede sein.

Allerdings besteht ohnehin ein weitgehender Konsens darüber, dass sich die Grenzen für den tarifvertraglichen Zugriff auf die unternehmerische Freiheit nicht allein im Wege der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG ermitteln lassen. Vielmehr steht hinter den beschriebenen Ansätzen in methodischer Hinsicht ganz überwiegend der Versuch, praktische Konkordanz zwischen der Tarifautonomie und der zumeist in Art. 12 Abs. 1 GG verorteten unternehmerischen Freiheit herzustellen. So spricht etwa das BAG in einem häufig diskutierten Urteil zur kampfweisen Durchsetzung von Zeitzuschlägen bei Personalbemessungssystemen davon, dass „diese Grundrechtsgewährleistungen so auszudeuten“ seien, „daß beide jeweils bestmöglich wirksam werden“²⁷. Dass auch die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers über das „Ob“, „Wann“ und „Wo“ der Produktion letztlich entsprechenden Abwägungen unterliegen soll, zeigt sich, wenn etwa *Wiedemann*²⁸ einen „sachgerechte[n] Ausgleich beider Grundwerte im Einzelfall“ jedenfalls dann für erforderlich hält, wenn der Regelungsgegenstand nicht dem Kernbereich eines dieser „Grundwerte“ zugeordnet werden kann. Nur im konkreten Maßstab, nicht jedoch im methodischen Ansatz weichen Lehren ab, die zugunsten der Gewerkschaften ebenfalls die Berufsfreiheit als maßgeblichen Abwägungsfaktor sehen und damit nicht zuletzt verhindern möchten, dass der Arbeitgeber „[i]m Rahmen der Interessenabstimmung mit der Arbeitnehmerseite [...] mehr ‚unantastbare‘ Spielräume verlangen [kann,] als er sie im Verhältnis zu anderen

24 So *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, § 9 III 1, S. 95; vgl. auch *Forsthoff*, Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, 381, 385 f.; *W. Weber*, Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, S. 239, 246, die keinen Unterschied zu den „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ im Sinne des früheren § 152 Abs. 1 GewO sehen.

25 So *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973, S. 185 ff.; vgl. auch *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, Die Zulässigkeit tarifvertraglicher Besetzungsregelungen, RdA 1980, 299, 307; *Hensche*, Tarifvertrag und Unternehmenspolitik, AuR 2004, 443, 448.

26 Siehe für eine solche Mittelposition etwa *Krause*, in: *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 20), § 1 Rn. 30.

27 BAG 3.4. 1990 – 4 AZR 123/89 (Fn. 4), 295 unter Berufung auf *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 12; zustimmend *Franzen*, Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, 315, 335.

28 *Wiedemann*, Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 320.

Grundrechtsträgern besitzt“²⁹. Teilweise erkennt man in Art. 9 Abs. 3 GG „ein verfassungsrechtliches Konzept, das die praktische Konkordanz der Berufsrechte von A[rbeitgebern] und A[rbeitnehmern] mit privatrechtlichen Mitteln möglich macht“, und stellt damit die Koalitionsfreiheit als solche in den Dienst der Auflösung von Grundrechtskollisionen³⁰.

Gegen den Befund einer dominanten Konkordanzmethodik spricht auch nicht die häufig zitierte Aussage des BVerfG, es sei ein „angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative [...] unantastbar“³¹. Zwar haben einzelne Gerichte das Kriterium eines „unantastbaren Kernbereich[s] der dem Arbeitgeber zustehenden Unternehmensautonomie“ gerade mit Blick auf das Verhältnis zu den Tarifvertragsparteien mit konkreten Beispielen ausgefüllt: Genannt wird etwa „die Entscheidung über Schließung oder Veräußerung [des] Betriebs, über Standortverlagerung und Personalabbau, über Festlegung von Produktions-, Organisations- und Vertriebsstrukturen sowie Investitionen“³². Wie nicht zuletzt die bereits erwähnte Judikatur zu den Standortsicherungsfällen in ihrer gesamten Breite zeigt, hat sich aber keineswegs die Auffassung durchgesetzt, dass bestimmte Regelungsgegenstände von vornherein dem Zugriff der Tarifvertragsparteien entzogen sein sollen. Vielmehr weist gerade auch das Kriterium des „angemessenen Spielraum[s] zur Entfaltung der Unternehmerinitiative“ auf die angenommene Notwendigkeit zur Abwägung je nach Eingriffsintensität hin³³.

3. Die Unsicherheiten bei der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen unternehmerischer Freiheit und Tarifautonomie

Der Versuch, die Reichweite der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis gegenüber der unternehmerischen Freiheit mit der herkömmlichen Konkordanzmethodik näher zu bestimmen, ist zum Scheitern verurteilt. Zu-

29 So Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 23), § 1 Rn. 42; ähnlich Hensche, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 833; Sympathie für diesen Ansatz auch bei Krause (Fn. 9), S. 94.

30 So Dieterich, AuR 2007, 65, 70, dessen Bekenntnis zum privatrechtlichen Charakter der Tarifautonomie und zur Bezogenheit des Tarifvertrags auf den Arbeitsvertrag (a.a.O., S. 69) vor diesem Hintergrund in anderem Licht erscheint.

31 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 und andere, BVerfGE 50, 290, 366; siehe außerdem BVerfG 14.10.1970 – 1 BvR 306/68, BVerfGE 29, 260, 266 f. mit weiteren Nachweisen; BVerfG 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196, 210.

32 LAG Schleswig-Holstein 27.3.2003 – 5 Sa 137/03 (Fn. 19), sub B II 1.2.2.

33 In der Analyse wie hier Hensche, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 834; vgl. ferner Thüsing, in: Thüsing/Braun (Fn. 18), § 1 Rn. 37.

nächst einmal bringt die als gegenläufiger Abwägungsfaktor herangezogene Grundrechtsgewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG neue Unsicherheiten mit sich. Denn der danach geschützte Umfang der Berufsfreiheit ist seinerseits alles andere als geklärt. Teilweise macht man geltend, dass „in einer Wettbewerbswirtschaft, in der keine zentrale Planung stattfindet, [...] der Unternehmer im Rahmen vorgegebener Daten seine Koordinations- und Planungsfunktion frei von rechtlichen Bindungen an Dritte oder staatlichen Anordnungen“ wahrnehmen können müsse³⁴. Andere Stimmen mahnen demgegenüber eine „Entmystifizierung“ der unternehmerischen Freiheit an, weil sich der Unternehmer in der wirtschaftlichen Realität ohnehin „stets in einem Geflecht von Einflussnahmen und Abhängigkeiten“ bewege³⁵.

Diese Unsicherheiten setzen sich bei der Auflösung der angenommenen Grundrechtskollision fort. Dies zeigt exemplarisch der Blick auf die entsprechenden Diskussionen über Tarifverträge zur Standortsicherung und ihre Erkämpfbarkeit³⁶. Die erhebliche Bandbreite der Ergebnisse kann angesichts der zugrunde liegenden Methodik nicht überraschen. Mit der Aufgabe, die beteiligten Interessen gegeneinander abzuwägen, überträgt man dem Rechtsanwender zwangsläufig eine rechtsschöpferische Befugnis, die ihm nicht zukommt. Die Konkordanzmethodik bewirkt damit nicht nur erhebliche Einbußen an Rechtssicherheit, sondern gefährdet auch die jeweils betroffenen Freiheitssphären³⁷. Die Forderung, die Reichweite der Tarifautonomie gewissermaßen „von innen heraus“ zu bestimmen und folglich anstelle der „Außenschränken“ die „Innenschränken“ in den Blick zu nehmen³⁸, stimmt mit neueren Strömungen der Grundrechtsdogmatik überein. Zunehmend erkennt man, dass die einzelfallorientierte Abwägungsmethodik trotz regelmäßig weit gezogener Schutzbereiche im Ergebnis zu einer tendenziellen Grundrechtsschwächung führen muss. Denn in einem solchen System folgt aus einem Grundrecht nichts weiter als eine Abwägungsposition, die sehr viel eher von dem Allgemeinwohlempfinden

34 So *Biedenkopf*, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Fn. 1), S. 161 f.

35 So *Hensche*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 832; ähnlich ArbG Lübeck vom 29.5. 2001 – 6 Ga 21/01, AiB 2002, 122, 125 sowie *Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 23), § 13 Rn. 42; siehe zu diesem Ansatz noch näher unten III 1.

36 Vgl. *Krause* (Fn. 9), S. 93 ff. für eine anschauliche Schilderung der abweichenden Resultate bei der Herstellung praktischer Konkordanz in der besonders strittigen Frage nach der Zulässigkeit von Arbeitskämpfen zur Standortsicherung.

37 Zutreffend *Lobinger*, in: Rieble (Fn. 8), § 3 Rn. 20.

38 Besonders prägnant *Lobinger*, in: Rieble (Fn. 8), § 3 Rn. 21 f.

des Rechtsanwenders verdrängt wird als ein tatbestandlich präzise gefasster Freiheitsbereich³⁹.

Die Suche nach dem spezifischen Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG profitiert nach heute weitgehend anerkannter Auffassung erheblich von einer Rückbesinnung auf die Ursprungsidee des Tarifvertrags. In dem häufig allzu floskelhaft gebrauchten Schlagwort von der Tarifautonomie als „kollektiv ausgeübter Privatautonomie“⁴⁰ drückt sich die Erkenntnis aus, dass eigentliches Schutzgut der Tarifautonomie die Individualfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ist⁴¹. Es liegt nahe, die Legitimitätsgrenzen der durch Aggregation entstandenen gewerkschaftlichen Marktmacht vor diesem Hintergrund näher zu bestimmen. Mit einem solchen Ausgangspunkt wird die unternehmerische Freiheit immer schon von Art. 9 Abs. 3 GG mitbedacht, ohne dass sie als antagonistisches Prinzip gegen die Tarifautonomie in Stellung gebracht werden müsste⁴².

39 Eingehend etwa *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 236 ff. sowie insbesondere *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 64 ff. (zusammenfassend S. 75 f.); vgl. auch die im Einzelnen freilich deutlich voneinander abweichenden Ansätze von *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, *Der Staat* 42 (2003), 165, 174 ff.; *Hoffmann-Riem*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, *Kolloquium Bryde*, 2004, S. 53 ff.; exemplarische Kritik etwa bei *Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, *Der Staat* 43 (2004), 167, 184 ff.

40 Ständige Rechtsprechung; siehe nur BAG 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, BAGE 87, 1, 4; BAG 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, BAGE 88, 118, 123; BAG 7.6.2006 – 4 AZR 316/05, BAGE 118, 232 Rn. 30; BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 Rn. 49; BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 40; ebenso in der Literatur etwa *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 59 und passim; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 159 ff.; *Richardi*, Gestaltungsformen der Tarifautonomie, *JZ* 2011, 282, 283; *Rieble*, Tarifvertrag und Beschäftigung, *ZfA* 2004, 1, 11; *Thüsing*, in: Thüsing/Braun (Fn. 18), Kapitel 1 Rn. 3 sowie bereits *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998, S. 51 ff.; siehe zur Notwendigkeit, die genannte Formel zum materialen Leitprinzip des Tarifrechts aufzuwerten, *Lobinger/Hartmann*, Einfache Differenzierungsklauseln als Prüfstein interessengerechter Vertragsauslegung und konsistenter Systembildung, *RdA* 2010, 235, 240 f.

41 Siehe dazu eingehend *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Wirtschaftsverfassung, 2000, S. 39 ff.

42 Zutreffend *Lobinger*, in: *Rieble* (Fn. 8), § 3 Rn. 22.

III. Der Zweck der gewerkschaftlichen Marktmacht als Grenze für die finale Beeinflussung des Unternehmerverhaltens durch normative Tarifregelungen

Mit diesen inhaltlichen und methodischen Vorklärlungen sind für die hier verfolgte Frage freilich noch keine konkreten Leitlinien gewonnen. Die Erkenntnis, dass die Individualautonomie das eigentliche Schutzgut des Art. 9 Abs. 3 GG ist, lenkt den Blick allerdings auf ein Parallelproblem: Bereits im allgemeinen Privatrechtsverkehr stellt sich die Frage, ob eine Vertragspartei ihre Marktmacht im Rahmen eines Austauschverhältnisses zu dem Zweck einsetzen darf, die Gegenseite zu bestimmten unternehmerischen Entscheidungen zu bewegen.

1. Die allgemeinen Bedenken gegen den gezielten Zugriff auf die unternehmerische Freiheit im Rahmen von Austauschverträgen

Für weit reichende Regelungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien soll nach mancher Ansicht sprechen, dass sich Unternehmer bei der Gestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen häufig ohnehin in ihren Entscheidungsspielräumen beschränken. Bestandteil dieser Vertragsbeziehungen seien „eben auch Arbeitsverträge und deren kollektive Bündelung im Tarifvertrag“⁴³. Genannt werden in diesem Zusammenhang etwa Zulieferbetriebe, die in der Situation nahezu vollständiger ökonomischer Abhängigkeit von einem einzigen Auftraggeber konkrete Vorgaben zum Produktionsablauf und zum Qualitätsmanagement erhalten und zudem Investitionswünsche erfüllen müssen. Als weiteres Beispiel gelten Unternehmer, die ihren Kapitalbedarf in der Krise nur decken können, wenn sie entsprechenden Vorgaben der Bank folgen und dieser zudem weit reichende Kontrollbefugnisse einräumen⁴⁴.

Aus diesen tatsächlichen Erscheinungen sollten freilich keine voreiligen Schlüsse für die Reichweite der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis gezogen werden. Zunächst gilt es zu sehen, dass die beschriebenen Einflussnahmen keiner einheitlichen Bewertung zugänglich sind. Von vornherein können als vergleichsweise unproblematisch solche Konstellationen ausgeschieden werden, in denen die Parteien lediglich das im Rahmen des Austauschverhältnisses Geschuldete konkretisieren, wie dies etwa bei Vorgaben zur Qualitätssicherung der Fall ist. Im vorliegenden Zusammenhang geht es hingegen um den Zugriff auf unternehmerische Fragen, die außerhalb des eigentlichen Leistungsaustausches liegen. So mag sich etwa der hochspezialisierte Batteriezulieferer eines wirtschaftlich angeschla-

⁴³ Hensche, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 832 am Ende.

⁴⁴ Siehe für diese und weitere Beispiele Hensche, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 832.

genen Herstellers von Hybridfahrzeugen wegen dessen fragwürdiger Modellpolitik und des unattraktiven Karosseriedesigns um die eigene Zukunft sorgen und daher günstigere Konditionen in Aussicht stellen, wenn künftig auch ein von einem bestimmten Designer gestalteter Kleinwagen ins Programm aufgenommen wird. Die Wirksamkeit einer entsprechenden Vereinbarung liegt freilich keineswegs offen zutage. Dass ein Unternehmer seinem Vertragspartner umfassende Eingriffs- und Kontrollbefugnisse oder Mitwirkungsrechte bei der Geschäftsführung einräumt, ist eine anerkannte Fallgruppe des sittenwidrigen Knebelungsvertrags⁴⁵. In der Rechtsprechung ist es etwa als Verstoß gegen § 138 BGB gewertet worden, dass eine GmbH ihrem Kreditgeber einen Zustimmungsvorbehalt für jeglichen Geschäftsabschluss einräumt⁴⁶. Bislang kaum geklärt ist, ob die Sittenwidrigkeitsschwelle auch jenseits solcher Extremfälle überschritten sein kann. Eine „übermäßige wirtschaftliche Bindung“⁴⁷ liegt möglicherweise aber schon dann vor, wenn zentrale Richtungsentscheidungen nicht mehr auf einer unternehmerischen Einschätzung der jeweiligen Marktlage, sondern auf einer Verpflichtung gegenüber Dritten beruhen.

Gesellschaftsrechtliche Wertungen deuten in dieselbe Richtung: Die Vereinbarung entsprechender Bindungen wäre regelmäßig als pflichtwidriges Verhalten der zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter oder Organe zu qualifizieren, weil sie deren Fähigkeit zur effektiven Aufgabenwahrnehmung im Interesse des Gesellschaftswohls beeinträchtigt. So ist es etwa grundsätzlich anerkannt, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft seine eigenverantwortliche Leitungsmacht nicht zum Gegenstand einer Vorwegbindung gegenüber Dritten machen darf⁴⁸.

Für die hier verfolgte Fragestellung ist bereits aufschlussreich, dass die angeführten Beispiele für den Zugriff auf unternehmerische Entscheidungen eines Vertragspartners jeweils durch ein gewisses wirtschaftliches Übergewicht einer der Parteien gekennzeichnet sind. Weil sich die werkschaftliche Marktmacht auf rechtlich gebilligte Assoziation gründet,

45 Siehe näher *Palm*, in: *Erman*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 138 Rn. 128; *Sack*, in: *Staudinger*, BGB, Buch 1: Allgemeiner Teil, 2003, § 138 Rn. 260.

46 Siehe BGH 7.1.1993 – XI ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1588; vgl. auch OLG Hamm 2.7.1968 – 4 U 46/68, BB 1970, 374 für den Fall, dass ein Mieter einem vom Vermieter benannten Dritten eine umfassende Geschäftsaufsichtsbefugnis einräumt.

47 *Palm*, in: *Erman* (Fn. 45), § 138 Rn. 128.

48 Siehe *Hüffer*, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 76 Rn. 11 sowie eingehend *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 76 Rn. 68 ff.; *denselben*, Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht, Festschrift Schwark, 2009, S. 137, 149 ff.; großzügiger hingegen *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2009, § 76 Rn. 49 ff.

müsste der Befund einer tarifrechtlich generierten Unterlegenheit der Arbeitgeberseite Zweifel wecken, ob nicht der angestrebte Imparitätsausgleich überschießend erfolgt ist. Im Übrigen mag es eine Sache sein, ob eine freiheitliche Rechtsordnung ein marktmäßig entstandenes Ungleichgewicht akzeptiert. Eine andere Sache ist es aber jedenfalls, ob sie einer im Wege der Assoziation entstandenen Übermacht zur Durchsetzung verhilft.

2. Die spezifischen Bedenken gegen den gezielten Zugriff auf die unternehmerische Freiheit durch normativ wirkende Tarifregelungen

Wie bereits in der Auseinandersetzung mit der herrschenden Konkordanzmethodik deutlich geworden ist⁴⁹, unterliegt die Tarifaufonomie Binnenschranken, die sich aus ihrem spezifischen Zweck ergeben. In den Worten des BVerfG ist „Tarifaufonomie [...] darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen“⁵⁰. Deutlich tritt in dieser Funktionsbestimmung der Bezug des Tarifvertrags zum Arbeitsvertrag und dessen Inhalten hervor. Sowohl die Rückbesinnung auf die Ursprungsidee des Tarifvertragswesens als auch die Analyse der geltenden Gesetzesregelung bestätigen die genannte Zwecksetzung, die auch das Verständnis des Art. 9 Abs. 3 GG prägt.

a) Die Bezogenheit auf den Arbeitsvertrag als integraler Bestandteil der Ursprungsidee von der Tarifaufonomie

Wie der Blick auf das sozial- und ideengeschichtliche Umfeld der Tarifvertragsentstehung beweist, diente das neue Regelungsinstrument von Anfang an der Kompensation des Marktversagens beim Aushandeln der Arbeitsbedingungen⁵¹. Die seinerzeit allgemein erkannte Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit der liberalisierten Arbeitsverfassung hatte den Grundkonflikt ausgelöst, wie die strukturbedingte Unterlegen-

⁴⁹ Siehe oben sub II 3.

⁵⁰ BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 und andere, BVerfGE 92, 365, 395; BVerfG 1.12. 2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60 Rn. 23.

⁵¹ Siehe dazu insbesondere *Picker*, Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip?, ZfA 1986, 199, 246 ff.; *denselben*, Arbeitsrecht als Privatrecht, Festschrift Richardi, 2007, S. 141, 148 ff.; *denselben*, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens, ZfA 2009, 215 ff.; *denselben*, ZfA 2011, 443, 446 ff.; vgl. ferner *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 22 ff.

heit des Arbeitnehmers am Markt zu beheben sei. Der Siegeszug des Tarifvertrags bedeutete zugleich die Entscheidung, den Arbeitsvertrag als Gestaltungsmittel beizubehalten. Gerade in der Bezogenheit des Tarifvertrags auf den Arbeitsvertrag spiegelt sich daher der gewählte Grundansatz, die „Arbeiterfrage“ in systemkonformer Evolution der liberalen Arbeitsverfassung zu lösen. Wenn § 1 TVVO wie selbstverständlich voraussetzte, dass sich der Tarifvertrag im Wesentlichen auf arbeitsvertragliche Inhalte bezieht⁵², entsprach dies im Übrigen auch dem zeitgenössischen Verständnis von der Regelungsaufgabe der Tarifpartner⁵³.

b) Die inhaltliche Beschränkung der Normsetzungsbefugnis als Folgerung aus der gesetzlichen Regelung des Tarifvertragswesens

Auch die heutige gesetzliche Regelung des Tarifwesens bestätigt, dass sich die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien im Wesentlichen auf arbeitsvertragliche Inhalte beschränkt. Sieht man von den hier ausgeklammerten schuldrechtlichen Tarifregelungen ab, kommen von den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Kategorien allenfalls die Inhaltsnormen sowie die betrieblichen Normen in Betracht.

aa) Inhaltsnormen als ungeeignete Kategorie für den Zugriff der Tarifvertragsparteien auf unternehmerische Fragen

Für Tarifregelungen nach Art der Opel-Rahmenvereinbarung liegt auf den ersten Blick eine Einordnung als Inhaltsnormen nahe. Denn zumindest vordergründig beschränken sie sich darauf, die Verwendung der eingesparten Lohnbestandteile zugunsten der Beschäftigten für den Fall festzuschreiben, dass die Geschäftsleitung ihre Zusagen nicht einhält. Aus dieser Perspektive führen derartige Vereinbarungen lediglich zu einer entsprechenden Verteuerung unternehmerischer Entscheidungen, die von den vereinbarten Vorgaben abweichen. Folgen daraus faktische Beschränkungen der Unternehmerfreiheit, ist dies an sich selbst dann unproblematisch, wenn man dem Tarifvertrag nur einen Datencharakter zubilligt. So kann ein hoher Tarifabschluss ohne weiteres sogar dazu führen, dass ein Unternehmer aus dem Markt ausscheiden muss⁵⁴.

52 Siehe dazu *Lobinger*, in: *Rieble* (Fn. 8), § 3 Rn. 24.

53 Siehe nur etwa *Sinzheimer*, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, 1. Teil, 1907, S. 96 ff. sowie *Nipperdey*, in: *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. 2, 1./2. Aufl. 1930, § 9 I 1, S. 58 mit weiteren Nachweisen. Dass selbst *Legien*, *Die deutsche Gewerkschaftsbewegung*, 2. Aufl. 1911, S. 15 f. hierher zu rechnen ist, mag zwar erstaunen (vgl. *Krause* [Fn. 9], S. 87), unterstreicht aber eindrucksvoll den historischen Befund.

54 Siehe auch *Biedenkopf*, in: *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages* (Fn. 1), S. 163.

Wie bei näherer Betrachtung deutlich wird, ändert die tatbestandliche Verknüpfung mit den Arbeitsbedingungen nichts daran, dass die dargestellten Tarifregelungen in gezielter Weise auf unternehmerische Entscheidungen einwirken. In den vieldiskutierten Standortfällen mochte man noch Zweifel an der Berechtigung des Pauschalverdachts hegen, es gehe der Gewerkschaft in Wahrheit nicht um die geforderten verlängerten Kündigungsfristen, Abfindungen oder Qualifizierungsmaßnahmen⁵⁵, sondern um die Verhinderung der Verlagerungs- oder Schließungsentscheidung als solcher⁵⁶. Zu entsprechenden Zweifeln besteht in den hier behandelten Fällen jedoch von vornherein kein Anlass. Denn ersichtlich geht es keineswegs nur um die Absicherung gegenüber den negativen sozialen Folgen einer bestimmten unternehmerischen Entscheidung, wie dies etwa bei den allgemein als zulässig erachteten Rationalisierungsschutzabkommen der Fall ist⁵⁷. Der Zugriff auf die Unternehmensautonomie wird im Fall Opel eindrücklich bereits dadurch belegt, dass die Arbeitnehmerseite der Geschäftsleitung konkrete Produktions- und Standortzusagen abgerungen hat. Nur scheinbar betrifft die normative Regelung im Schwerpunkt die Begründung eines Anspruchs zugunsten der Arbeitnehmer. Dies ergibt sich schon daraus, dass die treuhänderisch verwalteten Beträge der vereinbarten Personalkostenreduzierung entsprechen. Die normative Regelung hat daher gewissermaßen eine Vertragsstrafe zum Inhalt. Wie sich aus dem Kontext der Gesamtvereinbarung ergibt, ist sie in Wahrheit also darauf angelegt, dass die Voraussetzungen für die Leistungsgewährung nicht eintreten werden⁵⁸. An der Finalität des Zugriffs auf die unterneh-

-
- 55 Vgl. für solche Forderungsinhalte LAG Schleswig-Holstein 27.3. 2003 – 5 Sa 137/03 (Fn. 19) sowie für Fristenverlängerung und Qualifizierungsmaßnahmen auch LAG Niedersachsen 2.6. 2004 – 7 Sa 819/04, AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampfb. Nur vereinzelt ging es in den Rechtsprechungsfällen um den unmittelbaren Zugriff auf die unternehmerische Standortentscheidung; siehe aber LAG Hamm 31.5. 2000 – 18a Sa 858/00 (Fn. 19), besonders sub III 1 a, dd) und dazu LAG Schleswig-Holstein, a.a.O., sub B II 1.1.3.
- 56 Siehe für diesen Verdacht nur etwa *Bauer/Krieger*, „Firmentarifsozialplan“ als zulässiges Ziel eines Arbeitskampfes?, NZA 2004, 1019, 1022; *Höfling*, Streikbewehrte Forderungen nach Abschluss von Tarifsozialplänen anlässlich konkreter Standortentscheidungen, ZfA 2008, 1, 23; *Rolfs/Clemens*, Erstreikbarkeit firmenbezogener Verbandstarifverträge?, DB 2003, 1678, 1680 f.; *Wank*, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, RdA 2009, 1, 7; kritisch gegenüber der argumentativen Verwertung solcher Mutmaßungen über die wahre Motivlage *Lobinger*, in: Rieble (Fn. 8), § 3 Rn. 41; *Picker*, ZfA 2011, 443, 531 f.
- 57 Siehe zur Zulässigkeit derartiger Abkommen, soweit sie die Bewältigung der sozialen Folgen betreffen, nur etwa *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 347 f.; *Wiedemann*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 446.
- 58 Insoweit besteht eine Parallele zu den mittlerweile für unzulässig erklärten (siehe BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09 [Fn. 40]) tarifvertraglichen Spannen-

merische Entscheidung ändert nichts, dass es der Gewerkschaft auch dann letztlich auf die Sicherung des Beschäftigungsstands ankommen dürfte, wenn sie etwa von einem Autohersteller konkrete Festlegungen in der Modellpolitik verlangt⁵⁹. Im Fall Opel zeigt sich dies bereits daran, dass dem Unternehmen die treuhänderisch verwalteten Lohnbestandteile selbst dann verloren gehen sollen, wenn zwar die Geschäftsleitung ihre Zusagen nicht einhält, aber dennoch (oder vielleicht gerade deshalb) alle Arbeitsplätze erhalten bleiben. Und umgekehrt bekommt die Geschäftsleitung die Treuhandsumme auch dann ausgekehrt, wenn sich die tarifvertraglich festgelegte Unternehmenspolitik als fatal für das Schicksal der Arbeitsplätze herausstellen sollte. Zu keiner anderen Bewertung kann es schließlich führen, wenn der Tarifvertrag etwa für die Fälle technischer Fortentwicklungen oder veränderter Kundenwünsche Anpassungsmöglichkeiten vorsieht⁶⁰. Denn entsprechende *clausula rebus*-Vereinbarungen setzen stets voraus, dass sich der Korrekturbedarf von einem Dritten objektiv feststellen lässt. Weil daher nicht mehr die unternehmerische Einschätzung der Marktlage maßgeblich ist, sind solche Anpassungsklauseln ungeeignet, den Zugriff auf die Unternehmensautonomie zu vermeiden.

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit nicht bloße Nebenfolge, sondern gerade das Ziel von normativen Tarifregelungen nach Art der Vereinbarung im Fall Opel ist. Damit liegt der Schwerpunkt solcher Regelungen nicht auf der Schaffung individueller Leistungsansprüche, sondern auf der Teilhabe der organisierten Arbeitnehmerschaft an unternehmerischen Entscheidungen. Obwohl die entsprechenden Regelungen im Gewand von Inhaltsnormen daher kommen, können sie folglich nicht unter die entsprechende Kategorie subsumiert werden.

bb) Betriebsnormen als ungeeignete Kategorie für den Zugriff der Tarifvertragsparteien auf unternehmerische Fragen

Somit verbleibt als denkbare Möglichkeit eine weite Auslegung des Betriebsnormenbegriffs, die den Tarifvertragsparteien eine Regelung unternehmerischer Fragen eröffnet. Es hat bereits verschiedentlich Versuche

cherungsklauseln, die ebenfalls vordergründig einen zusätzlichen Anspruch für Gewerkschaftsmitglieder normierten, in erster Linie aber darauf abzielten, eine Gleichstellung der Außenseiter zu verhindern, und damit ebenfalls darauf angelegt waren, dass ihre Voraussetzungen regelmäßig nicht eintraten; siehe näher *Hartmann*, Die Unwirksamkeit tarifvertraglicher Spannungsicherungsklauseln, SAE 2011, 225, 229.

59 Anders aber *Krause* (Fn. 9), S. 64 f.

60 Anders offenbar *Krause* (Fn. 9), S. 64; ähnlich *Hensche*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 834.

gegeben, die allgemeine Kritik an der Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen für die Interpretation des § 1 Abs. 1 TVG fruchtbar zu machen⁶¹. Ob die gedanklichen Wurzeln der genannten Differenzierung tatsächlich „ideologischer Natur“ sind⁶², braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht näher erörtert zu werden. Denn unabhängig von dem mit Betriebsnormen verbundenen Außenseiterproblem⁶³ zeigt bereits die geschichtliche Entwicklung dieses Normtypus, dass er keine Grundlage für den tarifvertraglichen Zugriff auf unternehmerische Fragen bieten kann.

Der historische Rückblick verdeutlicht zunächst allerdings, dass jede Argumentation mit dem Wortlaut des TVG den Kern des Problems verfehlt⁶⁴. Selbst die Gesetzesverfasser waren mit der „wenig korrekten und aussage-schwachen Formulierung“ wenig zufrieden⁶⁵. Aber auch die Entstehungsgeschichte des TVG bietet wenig Aufschluss darüber, welche Intentionen die Gesetzesverfasser mit dem Begriff der „betrieblichen Normen“ verfolgten. Umso bedeutsamer ist es, wenn *Wilhelm Herschel* in seinem gesetzgebungsgeschichtlichen Bericht bezeugt, es habe sich um „eine Verlegen-

61 Siehe für diesen Ansatz insbesondere *Jahnke*, Tarifaufonomie und Mitbestimmung, 1984, S. 82 ff. sowie *Gast*, Arbeitsvertrag und Direktion, 1978, S. 132 ff., 181 ff.; *Schmidt-Eriksen*, Tarifvertragliche Betriebsnormen, 1992, S. 314 ff.; erheblich zurückhaltender *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 16 ff.; vgl. ferner *Hensche*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 839; für die allgemeine Kritik an der Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen siehe insbesondere *Th. Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, 1969, S. 123 ff.; trotz grundsätzlicher Sympathie ablehnend mit Blick auf den vorliegenden Zusammenhang *Däubler*, Grundrecht (Fn. 25), S. 293 ff. Jüngst hat es das BAG offen gelassen, ob die Tarifvertragsparteien in einer Betriebsnorm regeln können, dass der Unternehmer *Outsourcing*-Maßnahmen unterlässt; siehe BAG 26.1. 2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808 Rn. 24 ff.

62 So der Vorwurf von *Th. Raiser* (Fn. 61), S. 128.

63 Siehe dazu aus jüngerer Zeit *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, 2007 sowie noch näher unten III 2 c, cc; vgl. für die Forderung nach einer einschränkenden Auslegung des § 3 Abs. 2 TVG bereits *Zöllner*, Tarifmacht und Außenseiter, RdA 1962, 453, 456 ff.; *dens.*, Das Wesen der Tarifnormen, RdA 1964, 443, 447 sowie außerdem nur etwa *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifaufonomie, 1964, S. 307 ff.; *Giesen* (Fn. 40), insbesondere S. 449 ff.; *Picker*, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573, 604 ff.; *denselben*, Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, RdA 2001, 259, 283, 284 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1496 ff.

64 Auf die Bezeichnung „betriebliche Normen“ stützt sich insbesondere *Weyand* (Fn. 18), S. 98 für seine Ansicht, dass an der Unterscheidung zwischen betrieblichen und unternehmerischen Fragen bei der Auslegung des TVG festzuhalten sei; vgl. ferner *Lobinger*, in: *Rieble* (Fn. 8), § 3 Rn. 14, der die mangelnde Tarifbarkeit von Standortfragen damit begründet, dass betriebliche Normen dem Wortsinne nach die Existenz eines Betriebs voraussetzen.

65 Siehe *Herschel*, Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZfA 1973, 183, 187.

heitsbezeichnung“ für „das Phänomen“ gehandelt, „für das sich im wissenschaftlichen Sprachgebrauch der Ausdruck ‚Solidarnormen‘ eingebürgert hatte“⁶⁶. Darin liegt ein Verweis auf das Tarifvertragssystem *Hugo Sinzheimers*⁶⁷, das wesentlich auf der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses in ein Individual- und ein Solidarverhältnis beruht⁶⁸. Diese Unterscheidung kehrt wieder in der Abgrenzung zwischen „Individualnormen“ und „Solidarnormen“ innerhalb der „besonderen Arbeitsnormen“⁶⁹. Auf den ersten Blick scheinen die „Organisationsnormen“⁷⁰ als Unterkategorie der „Solidarnormen“ einen Anhaltspunkt für den Zugriff auf die Unternehmensautonomie zu bieten: So nennt *Sinzheimer* beispielhaft nicht nur Vorschriften über die Einrichtung eines Arbeiterausschusses, sondern auch Besetzungsregelungen⁷¹. Der Blick auf den historischen Kontext dieser Bestimmungen relativiert diesen Befund jedoch erheblich: Während die Einrichtung von Arbeiterausschüssen das Fehlen betriebsverfassungsrechtlicher Strukturen zu kompensieren hatte, dienten die Anforderungen an die Qualifikation des eingesetzten Personals anders als heute nicht dem Schutz der Arbeitnehmer vor einer Entwertung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern der Arbeitssicherheit⁷².

Auch *Sinzheimers* Äußerung, „Aufgabe und Ziel des Arbeitsnormenvertrags“ sei „[d]ie Umbildung des Arbeitsvertrags aus einem einseitigen Abhängigkeitsverhältnis in ein Rechtsverhältnis mit beide Teile verpflich-

66 So *Herschel*, ZfA 1973, 183, 187; vgl. ferner *Waechter*, Das Tarifvertragsgesetz, MDR 1949, 545. Siehe dazu näher *Arnold* (Fn. 63), S. 320 f.; *Giesen* (Fn. 40), S. 110; *Schmidt-Eriksen* (Fn. 61), S. 30, 316.

67 Siehe *Sinzheimer* (Fn. 53), S. 30 ff.; siehe zu dem Zusammenhang zwischen Solidar- und den heutigen Betriebsnormen näher *Arnold* (Fn. 63), S. 288 ff., 319 ff.; *Giesen* (Fn. 40), insbesondere S. 109 ff.; *Schmidt-Eriksen* (Fn. 61), S. 26 ff.

68 Siehe *Sinzheimer* (Fn. 53), S. 2 ff., insbesondere S. 5 ff.

69 Siehe *Sinzheimer* (Fn. 53), S. 36 ff. Die „besonderen Arbeitsnormen“ betreffen den Inhalt der Arbeitsverhältnisse (siehe dazu *Sinzheimer*, a.a.O.). Ergänzend hinzutreten „allgemeine Arbeitsnormen“, die den heutigen Abschlussnormen ähneln (vgl. *Sinzheimer*, a.a.O., S. 34 ff.). Der Gegenbegriff der „Berufsnormen“ bezieht sich auf Regelungen, welche die Beziehungen der Koalitionen untereinander („soziale Berufsnormen“) oder die Rechtsstellung der Verbandsmitglieder unabhängig vom Abschluss eines Arbeitsvertrags betreffen („individuelle Berufsnormen“); siehe *Sinzheimer*, a.a.O., S. 52 ff., 59 ff.

70 Den Gegenbegriff bilden die „Betriebsnormen“, welche die „sachliche Betriebsgestaltung“ und damit etwa die Einrichtung von Sanitärräumen betreffen; siehe *Sinzheimer* (Fn. 53), S. 49 f.

71 Siehe *Sinzheimer* (Fn. 53), S. 51.

72 Zum ersten Punkt *Giesen* (Fn. 40), S. 29; zum letzteren Punkt *Arnold* (Fn. 63), S. 299 f.

tender Norm“⁷³, lässt sich nicht entnehmen, dass „[d]ie unternehmerische Entscheidungsfreiheit [...] in der Gestalt des arbeitgeberischen Alleinbestimmungsrechts durch gleichberechtigtes Tarifieren aller die Arbeitnehmer des Betriebs betreffenden Fragen gebrochen werden“ sollte⁷⁴. Denn nach *Sinzheimer* sollte „an die Stelle der absoluten Rechte die vertragsmäßig hergestellte Norm“ treten, „um so nicht nur die Freiheit im Abschluß des Arbeitsvertrages zu erhalten, sondern diese Freiheit auch im Inhalt des Arbeitsvertrages zu begründen“⁷⁵. Ein umfassender tarifvertraglicher Zugriff auf unternehmerische Entscheidungen lässt sich daraus nicht ableiten.

cc) Die fehlende gesetzliche Grundlage für die normative Tarifregelung unternehmerischer Fragen jenseits der arbeitsvertraglichen Sphäre

Für eine normative Regelung unternehmerischer Fragen, die über arbeitsvertragliche Inhalte hinausreicht, bietet die gesetzliche Regelung des Tarifvertragswesens nach alledem keine Grundlage. Kaum mehr tragfähig dürfte nach heutigem Erkenntnisstand auch die Auffassung sein, einer Begrenzung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis auf die Lohn- und sonstigen Arbeitsbedingungen stehe „der rechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses“ entgegen, „der nicht nur durch den Austausch von Arbeit und Lohn, sondern auch durch den personalen Fürsorge- und Treuegedanken geprägt“ werde⁷⁶. Daran ist richtig, dass sich der Tarifvertrag auf den Inhalt der von ihm geregelten Arbeitsverhältnisse bezieht. Insoweit steht aber der Austauschcharakter im Vordergrund. Die früher zu- meist als Bestandteil einer besonderen „Fürsorgepflicht“ erfassten Arbeitgeberleistungen lassen sich ohne weiteres in die allgemeine Zivilrechtsdogmatik integrieren⁷⁷.

⁷³ *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 2. Teil, 1908, S. 274; vgl. auch schon den 1. Teil (Fn. 53), S. 22.

⁷⁴ So aber *Schmidt-Eriksen* (Fn. 61), S. 316, der a.a.O., S. 317 im Zugriff auf die Unternehmensautonomie durch betriebliche Tarifnormen „ein ganz wesentliches Stück ihres Sinnes innerhalb der Tarifnormensystematik“ sieht.

⁷⁵ *Sinzheimer*, 1. Teil (Fn. 53), S. 22 (ohne die Hervorhebungen des Originals).

⁷⁶ So aber noch *Richardi*, Kollektivgewalt (Fn. 16), S. 180; ähnlich bereits *Biedenkopf*, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Fn. 1), S. 140.

⁷⁷ Innerhalb der vertraglichen Nebenpflichten zieht man insoweit verbreitet die Kategorie der Schutzpflichten heran; siehe nur *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2011, Rn. 177 ff.; *Söllner/Waltermann*, Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2009, Rn. 201; ausführlicher noch *Söllner*, Grundriß des Arbeitsrechts, 12. Aufl. 1998, S. 271 f.; vgl. für den Versuch einer vertragstheoretischen Neubegründung *Brors*, Die Abschaffung der Fürsorgepflicht, 2002, S. 105 ff.

c) Folgerungen für die Reichweite der Tarifaufonomie gegenüber der Unternehmerfreiheit

Zwar stellt der Katalog des § 1 Abs. 1 TVG nach überwiegender Auffassung eine abschließende Vorgabe für die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien dar⁷⁸. Im Folgenden ist dennoch näher zu erörtern, ob der grundgesetzliche Schutz der Koalitionsfreiheit ein anderes Ergebnis gebietet. Gegenüber der Annahme eines absolut geschützten Bereichs der Unternehmerfreiheit im Verhältnis zur Tarifaufonomie werden mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG verbreitet Zweifel angemeldet. Zu nennen ist etwa die Befürchtung, mit einer entsprechenden Deutung der Koalitionsfreiheit finde ein bestimmtes ökonomisches Ordnungsmodell Eingang in die Verfassungsinterpretation, obwohl das Grundgesetz anerkanntermaßen eine wirtschaftspolitisch neutrale Haltung einnehme⁷⁹. Gegen diese Argumentation ließe sich etwa einwenden, dass der Verzicht des Grundgesetzes auf konkrete Vorgaben zur Wirtschaftsordnung noch keine Indifferenz gerade der Arbeitsverfassung gegenüber bedeutet⁸⁰. Im vorliegenden Zusammenhang genügt aber bereits der Hinweis, dass mit der Annahme einer wirtschaftspolitischen Neutralität der Verfassung ebenso wenig umgekehrt der Zugriff der Tarifvertragspartner auf sämtliche Bereiche der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit begründet ist.

aa) Die Bedeutung der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Tarifvertragswesens in ihrer historischen Genese für die Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG

Weil sich die Rechtsordnung in einer derart zentralen Frage ohnehin nicht „neutral“ verhalten kann, kommt der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Tarifvertragswesens in ihrer historischen Genese eine umso größere Bedeutung zu. Dass das Verständnis des Art. 9 Abs. 3 GG ganz entschei-

78 Siehe *Biedenkopf*, Grenzen (Fn. 63), S. 105; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, Grundlagen Rn. 23; *Mayer-Maly*, Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966, 1067, 1069; *Säcker/Oetker* (Fn. 18), S. 100 ff.; anders *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 539 f.; *Misera*, Tarifmacht und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel, 1969, S. 20 ff.

79 So insbesondere *Schmidt-Eriksen* (Fn. 61), S. 291 f. sowie bereits *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, RdA 1980, 299, 308; nur im Ausgangspunkt ähnlich *Richardi* (Fn. 16), S. 101 ff., 181 mit Fn. 18; ablehnend *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 340; *Meik* (Fn. 20), S. 99; siehe für die Annahme der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes etwa BVerfG 20.7. 1954 – 1 BvR 459/52 und andere, BVerfGE 4, 7, 18; BVerfG 11.6. 1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 400; BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 und andere (Fn. 31), 338.

80 Zutreffend *Scholz* (Fn. 51), S. 166; eingehend dazu auch *ders.*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 175 Rn. 23 ff.

dend von der geschichtlichen Entwicklung der Koalitionsfreiheit geprägt ist, entspricht nahezu allgemeiner Auffassung⁸¹. Auf diese Weise relativiert sich zusätzlich die Befürchtung eines Verstoßes gegen die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes. Als zu vage erweisen sich allerdings Hinweise auf die Stellung der Tarifautonomie im System des geltenden wirtschaftsrechtlichen Gesamtgefüges⁸². Dies gilt etwa für die Auffassung *Richardis*, die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien könne „nicht individualrechtlich vom einzelnen Arbeitsverhältnis aus bestimmt werden“, sondern müsse „aus der gesamtwirtschaftlichen Zweckbestimmung der Koalition gefunden werden“; die Tarifmacht sei daher „auf Gegenstände zu beschränken, die mit der Teilhabe der abhängigen Arbeit am gesamtwirtschaftlichen Geschehen in einem inneren Zusammenhang stehen“⁸³. Abgesehen davon, dass das Kriterium eines solchen „inneren Zusammenhangs“ keine zuverlässigen Abgrenzungen erlaubt, ist gerade mit Blick auf gesetzgeberische Wertentscheidungen im Umfeld der Tarifautonomie an der grundsätzlichen Beschränkung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis auf arbeitsvertragliche Materien festzuhalten⁸⁴: So hat das Gericht im Kündigungsschutzrecht den unternehmerischen Entschluss, der zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt, hinzunehmen⁸⁵. Auch im Rahmen der Betriebsverfassung soll nach dem Willen des Gesetzgebers kein Eingriff „in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiet“, stattfinden⁸⁶. Diese

-
- 81 Besonders deutlich etwa BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 und andere (Fn. 31), 367, 371 f.; BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 50), 224; siehe aus der Literatur mit freilich stark abweichenden Deutungen nur etwa *Picker*, Die Tarifautonomie am Scheideweg von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Arbeitsleben, Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 795, 801 ff.; *Rieble* (Fn. 63), Rn. 1108 ff., 1135 ff.; *Säcker/Oetker* (Fn. 18), S. 55 f.; *Waltermann*, Zu den Grundlagen der Tarifautonomie, ZfA 2000, 53, 69 ff.; Vorbehalte jedoch bei *Reuter*, Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte für das kollektive Arbeitsrecht, Festschrift Hattenhauer, 2003, S. 409 ff.
- 82 Vgl. *Reuter*, Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregelungen, ZfA 1978, 1, 33; *Richardi* (Fn. 16), S. 108; *Rüthers*, Arbeitsrecht und politisches System, 1972, S. 17 f., 20 ff.; *denselben*, Tarifmacht und Mitbestimmung in der Presse, 1975, S. 32 f.
- 83 *Richardi* (Fn. 16), S. 180 (ohne die Hervorhebungen des Originals).
- 84 Siehe zum Folgenden bereits *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 340 sowie *Lobinger*, in: *Rieble* (Fn. 8), § 3 Rn. 31; kritisch gegenüber derartigen Folgerungen *Hensche*, AuR 2004, 443, 446 f.; *Krause* (Fn. 9), S. 66 f.; *Schmidt-Eriksen* (Fn. 61), S. 311 ff.
- 85 Siehe *von Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 686 ff., insbesondere Rn. 699 ff.; *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 1 KSchG Rn. 3, 213 ff.
- 86 Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zum BetrVG 1972, BT-Drucks. VI/1786, S. 31, wo es außerdem heißt, dass „die Fragen der Beteiligung der

Grundhaltung zeigt sich etwa, wenn die §§ 111 ff. BetrVG dem Betriebsrat mit Blick auf die Betriebsänderung als solche eine echte Mitbestimmungsbefugnis versagen und ihn auf Anhörungs- und Beratungsrechte verweisen⁸⁷.

bb) Die mangelnde Eignung der Gewerkschaften zur Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen jenseits der arbeitsvertraglichen Sphäre

Weshalb gerade den Gewerkschaften als Vertretern partikularer Mitgliederinteressen ein weitergehender Zugriff auf die unternehmerische Freiheit möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die mangelnde Eignung der Gewerkschaften zur Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen liegt vor allem dann auf der Hand, wenn Tarifautonomie nichts anderes als „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“⁸⁸ ist. Verwirft man Gedankenspiele des 4. BAG-Senats, der neuerdings eine „umfassende Regelungsaufgabe“ der Tarifvertragsparteien in personeller Hinsicht erwägt⁸⁹, so bleibt es dabei, dass die Gewerkschaften nur ihre Mitglieder vertreten können. Folglich fehlt ihnen die erforderliche Legitimation mit Blick auf die Außenseiter. Verlangt eine Gewerkschaft etwa ein Mitentscheidungsrecht in Standortfragen, maßt sie sich zugleich ein Verfügungsrecht über die Arbeitsplätze nicht und anders organisierter Beschäftigter an⁹⁰. Diese Bedenken lassen sich nicht damit entkräften, dass eine Standortsicherungsabrede für die Außenseiter lediglich vorteilhaft sei, weil ihre gefährdeten Arbeitsplätze selbst dann erhalten blieben, wenn sie mangels Bezugnahmeklausel keine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen hinzunehmen hätten⁹¹.

Arbeitnehmer an der Unternehmensführung [...] einer Neuregelung des Unternehmensverfassungsrechts vorbehalten bleiben müssen“; siehe zum Ganzen *Reuter*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit von Ladenangestellten, ZfA 1981, 165, 166 ff.

87 *Annuß*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl. 2010, § 111 Rn. 15; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier*, Betriebsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 2010, § 111 Rn. 5; *Oetker*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 9. Aufl. 2010, § 111 Rn. 172 ff.

88 Siehe die Nachweise oben Fn. 40.

89 Siehe BAG 18.3. 2009 – 4 AZR 64/08 (Fn. 40), Rn. 63; ähnlich BAG 23.3. 2011 – 4 AZR 366/09 (Fn. 40), Rn. 22; kritisch *Bauer/Arnold*, Rote Karte für qualifizierte Differenzierungsklauseln, NZA 2011, 945, 948 sowie *Lobinger/Hartmann*, RdA 2010, 235, 239 ff.; *Hartmann*, SAE 2011, 225, 227.

90 Zutreffend *Lobinger*, in: Rieble (Fn. 8), § 3 Rn. 32 ff.; vgl. auch die berechtigten Zweifel bei *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 10 Fn. 19.

91 So aber *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 59 f.; *Krause* (Fn. 9), S. 67 f.; *Olschewski*, Standorterhaltung und Arbeitskampf, 2010, S. 154 f.

Dies wird deutlich, wenn man sich die durchaus denkbare umgekehrte Situation vor Augen führt, dass die Gewerkschaft den Standort gegen eine exklusive Abfindung für die eigenen Mitglieder „verkauft“. Nicht weniger gravierend ist das Legitimationsdefizit, wenn es um unternehmerische Fragen geht, die sich nicht unmittelbar, sondern erst infolge einer Marktreaktion auf das für den Fortbestand der Arbeitsverhältnisse notwendige Substrat auswirken. In einem privatrechtlich strukturierten Tarifwesen könnte eine gewerkschaftliche Befugnis zur Mitentscheidung in unternehmerischen Fragen nur als gebündelter Ausdruck eines individuellen Teilhaberechts der organisierten Arbeitnehmer gesehen werden, zumal die Gewerkschaften anders als der Betriebsrat (§ 2 Abs. 1 BetrVG) nicht dem Betriebswohl verpflichtet sind. Weil ein solches Teilhaberecht aber allenfalls unter der Voraussetzung denkbar ist, dass es sämtlichen Belegschaftsmitgliedern zusteht, maßt sich die Gewerkschaft mit Blick auf die Außenseiter auch hier eine Vertretungsbefugnis an, die ihr von vornherein nicht zusteht. Im Übrigen würde, wie *Gamillscheg* zutreffend hervorhebt, die Interessenvertretung als eigentliche Aufgabe der Gewerkschaft Schaden nehmen. Man braucht sich dazu nur die keineswegs fern liegende Situation vorzustellen, dass sich die Gewerkschaft gegenüber den Arbeitnehmern für einen von ihr erzwungenen Managementfehler rechtfertigen muss⁹².

cc) Die sachliche und personelle Reichweite der Tarifmacht als Grenze für den Zugriff auf die Unternehmerfreiheit

Nach alledem bestätigt sich, dass die Tarifpartner keinen weitergehenden Zugriff auf die unternehmerische Freiheit nehmen können als die Parteien des Arbeitsvertrags. Auf den ersten Blick entspricht dieses Ergebnis weitgehend der Datenkranztheorie *Biedenkopfs*⁹³. Allerdings ist der gegen die genannte Lehre erhobene Vorwurf der mangelnden Abgrenzbarkeit⁹⁴ insofern berechtigt, als der Datencharakter tarifvertraglicher Vorgaben eine genaue Vorstellung von der Reichweite eines eingegrenzten Bereichs der Unternehmerautonomie voraussetzt. Etwas überspitzt lässt sich in der Tat sagen, dass „das Begriffspaar der freien unternehmerischen Planung und Koordination sowie der vertraglichen Festlegung sozialer Daten in Wahr-

92 Siehe *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 340, der a.a.O., S. 344 freiwillige Vereinbarungen für möglich hält, letztlich also nur die Erstreikbarkeit ablehnt.

93 *Biedenkopf* selbst lehnt eine Beschränkung auf arbeitsvertragliche Inhalte freilich ausdrücklich ab; siehe *denselben*, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Fn. 1), S. 140.

94 Siehe nur *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 14; *Fischinger* (Fn. 91), S. 59; *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 342; *Söllner*, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, ArbRdGgw 16 (1979), 19, 28; *Wiedemann*, Festschrift Riesenfeld, 1983, S. 306.

heit keinen Gegensatz, sondern beliebig relativierbare Größen“ bezeichnet, so dass sich sämtliche tarifvertragliche Bindungen der Unternehmensautonomie „als ‚Daten‘ für den jeweils verbliebenen Spielraum unternehmerischen Handelns begreifen“ lassen⁹⁵. Dieser Kritik entgeht, wer die Grenzen der tarifvertraglichen Regelungsmacht nicht negativ durch die Außenschranke der Unternehmerfreiheit bestimmt⁹⁶, sondern stattdessen gewissermaßen positiv aus dem Zweck der Tarifaufonomie selbst herleitet.

Die Begrenzung auf arbeitsvertragliche Inhalte entspricht nicht nur der Funktion der Tarifaufonomie, sondern erlaubt zugleich sehr viel präzisere Abgrenzungen. Der tarifvertraglichen Regelung entzogen sind damit zunächst Bereiche, die der arbeitsvertraglichen Sphäre vorgelagert sind. Dies ist insbesondere bei Standortentscheidungen als solchen der Fall, weil es insoweit darum geht, ob der Unternehmer überhaupt abhängige Arbeit nachfragt⁹⁷. Im Übrigen erweist sich als durchaus hilfreich das in der Literatur bereits verschiedentlich diskutierte Unmittelbarkeitskriterium⁹⁸. Wenn eine unternehmerische Entscheidung Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse nur infolge einer Marktreaktion haben kann, ist sie von vornherein nicht tarifierbar. Denn das Auftreten des Unternehmens am Markt liegt jenseits des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses und ist bereits in sachlicher Hinsicht einer Tarifregelung entzogen. Als ohne weiteres unzulässig erweist sich damit etwa der Zugriff der Tarifvertragsparteien auf die Modellpolitik eines Kraftfahrzeugherstellers, wie dies im Fall Opel geschehen ist.

Anders können die Dinge vor allem dann liegen, wenn die unternehmerische Entscheidung Fragen der Arbeitsorganisation betrifft. Stellt beispielsweise die technische Modernisierung eines Arbeitsplatzes neue Anforderungen an die zu erbringende Arbeitsleistung, ist in der Tat ein Fall gegeben, in dem sich „die wirtschaftliche und soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen“⁹⁹. Nicht durchführbar ist damit auch die Differenzierung, „ob die soziale Frage bereits Teil oder erst Folge der Unternehmensentscheidung ist“¹⁰⁰. Denn hier ist zugleich das synallagmatische Austauschverhältnis betroffen. Eine tarifliche Regelung scheidet in solchen Fällen folglich nicht etwa bereits deshalb aus, weil eine Materie jenseits des Arbeitsvertrags betroffen wäre. Geht es hingegen um

95 Jahnke (Fn. 61), S. 85.

96 So aber nach eigenem Bekunden Biedenkopf, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Fn. 1), S. 163.

97 Zutreffend Franzen, ZfA 2005, 315, 329.

98 Siehe die Nachweise oben Fn. 18.

99 Siehe für diese Formulierung nochmals Beuthien, ZfA 1984, 1, 14 sowie BAG 3.4. 1990 – 4 AZR 123/89 (Fn. 4), 296.

100 Beuthien, ZfA 1984, 1, 14.

die Frage, welches Personal für welche Tätigkeiten eingesetzt werden soll, ist der Bereich des Leistungsaustauschs im Arbeitsverhältnis verlassen. Dies betrifft etwa Produktionszusagen für bestimmte Standorte, wie sie im „*Master Agreement*“ bei Opel gegeben wurden.

Berechtigten Bedenken unterliegen Tarifnormen, die über den Inhalt des arbeitsvertraglichen Leistungsaustauschs hinausgehen, häufig bereits aus dem Grund, dass sie zwangsläufig auch die Arbeitsverhältnisse der nicht und anders organisierten Belegschaftsmitglieder betreffen. Die eingangs erwähnten Beispiele tarifvertraglicher Besetzungsregelungen¹⁰¹ und Personalbemessungssysteme¹⁰² sollen nach Auffassung des BAG als betriebliche Tarifnormen nach § 3 Abs. 2 TVG wirksam sein. Wenn man diesen Normtypus auf der Grundlage eines privatrechtlich-mandatarischen Verständnisses von der Tarifautonomie als Vertrag zugunsten Dritter rekonstruiert und folgerichtig auf begünstigende Inhalte beschränkt¹⁰³, scheitern entsprechende Tarifregelungen bereits an der fehlenden Möglichkeit einer Zurückweisung durch das einzelne Belegschaftsmitglied nach § 333 BGB.

3. Folgerungen für die Grenzen des Zugriffs auf die unternehmerische Freiheit im Zusammenhang mit normativen Tarifregelungen

a) Die Grenzen des Zugriffs durch die tatbestandliche Anknüpfung in Tarifregelungen mit normativem Geltungsanspruch

Wenn der quer durch alle Lager geteilte Grundsatz, dass eine Gewerkschaft nicht zur Mitunternehmerin werden dürfe¹⁰⁴, überhaupt einen Sinn haben soll, dann müssen Tarifnormen nach Art der Opel-Rahmenvereinbarung unwirksam sein. Die tatbestandliche Verknüpfung zwischen den Arbeitsbedingungen und unternehmerischen Fragen jenseits der arbeitsvertraglichen Sphäre erweisen sich bei näherer Betrachtung als widerrechtlicher Formenmissbrauch. Die Gewerkschaft erhebt letztlich Anspruch auf eine Stellung, die allenfalls in gesellschaftsrechtlichen Kategorien zu erfassen wäre. Freilich ist sie nicht bereit, zugleich auch die mit

¹⁰¹ Siehe BAG 17.6.1997 – 1 ABR 3/97, BAGE 86, 126, 131; BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, BAGE 92, 79, 84 für quantitative Besetzungsregeln und BAG 26.4.1990 – 1 ABR 84/87 (Fn. 3), 384; BAG 22.1.1991 – 1 ABR 19/90 (Fn. 3), sub II; BAG 18.3.2008 – 1 ABR 81/06 (Fn. 3), Rn. 29 für qualitative Besetzungsregeln.

¹⁰² Siehe BAG 3.4.1990 – 1 AZR 123/89 (Fn. 4), 294 f.

¹⁰³ Grundlegend *Arnold* (Fn. 63), insbesondere S. 347 ff.

¹⁰⁴ Siehe nur etwa *Beuthien*, Tarifverträge betriebsverfassungsrechtlichen Inhalts, ZfA 1986, 131, 153; *Gamillscheg* (Fn. 2), S. 340; *Krause* (Fn. 9), S. 63.

derartiger Teilhabe an der Geschäftsführung oder Leitungsmacht verbundene Verantwortlichkeit zu akzeptieren. Besonders gravierend ist bei alledem, dass sich die Gewerkschaft zur Durchsetzung eines rechtlichen Instrumentariums bedient, das genau bezeichneten anderen Zwecken vorbehalten ist. Schwerer noch als der normative Geltungsanspruch wiegt der Umstand, dass mit einer entsprechenden Regelungsbefugnis nach ganz überwiegender Auffassung¹⁰⁵ zugleich das Recht verbunden wäre, solche Vereinbarungen erstreiken zu können.

Gegen eine Ausdehnung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis über arbeitsvertragliche Inhalte hinaus spricht zusätzlich die folgende Kontrollüberlegung: Wenn bereits eine Unternehmensbeteiligung der Arbeitnehmer in gesellschaftsrechtlichen Formen weder tarifierbar noch erstreikbar sein sollte, so müsste dies erst recht für eine faktische Einflussnahme gelten, wie sie mit den hier behandelten Tarifnormen angestrebt wird. In der Tat verneint man ganz überwiegend die tarifvertragliche Regelungsbefugnis etwa für die Mittelverwendung im Rahmen von Investivlohnmodellen¹⁰⁶. Auch gilt es als ausgeschlossen, dass Gewerkschaften eine Unternehmensbeteiligung erstreiken¹⁰⁷. Soweit es den ablehnenden Stimmen dabei um den Schutz etwa von Altaktionären oder -gesellschaftern geht, mag man sie auf die entsprechenden Mechanismen des Gesellschaftsrechts verweisen¹⁰⁸. Im vorliegenden Zusammenhang relevanter ist ohnehin die Frage, ob eine Unternehmensbeteiligung im Rahmen eines Austauschverhältnisses durchgesetzt werden kann. Aufschlussreich ist insoweit einmal mehr der vergleichende Blick auf das allgemeine Zivilrecht: Droht ein wichtiger Handelspartner mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung, wenn ihm nicht eine bestimmte Beteiligung eingeräumt wird, so muss dies unter dem Gesichtspunkt der Zweck-Mittel-Relation erhebliche Bedenken hervorrufen. Entsprechendes gilt für vergleichbare Tarifforderungen, so dass der beschriebene Erst-Recht-Schluss durchgreift.

Für die Gewerkschaften ist mit diesen Ergebnissen freilich kein Verbot verbunden, sich mit geschäftspolitischen Fragen zu befassen. Sie können ihre Vorstellungen deshalb beispielsweise im Rahmen von Demon-

¹⁰⁵ Siehe die Nachweise oben Fn. 13.

¹⁰⁶ Siehe nur *Löwisch/Rieble* (Fn. 78), § 1 Rn. 287, 974; *Loritz*, Investivlohnmodelle und Arbeitsrecht, Festschrift Kissel, 1994, S. 687, 693 ff.; *K.-R. Wagner*, Ergebnisorientierte variable Vergütungen, BB 1997, 150, 151.

¹⁰⁷ *Thüsing*, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz (Fn. 57), § 1 Rn. 547 spricht insoweit von einer allgemeinen Auffassung.

¹⁰⁸ Insoweit zutreffend *Krause*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 61 Rn. 10.

strationen kundtun¹⁰⁹. Nur stehen ihnen insoweit nicht die spezifischen Betätigungsmittel der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes zu Gebote.

b) Die Grenzen des Zugriffs durch Koppelungsgeschäfte zwischen normativen und schuldrechtlichen Tarifregelungen

Nachdem die Reichweite der normativen Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gegenüber der unternehmerischen Freiheit näher bestimmt ist, können nun auch die einleitend beschriebenen Koppelungsgeschäfte in den Blick genommen werden¹¹⁰. In diesen Fällen kommt es zu keiner tatbestandlichen Verknüpfung zwischen dem unternehmerischen Verhalten und Leistungsansprüchen der Arbeitnehmer. Folglich trifft insoweit auch nicht der Vorwurf zu, dass die Tarifpartner im Gewand der Normativregelung von Arbeitsbedingungen gezielt auf die unternehmerische Freiheit zugreifen. Ebenso wenig erfüllen die individuellen Arbeitnehmeransprüche bei Koppelungsgeschäften zwischen normativen und schuldrechtlichen Tarifregelungen einen Sicherungszweck mit Blick auf Zusagen des Arbeitgebers über sein unternehmerisches Verhalten. Wenn eine Gewerkschaft ihre Bereitschaft zu einem Sanierungsverzicht oder zur Abkehr von einer hohen Lohnforderung an den Abschluss einer parallelen schuldrechtlichen Vereinbarung über unternehmerische Fragen knüpft, setzt sie jedoch das Recht, eine normative Regelung der Arbeitsbedingungen zu erkämpfen, in zweckwidriger Weise ein. Besonders bedenklich ist dies, wenn

109 Wie *Lobinger*, in: Rieble (Fn. 8), § 3 Rn. 18, 25 unter zutreffendem Verweis auf das Mitbestimmungsurteil (BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 und andere [Fn. 31], 371 f.) am Beispiel von Standortfragen ausführt, besteht kein zwingender Konnex zwischen den Betätigungsfeldern auf der einen Seite und Tarifautonomie und Arbeitskampf als spezifischen Betätigungsmitteln auf der anderen Seite. Zu Unrecht führen *Krause* (Fn. 9), S. 61 sowie (vor allem mit Blick auf schuldrechtliche Tarifregelungen) *Fischinger* (Fn. 91), S. 54 gegen diese Argumentation die Koalitionsmittelgarantie als Bestandteil der Koalitionsfreiheit ins Feld. Unzutreffend berufen sich beide Autoren auf BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 32. Wenn es dort mit Blick auf die Tariffähigkeit kampfunwilliger Arbeitnehmerorganisationen heißt, die Koalitionsfreiheit überlasse den Koalitionen „grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten“, setzt das Gericht ersichtlich voraus, dass es sich jeweils um konkret (und eben nicht nur „grundsätzlich“, so aber *Krause*, a.a.O.) zulässige Betätigungsmittel handelt. Ebenfalls fehlt der Hinweis auf BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304 ff. An dieser Stelle lässt das BVerfG vielmehr erkennen, dass „die Koalitionen ihrer Aufgabe, durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern“ durchaus „auch außerhalb des Bereichs der Tarifautonomie [...] nachkommen können“ (a.a.O., S. 305).

110 Siehe oben sub I am Ende.

man davon ausgeht, dass den Tarifvertragsparteien in schuldrechtlichen Vereinbarungen kein weitergehender Zugriff auf die unternehmerische Freiheit möglich ist oder insoweit wenigstens arbeitskampfrechtliche Einschränkungen bestehen. Unabhängig von diesen Fragen, die hier nach Möglichkeit ausgeblendet werden¹¹¹, liegt in der beschriebenen Koppelung ein unzulässiger Missbrauch des tarif- und arbeitskampfrechtlichen Instrumentariums, der im Ergebnis keine andere Bewertung verdient als die tatbestandliche Anknüpfung in der normativen Regelung selbst.

IV. Systemkonforme Gestaltungsalternativen und Reformansätze zur Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung an unternehmerischen Entscheidungen

Auf den ersten Blick mag es als einseitige Bevorzugung des Arbeitgebers erscheinen, wenn den Gewerkschaften versagt wird, die Tarifautonomie und das Streikrecht für eine gezielte unternehmerische Einflussnahme jenseits arbeitsvertraglicher Fragen einzusetzen. Jedenfalls nachvollziehbar ist es zudem, wenn Arbeitnehmer etwa bei Opel zu einem Sanierungsverzicht nur unter der Voraussetzung bereit sind, dass eine unternehmenspolitisch sinnvolle Verwendung der eingesparten Personalkosten gewährleistet ist. Die bisherigen Ergebnisse stehen aber ohnehin keineswegs jeder Erweiterung der Arbeitnehmerbeteiligung an unternehmerischen Entscheidungen entgegen. Es gilt vielmehr nur zu sehen, dass die Gewerkschaften unter legitimationstheoretischen Gesichtspunkten wegen ihrer mangelnden Fähigkeit zur Wahrnehmung von Interessen der Gesamtbelegschaft denkbar ungeeignete Adressaten für die Zuweisung derartiger Befugnisse sind. Wer eine intensivere Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen für wünschenswert hält, muss sich daher auf die Suche nach systemkonformen Gestaltungsalternativen und Reformansätzen machen. Wenn abschließend entsprechende Möglichkeiten angedeutet werden, ist damit noch kein Plädoyer für die damit einhergehenden Einschränkungen der Unternehmensautonomie verbunden. Es soll vielmehr nur gezeigt werden, dass die tarifvertragliche Regelung unternehmerischer Fragen selbst dann keineswegs alternativlos ist, wenn man einer Stärkung des Arbeitnehmereinflusses offen gegenübersteht.

In Betracht kommen zunächst Arten der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung, die über eine gesellschaftsrechtliche Stellung Einfluss auf die Unternehmenspolitik verleihen¹¹². Es geht dabei weniger darum, gesellschaftsrecht-

111 Siehe dazu die Referate von *Giesen* (S. 57 ff.) und *Franzen* (S. 119 ff.) in diesem Band.

112 Vgl. den Überblick über verschiedene Beteiligungsformen bei *Kutsch/A.-L. Kersting*, BB 2011, 373, 374 ff. Siehe dazu, dass den Tarifvertragsparteien insoweit überwiegend die Regelungsbefugnis fehlt, bereits oben sub III 3 a.

liche Elemente im Arbeitsverhältnis als solchem aufzuspüren¹¹³. Auch bloße Sonderformen der Unternehmensfinanzierung etwa durch Arbeitnehmerdarlehen oder stimmrechtslose Gesellschaftsanteile gehen am Kern des Problems vorbei. Denn eine unternehmerische Mitverantwortung der Arbeitnehmer setzt eine echte Risikokapitalbeteiligung voraus¹¹⁴. Freilich gilt es zu sehen, dass die Intensität der möglichen Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen je nach Gesellschaftsform erheblich variiert. Insbesondere die Beteiligung von Arbeitnehmern als Gesellschafter einer GmbH vermittelt wegen der weit reichenden Befugnisse der Gesellschafterversammlung einen vergleichsweise großen Einfluss¹¹⁵. Nicht zu übersehen sind allerdings die mit solchen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen verbundenen Schwierigkeiten: So besteht die Gefahr widersprechender Rechte und Pflichten, wenn beispielsweise das Streikrecht des Arbeitnehmers und die Treuepflicht des Gesellschafters miteinander kollidieren¹¹⁶. Auch müssen sich die Arbeitnehmer im Klaren darüber sein, dass sich der allgemeine Konnex zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Haftung sehr zu ihren Lasten auswirken kann. So birgt bereits eine bloße Teilentlohnung in Aktien die Gefahr in sich, dass die Arbeitnehmer im Insolvenzfall nicht nur den Arbeitsplatz, sondern auch wichtige Vermögensbestandteile verlieren.

Im Übrigen ist die Teilhabe der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen im geltenden Recht vor allem eine Sache der Unternehmensmitbestimmung. Schon weil die deutschen Vorschriften bereits jetzt eine im europäischen und weltweiten Vergleich einzigartige Intensität der Arbeitnehmerbeteiligung vorsehen, verfolgen jüngere Reformvorschläge

113 So aber der Ansatz von *Adomeit*, Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis, 1986, S. 11 ff., der „das typische Arbeitsverhältnis“ als „ein gemischtes Rechtsverhältnis“ aus Dienstvertrag und BGB-Innengesellschaft begreifen will, daraus aber, a.a.O., S. 16 ff., ohnehin kaum relevante Folgerungen zieht; kritisch *Lieb*, Wandelt sich das Arbeitsverhältnis zum unternehmerischen Teilhaberverhältnis?, in: Beuthien (Hrsg.), Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber?, 1987, S. 41 ff.

114 Zutreffend *Beuthien*, Das Arbeitsverhältnis im Wandel, in: Beuthien (Fn. 113), S. 27, 33 f.

115 *Reuter*, Vermögensteilhabe der Arbeitnehmer, in: Beuthien (Fn. 113), S. 89, 102 ff. empfiehlt GmbH- oder Kommanditanteile. Die von *Kutsch/A.-L. Kesting*, BB 2011, 373, 380 geäußerten Bedenken, eine Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH sei wegen der Beurkundungserfordernisse „recht schwerfällig“, sind mit Blick auf BGH 10.3. 2008 – II ZR 312/06, NJW-RR 2008, 773 f. jedenfalls für die Praxis erheblich zu relativieren. Danach begründet die Zwischenschaltung einer GbR mit dem Ziel der Mitarbeiterbeteiligung keine Umgehung des § 15 Abs. 4 GmbHG.

116 Siehe dazu *Loritz*, Die Mitarbeit Unternehmensbeteiligter, 1984, S. 173 f., 429; *Winter*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz (Fn. 5), § 1 Rn. 405.

neben einer Flexibilisierung¹¹⁷ ausnahmslos das Ziel, die Mitbestimmung quantitativ zu beschränken oder qualitativ auf für Arbeitnehmer besonders relevante Bereiche zu begrenzen¹¹⁸. Ohne dass dies im vorliegenden Rahmen vertieft werden könnte, muss zudem das verfassungsrechtlich wie rechtspolitisch höchst umstrittene exklusive Vorschlagsrecht der Gewerkschaften für einen Teil der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat nach dem bisher Gesagten ebenfalls legitimatorische Bedenken hervorrufen¹¹⁹.

Realistischer erscheint ohnehin eine Stärkung des Betriebsrats in Fragen der Unternehmensführung. Bereits jetzt reicht der Wirkungskreis des Betriebsrats in vielen Unternehmen faktisch weit über die im BetrVG vorgesehenen Rechte hinaus¹²⁰. Soweit dem Betriebsrat die Rolle des „Co-Managers“ nicht freiwillig eingeräumt wird¹²¹, sondern auf einem Kopplungsdruck durch die Verknüpfung mit der Ausübung von Mitbestimmungsrechten etwa in sozialen Fragen beruht¹²², ist dies auf der Grundlage des geltenden Rechts freilich keineswegs unproblematisch. Eine Gesetzesreform, die den Betriebsrat mit Kompetenzen im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung ausstatten wollte, müsste wohl mit deutlichen Modifikationen der betriebsverfassungsrechtlichen Organi-

117 Zuletzt etwa *Th. Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, S. B 67 ff.

118 Siehe den Überblick bei *Wißmann*, in: *Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2011, Vorbemerkung MitbestG, Rn. 57 ff., besonders Rn. 59 ff.

119 Siehe zu den insbesondere gegen § 7 Abs. 2 in Verbindung mit § 16 MitbestG gerichteten Bedenken aus verfassungsrechtlicher Sicht etwa *Buchner*, Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat, ZfA 2006, 597, 611 ff. sowie aus rechtspolitischer Sicht etwa *Th. Raiser*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages (Fn. 117), S. B 95 ff. Einer erneuten Überprüfung bedarf nicht zuletzt die Begründung, die BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 und andere (Fn. 31), 361 für die Verfassungsmäßigkeit gegeben hat. Insbesondere sei „diese Regelung nicht sachfremd“, weil sie dem „nicht ohne Grund erwarteten ‚Betriebsegoismus‘ entgegenzuwirken oder diesen doch zumindest abzumildern“ geeignet sei. Nicht nur geht der Hinweis auf die angebliche Ausrichtung unternehmensangehöriger Arbeitnehmervertreter auf kurzfristige Interessen an der Realität vorbei. Vor allem wäre erst zu begründen, weshalb im Aufsichtsrat nicht legitimerweise „betriebsegoistische“ Interessen zu verfolgen sein sollen (zutreffend *Buchner*, a.a.O., S. 616).

120 Siehe näher *Rieble*, Führungsrolle des Betriebsrats und Corporate Governance, in: *Rieble/Junker* (Hrsg.), Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung, 2008, § 1 Rn. 33 ff.

121 Siehe für einen entsprechenden Bericht aus der Praxis *Kast*, Betriebsräte als Sozialpartner, in: *Rieble/Junker* (Fn. 120), § 3.

122 Siehe näher *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung, 2006, Rn. 76 ff.

sationsstrukturen einhergehen¹²³. Ungeachtet solcher Vorbehalte gilt es jedenfalls zu sehen, dass der Betriebsrat als Vertretungsorgan der gesamten Belegschaft anders als eine Gewerkschaft grundsätzlich geeignet ist, die Teilhabe der Arbeitnehmerschaft an unternehmerischen Entscheidungen zu verwirklichen¹²⁴. Ob entsprechende Reformen rechtspolitisch wünschenswert sind, steht freilich auf einem anderen Blatt, ist an dieser Stelle aber auch nicht zu entscheiden.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. In den letzten Jahren ist zunehmend zu beobachten, dass Tarifregelungen mit normativem Geltungsanspruch gezielt auf die unternehmerische Freiheit einwirken. Dies geschieht insbesondere durch die tatbestandliche Verknüpfung von Arbeitnehmeransprüchen mit einem bestimmten Unternehmerverhalten. Auf ähnliche Effekte zielen Gewerkschaften ab, wenn sie ihre Zustimmung zu Sanierungsverzichten oder das Abrücken von einer hohen Lohnforderung davon abhängig machen, dass der Arbeitgeber in einer parallelen schuldrechtlichen Vereinbarung etwa Produktions- oder Investitionszusagen gibt.

2. Die herkömmlichen Versuche, die Grenzen des tarifvertraglichen Zugriffs auf die Unternehmerfreiheit im Wege der praktischen Konkordanz zwischen den Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG zu ermitteln, sind gescheitert. Nimmt man anstelle der „Außenschränken“ der Tarifautonomie deren „Innenschranken“ in den Blick, kommt es auf den Zweck der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis an. Die sachlichen und personellen Grenzen der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis bestimmen damit zugleich deren Reichweite gegenüber der Unternehmensautonomie.

3. In sachlicher Hinsicht erweist sich als entscheidender Gesichtspunkt die Bezogenheit des Tarifvertrags auf den Arbeitsvertrag, wie sie auch die gesetzliche Regelung des Tarifvertragswesens in ihrer historischen Genese widerspiegelt. Von vornherein auszuschneiden sind damit Regelungsmaterien, die der arbeitsvertraglichen Sphäre vorgelagert sind. Jedenfalls außerhalb der tarifvertraglichen Regelungsmacht liegen weiterhin Fragen, die sich auf die Arbeitsverhältnisse nur vermittels einer Marktreaktion auswirken können. Im Übrigen ist danach abzugrenzen, ob die unternehmerische Entscheidung Modalitäten des Leistungsaustauschs im Arbeitsverhältnis oder aber die unternehmerische Steuerung des Personaleinsatzes betrifft.

¹²³ Eingehend dazu *Rieble*, in: *Rieble/Junker* (Fn. 120), § 1 Rn. 57 ff.

¹²⁴ Ähnlich mit Blick auf Standortentscheidungen *Lobinger*, in: *Rieble* (Fn. 8), § 3 Rn. 55.

4. Die sachlichen Grenzen der Tarifmacht stehen in einem engen Zusammenhang mit der grundsätzlichen Beschränkung der personellen Reichweite auf tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien. Tarifvertragliche Regelungen über unternehmerische Fragen jenseits des Leistungsaustauschs im Arbeitsverhältnis betreffen zwangsläufig auch die Stellung nicht und anders organisierter Arbeitnehmer und sind schon aus diesem Grund abzulehnen.
5. Tarifvertragliche Regelungen, die Arbeitnehmeransprüche tatbestandlich mit unternehmerischem Verhalten verknüpfen, betreffen mit ihrem normativen Geltungsanspruch zwar vordergründig lediglich die Arbeitsbedingungen. Soweit der darin liegende finale Zugriff auf die unternehmerische Freiheit die dargestellten Grenzen der Tarifautonomie überschreitet, liegt in solchen Gestaltungen jedoch ein rechtswidriger Formenmissbrauch.
6. Keine andere Bewertung verdienen Koppelungsgeschäfte zwischen normativen Regelungen und entsprechenden schuldrechtlichen Vereinbarungen. Besonders bedenklich sind derartige Verknüpfungen, wenn man davon ausgeht, dass den Tarifvertragsparteien auch in schuldrechtlichen Vereinbarungen kein weitergehender Zugriff auf die unternehmerische Freiheit möglich ist oder insoweit wenigstens arbeitskampfrechtliche Einschränkungen bestehen.
7. Hält man eine intensivere Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen für wünschenswert, kommen lediglich Gestaltungsalternativen und Reformansätze jenseits der Tarifautonomie in Betracht. Weil die Gewerkschaften nur ihre Mitglieder vertreten können, sind sie auch *de lege ferenda* ungeeignet zur Verwirklichung einer Entscheidungsteilhabe, die von vornherein nur der gesamten Belegschaft zustehen kann.

Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Vielen Dank, Herr Dr. *Hartmann*, eine große Leistung haben Sie insoweit erbracht, als Sie ein riesiges Stoffgebiet staubedingt zusammengezwängt haben. Das ist schon eine reife Leistung. Die Diskussion kann sicherlich noch manches, was unklar geblieben sein könnte, deutlicher machen. Als ersten Redner auf der Liste habe ich *Volker Rieble*. Wer sich weiterhin auf die Liste setzen lassen möchte, der sage es gleich. Wir fangen aber mit Ihnen, Herr Kollege *Meyer*, an.

Professor Dr. Cord Meyer, Deutsche Bahn AG, Berlin:

Herr *Hartmann*, ganz spontan, als ich Ihren Ausführungen gelauscht habe: interessant die Verknüpfung der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien an die Begrenzung auf Mitglieder. Aber wie würden Sie Sachverhalte bewerten, in denen der Arbeitgeber eine Gleichstellung in seinem Betrieb praktiziert, die Außenseiter über Bezugnahme Klauseln an die Tarifregelung bindet. Könnte das vielleicht ein Ansatz sein – um aus Gewerkschaftssicht zu argumentieren? Wir haben im Betrieb oder im Unternehmen größere Gestaltungsspielräume.

Dr. Felix Hartmann, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Die Gleichstellung nichtorganisierter Arbeitnehmer hat ja, legitimatorisch betrachtet, eine ganz andere Grundlage. Deswegen kann man es nicht so ohne weiteres miteinander vergleichen. Mein Thema war die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien in normativer Hinsicht. Da sind die Außenseiter nicht betroffen. Wenn der Arbeitgeber sich dazu entscheidet gleichzustellen, dann muss er das individualvertraglich vereinbaren. Deswegen folgt aus der Gleichstellungspraxis auch kein Gegenargument gegen die Begrenzung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Zunächst einmal auch von meiner Seite ein ganz herzliches Kompliment. Aus meiner Sicht war das ein in jeder Hinsicht klares, verständliches und auch systematisch stimmiges Referat, das ein sehr geschlossenes und in sich konsistentes Gedankengebäude aufstellt. Wenn ich trotzdem einige

kritische Fragen habe, können sie sich nur auf Grundpositionen beziehen, weil das, was Sie gesagt haben, in der Tat – ich wiederhole mich – in sich stimmig und durchaus schlüssig ist. Hier sind zwei Fragen, die ich an Sie richten möchte:

Die erste Frage betrifft das grundsätzliche Verhältnis von regulatorischem Rahmenwerk und sozialer Wirklichkeit. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, sagen Sie, das Tarifvertragsgesetz beziehungsweise die Koalitionsfreiheit und die Tarifautonomie müssen von ihrem historischen Ausgangspunkt her interpretiert werden und die Tarifautonomie hat ausschließlich eine konkrete Funktion, nämlich die Austauschbedingungen, die normalerweise im Einzelarbeitsverhältnis geregelt werden, auf einer kollektiven Ebene zu regeln. Nicht weniger, aber auch nicht mehr. Meine Frage ist nun – und das ist erst einmal nur eine Frage, ohne dass ich an dieser Stelle schon gleich Antworten präsentieren könnte: Wir konstatieren, dass in den letzten Jahrzehnten Entwicklungen stattfinden, die über dieses Modell deutlich hinausgehen. Nun kann man sich in zweierlei Weise verhalten: Man kann sagen, „das darf alles gar nicht sein, weil es in unsere gedanklichen und begrifflichen Konzeptionen nicht hineinpasst“, oder man kann als Arbeitsrechtler versuchen, diese Phänomene, die ja stattfinden – und viele dieser Fragen werden schlicht und einfach gar nicht vor die Arbeitsgerichte getragen, weil die Akteure des Arbeitslebens damit umgehen und damit arbeiten –, wieder rechtlich einzufangen, also das normative Rahmenwerk an die soziale Realität anpassen. Ich habe den Eindruck, dass die von Ihnen vorgetragene Konzeption, die ich – wie gesagt – als sehr stimmig und in sich schlüssig empfinde, Gefahr läuft, eine immer größere Diskrepanz zu schaffen zwischen dem, was in der Wirklichkeit des Arbeitslebens stattfindet und dem, was in unseren Lehrbüchern und Kommentaren steht. Ich frage mich, ob das auf Dauer ein tragfähiges Konzept ist.

Meine zweite Frage, Herr *Hartmann*, betrifft den wenn auch vielleicht etwas theoretischen Fall, dass die gesamte Belegschaft eines Betriebs organisiert ist. Würde das etwas an Ihrer Konzeption ändern bei der Frage des Zugriffs auf unternehmerische Entscheidungen oder bleibt das davon völlig unberührt?

Felix Hartmann:

Ihre erste Frage betrifft das Verhältnis zwischen normativem Rahmenwerk und der Wirklichkeit, wie Sie es ausgedrückt haben. In der Tat: Der Befund, dass wir heute weitgehend arbeitsvertragliche Bezugnahmen finden, führt verschiedentlich zu Kritik an der Beschränkung der Regelungsbefugnis auf die organisierten Arbeitsvertragsparteien und ist natürlich auch ein Kritikpunkt an Systemen, die sich – wie meines – sehr stark an

dieser privatautonomen Legitimation orientieren. Wenn Sie sich zum Beispiel den Vorschlag Ihrer Kollegin *Kamanabrou* anschauen, eine begrenzte *erga omnes*-Wirkung einzuführen – auch da ist Ausgangspunkt der Befund, dass wir sowieso weitgehend arbeitsvertragliche Bezugnahmen haben. Ich glaube aber, dass man sich von dieser Rechtswirklichkeit nicht unbedingt blenden lassen sollte. Das kann sich auch einmal wieder ändern. Es kann zum Beispiel wieder sehr relevant werden, ob sich jemand unterhalb tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen verdingen kann. Ich glaube, man muss sich eher fragen, woran es denn eigentlich liegt, dass sich die Arbeitgeber fast durch die Bank zu einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme genötigt sehen. Das könnte zum Beispiel damit zusammenhängen, dass sie den Arbeitnehmer andernfalls quasi in die Arme der Gewerkschaft treiben. Das wiederum könnte daraus folgen, dass der Arbeitnehmer mit dem Beitritt sofort in den Genuss der tarifvertraglichen Bedingungen kommt, also immer dieses sehr scharfe Schwert in der Hand hat, jederzeit beitreten zu können und die tarifvertraglichen Bedingungen ohnehin erlangen zu können.

Ich gehe damit zu Ihrer zweiten Frage über, nämlich der Frage, was denn wäre, wenn der gesamte Betrieb organisiert wäre – in der Tat ein wohl eher theoretischer Fall. Ich glaube, dass auch dann die Gewerkschaft funktional ausscheidet. Natürlich kann sie von allen privatautonom legitimiert werden, unternehmerische Fragen mit zu entscheiden, aber ich glaube, dass auch in diesem Fall der Betriebsrat eigentlich der nahe liegende Adressat für solche zusätzlichen Befugnisse wäre.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Wenn ich vielleicht gleich zu meinem Nachbarn etwas ergänzend sagen darf: Das war natürlich die große Frage des Verhältnisses von Sein und Sollen. Da kennen wir als Juristen auch die Antwort. Ich will nur sagen: Insoweit muss natürlich auch das Recht entsprechende Orientierungen vorgeben und kann auf bestimmte Grundsätze nie verzichten. Die These von Herrn *Reuter* etwa war ja auch, dass es § 77 Abs. 3 BetrVG im Hinblick auf betriebliche Bündnisse für Arbeit gar nicht mehr gäbe und die Norm gar keine Geltung mehr hätte, weil man es einfach anders macht. Ich glaube, da schaffen wir unsere Profession selbst ab. Im Übrigen aber glaube ich, muss man sehr vorsichtig sein. Denn es gibt Entwicklungen – ich sage nur die Schlagworte: Aufgabe der Tarifeinheit, Tarifpluralität –, mit denen all diese Dinge nicht mehr funktionieren werden. Wenn in Betrieben Tarifpluralität herrscht, dann stellt sich ja die Frage, auf was wird überhaupt Bezug genommen? Und gegebenenfalls: Welche ist die repräsentative Gewerkschaft, an der sich das alles ausrichten kann? Das zeigt

doch sehr schön, dass wir von vornherein sehr strikt auf die Legitimation achten müssen. Es kann dann immer nur für die entsprechenden Gewerkschaften gelten. Dann werden wir allerdings auch sehen, was für ein Chaos entsteht, wenn die einen sagen: „Nein, künftig müsst ihr die Autos mit Elektromotoren bauen“, die anderen aber meinen: „Diesel ist es jetzt“ und die dritte Gewerkschaft sagt: „Immer bitte nur grüne Autos, weil das einen positiven Effekt hat.“ Ich meine, gerade wenn man klug bedenkt, dass sich das Sein eben immer auch ändern kann, sollte man bei den Grundsätzen, die genannt wurden, bleiben.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Herr *Hartmann* wird am besten wissen, wie sehr ich ihm zustimme, und deshalb falle ich natürlich auch noch über Sie her, Herr *Krause*, obwohl eigentlich das Wesentliche schon gesagt ist. Der berühmte Einwand, das Recht passe nicht mehr auf die Wirklichkeit, ist für viele tödlich. Man muss nur genau sehen, was denn die Wirklichkeit ist, die wir wollen. Die Wirklichkeit ist ja nicht ein vorgegebenes Faktum, sondern ist das, was wir aus der Wirklichkeit machen wollen, also durchaus der Normativität zugänglich. Wenn Sie einmal sehen: Das Programm, das Herr *Hartmann* vorgetragen hat, ist keine Spielerei, das kommt nicht von irgendwoher. Dahinter steckt eine ganz grundsätzliche Idee, historisch belegbar durch den Schritt von der korporatistischen Organisation hin zum freien Vertrag. Aber der freie Vertrag ist ein „freier“ oder der Vertrag von „Freien“. Und diese Idee überrollen wir heute Schritt für Schritt von neuem. Wenn Sie solche Regeln aufstellen, bei denen der Regelungsbetroffene bei der Herstellung der Regel in keiner Weise beteiligt ist, dann ist es natürlich genau das Gegenteil von Freiheit. Exakt das würden wir mit diesen Modellen machen. Man darf sich nicht täuschen lassen – das ist schon gesagt worden –, dass das manchmal im Augenblick von Vorteil sein kann für den Arbeitnehmer. Aber das kann sehr schnell wieder umschlagen in genau das Gegenteil. Das Entscheidende aber an der ganzen Sache ist: Wollen wir festhalten daran, dass der Einzelne seine Schicksale selbst bestimmt und dann doch wohl in der zentralsten Frage, die es überhaupt gibt, nämlich in seiner Berufsgestaltung, in seinem ganzen beruflichen Dasein, oder wollen wir gar – jetzt gebrauche ich einen historischen Begriff – intermediäre Gewalten einziehen zwischen dem Einzelnen und dem Staat, die beide Bestimmungsrechte haben, die vollkommen unkontrolliert sind, die ganz und gar nach der Logik ihres Verbands, die meist eine Machtlogik ist, operieren würden? Ich könnte davor nur warnen, und ich bin sehr dankbar, dass dieses Thema hier aufs Tapet gekommen ist. Unser Thema ist ja nur einer von vielen Punkten, die wir heute beobachten, wo dieser Abbau der Individualautonomie Schritt für Schritt vorangeht. Ge-

rade unter einer Gesellschaft, die notwendigerweise durch die technischen Umstände zur Vermassung gerät, sollten wir uns gut daran erinnern, was auf dem Spiel steht.

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

Herr *Lobinger* und Herr *Picker*: Ich stimme Ihnen beiden natürlich völlig zu, aber ich glaube, wir müssen einmal eine Tagung über Faktizität und Geltung im Arbeitsleben oder im Sozialleben machen und Herr *Krause* hat sich heute schon für den Hauptvortrag beworben. Diese Bewerbung nehme ich natürlich dankend an.

Ich will jetzt aber noch einmal zurück zu Ihrem Thema kommen. Das war aus meiner Sicht extrem luzide, aber ich stelle die Frage, ob dieses Finalitätsdenken vielleicht doch sehr stark an den Haustarif geknüpft ist. So will die IG Metall gerade bei Opel die Aktiengesellschaft, um die mitbestimmte Kompetenz des Aufsichtsrats zu erweitern und die Gesellschafterversammlung auszuschalten. Wenn sie gerade bei Opel eine ganz spezifische Modellpolitik durchsetzen will, dann kann ich diese Finalität begreifen. Als Tarifrechtler ist für mich eher der Verbandstarif der Normalfall. Jetzt stelle ich mir einmal vor, ich habe einen Tarifvertrag, bei dem Aktiengesellschaften ganz generell an einer Stelle eine Entlastung erfahren, weil die Gewerkschaft sagt: „Dort haben wir schon eine stärkere Unternehmensmitbestimmung.“ Würden Sie jetzt auch sagen, dass auch das ein finaler Zugriff auf die Rechtsformwahlfreiheit der Eignerversammlung bedeutet? Würden Sie auch dort sagen, das hat vor allem eine Lenkungs-funktion mit Formenmissbrauch? Oder würde man sagen, wenn es abstrakt generell ist, dann steht es zurück und dann bleibt mir nur noch die Gleichbehandlungskontrolle. Gibt es irgendeinen Sachgrund dafür, Aktiengesellschaften im Tarifvertrag bei bestimmten Arbeitsbedingungen anders zu behandeln als GmbHs?

Felix Hartmann:

Sie haben natürlich viel besseren Einblick als ich in das, was tatsächlich vereinbart wird. Ich hatte allerdings den Eindruck, dass der Zugriff auf unternehmerische Fragen eigentlich vornehmlich oder vielleicht sogar ausschließlich eine Frage von Haustarifverträgen ist. Ich bin aber gern bereit, mich auf die Frage nach den Verbandstarifverträgen einzulassen. Ich glaube, dass mein Finalitätskriterium auch da tragen könnte. Dass es an sich nicht um die Begründung eines Leistungsanspruchs für die Arbeitnehmer geht, sondern das Vehikel der Normativregelung eines Leistungsanspruchs zugunsten der Arbeitnehmer benutzt wird, um andere Dinge

durchzusetzen – diesen Befund haben wir auch dann, wenn zum Beispiel entschieden wird über die Rechtsformen sämtlicher Arbeitgeber, die in dem Bereich tätig sind. Ob das ein realistisches Beispiel ist, weiß ich nicht. Ich glaube aber jedenfalls, dass das ganz genauso zu beurteilen wäre, und sehe da keinen Unterschied.

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

Eine Stellungnahme „Zur Diskussion um Sein und Sollen: ...“ Ich meine, die Diskussion soll nicht sein, denn wir sprechen darüber, ob Verabredungen verbindlich und tragbar sind. Sie können immer Verabredungen treffen, die unwirksam sind, und ich glaube, dass in der Realität die meisten unternehmensverhaltensbezogenen Verabredungen schon als unwirksam gewollt und vereinbart werden. Von daher, denke ich, hat Herr *Hartmann* sein Thema voll erfasst.

Felix Hartmann:

Ich kann dazu vielleicht noch eines berichten: Ich glaube, dass der Eindruck von Herrn Professor *Giesen* richtig ist. Es war nämlich ganz interessant: Ich habe bei Opel angefragt, ob ich die Rahmenvereinbarung erhalten könne. Das hat man mir verwehrt mit dem Argument, man wolle eine wissenschaftliche Auseinandersetzung über diese Frage einstweilen nicht haben. Da komme nur neue Unruhe in den Betrieb. Ich habe es dann im Internet gefunden, das war kein Problem. Aber da sehen Sie schon, dass die Beteiligten sich selber vielleicht gar nicht so sicher sind, ob wirksam ist, was sie vereinbart haben.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Ich wollte noch eine Frage stellen, um von den *Statements* etwas wegzukommen. Mir hat sehr gut gefallen, was Sie hier entwickelt haben. Mich hat allerdings gewundert, dass Sie jetzt ausgerechnet den Betriebsrat zu einem Interessenvertreter mit Allgemeinmandat promovieren wollen. Der Betriebsrat steht doch auf noch viel tönernen Füßen als die Tarifvertragsparteien. Er ist in keiner Weise privatautonom, sondern lediglich durch Wahl legitimiert – er ist eine staatliche Veranstaltung, die Kompetenzen kommen aus dem Gesetz. Und ihn jetzt zum Mitunternehmer zu erheben – was er dann ja faktisch wäre – kommt mir äußerst merkwürdig vor und scheint mir auch Ihren Grundannahmen zu widersprechen. Darauf wollte ich hinweisen, aber Sie auch danach fragen, wieweit Sie das schon durch-

dacht haben und welche legitimatorische Grundlage Sie sich vorgestellt haben.

Felix Hartmann:

Zwei Gesichtspunkte möchte ich dazu sagen. Zum einen ist es so, dass der Betriebsrat immerhin legitimiert – wenn auch nicht privatautonom legitimiert – ist durch die Gesamtheit der Belegschaft. Das spricht aus meiner Sicht schon sehr dafür, ihn hier heranzuziehen. Zum anderen geht es hier immer um Befugnisse, die arbeitsvertraglich der Arbeitgeberseite zugewiesen sind, und man nimmt von diesen Befugnissen, die an sich der Arbeitgeberseite zugewiesen sind, einen Teil heraus und will sie jetzt an die Arbeitnehmer verteilen. Das ist etwas ganz anderes, als wenn Sie im tarifvertraglichen Bereich privatautonom erst einmal festlegen, wer eigentlich was darf. Es ist vor allem legitimatorisch etwas völlig anderes. Deswegen ist – so glaube ich – der Betriebsrat mit den notwendigen Modifikationen, die ich angedeutet habe, der nahe liegende Adressat für zusätzliche Befugnisse.

Dr. Martin Kraushaar, Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie e.V., Köln:

Nur ein ganz kurzer Hinweis: Es gibt beispielsweise bei der BASF einen Sprecherausschuss, der 3.000 Leute hat, nein: unsere Mitgliedschaft sind 3.000; die Leitenden sind nicht ganz so viele, aber doch immerhin eine relevante Gruppe. Die legitimatorische Basis wäre dann beispielsweise nicht gegeben. Deswegen kann ich hier nur dieser Skepsis zustimmen, dass man den Betriebsrat in seiner derzeitigen Verfassung sicherlich begrüßen kann, aber ob man das unbedingt ausbauen kann, wäre dann doch nachdenkenswert.

Felix Hartmann:

Dass Modifikationen der Betriebsverfassung erforderlich sein können, hatte ich angedeutet. Man kann sicherlich nicht den Betriebsrat, so wie er jetzt ist, nehmen und ihm diese zusätzlichen Befugnisse zuweisen. Das war ein Programm, das man *de lege ferenda* erwägen könnte mit den notwendigen Begleitregelungen, die man dann aber auch treffen müsste.

Hermann Reichold:

Vielen Dank, Herr Dr. *Hartmann*, für Ihre sehr interessanten Ausführungen und die weiterführende Diskussion.

Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten

Richard Giesen

Seite

I. Schuldrechtliche, normative Regelungen und Regelungsbereiche der tarifvertraglichen Steuerung von Unternehmerverhalten	59
1. Schuldrechtliche Tarifvertragsregelungen	59
2. Mögliche Regelungsgebiete für Vereinbarungen über Unternehmerverhalten	60
a) Gewerkschaftsseitige Verfolgung unternehmerischer Belange	60
b) Gewerkschaftsseitige Verfolgung unternehmensfremder Belange	60
c) Vereinbarungen über Führungsstruktur und Führungspersonal	61
3. Unzulässigkeit normativer Tarifvorschriften auf den genannten Regelungsgebieten	61
II. Zulässigkeit schuldrechtlicher Regelungen in Bereichen unzulässiger normativer Tarifvorschriften?	62
1. Zur Diskussion der Frage nach der Zulässigkeit schuldrechtlicher Tarifvorschriften, wo normative Regelungen ausscheiden	63
2. Gesetzliche Verbote für normative und für schuldrechtliche Regelungen; tarifdispositives Gesetzesrecht	64
3. Gibt es für die Regelung unternehmerischen Verhaltens ein Gebiet, auf dem für schuldrechtliche Vereinbarungen weiter greifende Regelungsmöglichkeiten bestehen als für normative Vereinbarungen?	65
a) Im geltenden Recht reichen die verfassungsrechtlich vorgesehenen Gestaltungsbefugnisse der Tarifparteien für normative und schuldrechtliche Regelungen des Unternehmerverhaltens nicht unterschiedlich weit	65
b) Vertragsfreiheit contra koalitionsspezifische Zweckbindung	67
c) Druckszenarien, welche an der Vertragsfreiheit bei der Aushandlung schuldrechtlicher Vereinbarungen zweifeln lassen	69

4.	Strukturelle Unterschiede zwischen normativen und schuldrechtlichen Regelungen	70
a)	Fehlende Erstreitbarkeit schuldrechtlicher Regelungen über unternehmerisches Verhalten.....	70
b)	Sonderbedarf an nicht-normativen unternehmensgestaltenden Regelungen?	71
c)	Beschränkung von schuldrechtlichen Regelungen über unternehmerisches Verhalten auf Firmentarifverträge	71
d)	Umgehungsargument	71
III.	Zusammenfassung	72
	Diskussion	74

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten* (München 2012), S. 57-73

I. Schuldrechtliche, normative Regelungen und Regelungsbereiche der tarifvertraglichen Steuerung von Unternehmerverhalten

Im Kontext der tarifvertraglichen Steuerung unternehmerischen Verhaltens wird häufig die Frage diskutiert, ob diesbezügliche Regelungen, welche als normative Tarifvorschriften unzulässig sind, stattdessen als schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen werden können¹.

1. Schuldrechtliche Tarifvertragsregelungen

Schuldrechtliche Regelungen sind solche, die nach § 1 Abs. 1 TVG nur die Tarifvertragsparteien binden. Die betreffenden Regelungen werden also von ihnen getroffen, gelten aber nicht nach § 4 Abs. 1 TVG normativ, sondern begründen Rechte und Pflichten nur für die Vertragspartner. Aus Sinn und Zweck des Tarifvertrags ergeben sich die Durchführungspflicht und die (relative) Friedenspflicht. Diese Pflichten bestehen ohne weiteres als schuldrechtliche Pflichten, brauchen also nicht eigens vereinbart zu werden². Ausdrücklich vereinbarte schuldrechtliche Regelungen finden sich vor allem in Schlichtungsabkommen, in denen das Verfahren der Tarifvertragsverhandlung und häufig damit verbundene arbeitskampfrechtliche Stillhalterregelungen als zeitlich begrenzte absolute Friedenspflichten festgesetzt werden. Weitere schuldrechtliche Verpflichtungen können im Stadium der Anbahnung eines Tarifvertrags erwachsen³.

Das alles soll uns nicht weiter interessieren. Hier geht es darum, ob das unternehmerische Verhalten mithilfe schuldrechtlicher Tarifvereinbarungen weitergehend geregelt werden kann als mithilfe normativer Tarifvertragsvorschriften. Die Ausgangslage ist dabei immer die gleiche: Eine normative Tarifvertragsregelung ist unzulässig, und die Frage ist, ob und inwieweit das entsprechende Regelungsanliegen mithilfe einer schuldrechtlichen Regelung verwirklicht werden kann. Das kann viele Bereiche betreffen.

1 So etwa bei *Beuthien*, Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, *ZfA* 1983, 141 ff.; *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, S. 123 ff.

2 Statt vieler: *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 12. Aufl. 2012, § 1 TVG Rn. 79.

3 *Löwisch/Rieble*, in: *Münchener Handbuch Arbeitsrecht* (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 163 Rn. 1 ff. mit weiteren Nachweisen.

2. Mögliche Regelungsgebiete für Vereinbarungen über Unternehmerverhalten

a) Gewerkschaftsseitige Verfolgung unternehmerischer Belange

Der erste und vielleicht wichtigste Bereich ist derjenige des operativen und strategischen Unternehmerverhaltens. Hier geht es nicht nur um Investitions- und Standortentscheidungen, sondern auch um die Art und Weise der wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Tarifvertragsparteien können beispielsweise vereinbaren, dass zu bestimmten Zeiten oder über bestimmte Zeitdauern an bestimmten Standorten bestimmte Zahlen von Arbeitnehmern beschäftigt werden oder dass bestimmte Standorte (mit einer Mindestzahl an Belegschaftsmitgliedern) aufrechterhalten und andere geschlossen werden. Ebenfalls sind Verabredungen über Unternehmenszu- und -verkäufe denkbar, also M&A-Absprachen. Weiter können die Einzelheiten des jeweiligen Wirtschaftens festgelegt werden, also etwa die Frage, welches Automodell wo produziert werden soll, welche Summen wo in Produktion beziehungsweise in Forschung und Entwicklung investiert werden. In diesen Fällen wird letztendlich ein unmittelbares unternehmerisches Anliegen der Gewerkschaftsseite verwirklicht. Diese fungiert hier als Quasianteilseigner, der über die Unternehmensmitbestimmung, die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung sowie über die arbeitskampf- und tarifvertragsrechtlich vermittelte Machtposition in der Lage ist, für seine Mitglieder in der Belegschaft höchstmöglichen wirtschaftlichen Nutzen aus dem Unternehmen zu ziehen. Mit anderen Worten geht es um die Situation, in der die Gewerkschaft ihren operativen und strategischen Einfluss optimal nutzen möchte, um (weiterhin) den größtmöglichen Nutzen aus dem Unternehmen zu ziehen. Soweit sie – zu Recht oder zu Unrecht – der Meinung ist, dass die Unternehmensstrategie oder das operative Geschäft mit Blick auf dieses Ziel verändert werden muss, wird sie versuchen, mit der Arbeitgeberseite entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Beispiel ist das sogenannte *master agreement*, das vor einigen Jahren bei Opel geschlossen wurde.

b) Gewerkschaftsseitige Verfolgung unternehmensfremder Belange

Bei alledem ist es aber auch denkbar, dass quasiunternehmerische Entscheidungen für den jeweiligen Arbeitgeber getroffen werden, deren Zielsetzung auf unternehmensfremde Belange gerichtet ist. Typische Beispiele betreffen den Einfluss auf die Auswahl der Geschäftspartner des Unternehmens. So existieren Fälle, in denen sich die Unternehmensleitung verpflichtet, für bestimmte Leistungen (beispielsweise Reinigung oder Wäscherei, denkbar sind aber auch Auftragsvergaben für Bauleistungen oder für die Zulieferung) nur bestimmte Auftragnehmer auszuwählen. Das

können insbesondere solche Auftragnehmer sein, die bei sich Tarifverträge der vertragsschließenden Gewerkschaft anwenden oder solche, die gewerkschaftsseitig vorgegebene Produktionsstandards einhalten.

c) Vereinbarungen über Führungsstruktur und Führungspersonal

Ein weiteres Feld für mögliche schuldrechtliche Regelungen über Unternehmerverhalten betrifft die Führungsstruktur und das Führungspersonal. Neben den Regelungen zur Rechtsform und zur Unternehmensmitbestimmung ist das beispielsweise denkbar bei Abreden über Personalentscheidungen. So wird gelegentlich im Vorfeld von gesellschaftsrechtlichen Beschlüssen abgesprochen, wer ein bestimmtes Amt im Leitungsorgan einer Kapitalgesellschaft übernehmen soll oder – zumindest – wer es nicht übernehmen soll („*persona non grata*-Regelungen“). Im Fall von mitbestimmungsflexiblen Rechtsformen wie insbesondere bei der SE sind im Vorfeld von gesetzlich vorgesehenen Vereinbarungen, die mit dem Besonderen Verhandlungsgremium (BVG, vgl. §§ 4 ff. SEBG) zu treffen sind, entsprechende vertragliche Vorfestlegungen mit Abstimmungsabsprachen denkbar.

3. Unzulässigkeit normativer Tarifvorschriften auf den genannten Regelungsgebieten

Bei all diesen Entscheidungen ist man sich einig, dass sie nicht durch normative Tarifvertragsregelungen getroffen werden können⁴. Das Tarifvertragsrecht sieht für den normativen Teil des Tarifvertrags in § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG die Festlegung von Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen sowie von betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften vor. Ebenfalls normativ gelten die Vorschriften über Gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG sowie die schiedsgerichtlichen Vorschriften nach § 101 Abs. 2 ArbGG, nach welchen für bestimmte Arbeitnehmergruppen die Arbeitsgerichtsbarkeit ausgeschlossen und durch Schiedsgerichtsverfahren ersetzt werden kann.

Für die soeben aufgezählten Beispiele von Tarifvorschriften zum Unternehmerverhalten gilt dabei Folgendes:

- Die genannten Regelungen über unternehmerische Vereinbarungen fallen weder unter den Begriff der Inhalts-, Abschluss- oder Beendigungsnormen noch unter denjenigen der betrieblichen oder be-

4 Beuthien, ZfA 1983, 141, 163; Loritz (Fn. 1), S. 126 f.; Waas/Giesen, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (BeckOK Arbeitsrecht), 2008, § 1 TVG Rn. 116.

triebsverfassungsrechtlichen Normen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gesprochen: Es handelt sich nicht um Regelungen über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG. Zudem würden sie – wohl – das Eigentums- und Berufsgrundrecht nach Art. 12, 14 GG unverhältnismäßig beeinträchtigen⁵. Mit anderen Worten: Strategische und operative Unternehmensleitung lassen sich nicht durch Tarifnormen regeln. Im Grenzbereich zwischen der – unzulässigen – Steuerung von Unternehmerverhalten und der – zulässigen – Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegen dabei die seit jeher umstrittenen Besetzungsregeln, also Vorschriften über die Zahl und Qualifikation von Personen, die an bestimmten Maschinen zu arbeiten haben.

- Dasselbe gilt für Vereinbarungen über unternehmerische Entscheidungen, deren Zielsetzung auf unternehmensfremde Belange gerichtet ist. Bei ihnen kommen außerdem gegebenenfalls Verstöße gegen das Kartellrecht oder gegen Regeln zur Tarifzuständigkeit hinzu.
- Auch die beschriebenen Vereinbarungen über Führungsstruktur und Führungspersonal sind als normative Regelungen unzulässig. Für sie gilt ebenfalls, dass sie nicht von § 1 TVG erfasst sind, nicht den Begriff der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 9 Abs. 3 GG erfüllen und – wohl – auch das Eigentums- und Berufsgrundrecht nach Art. 12, 14 GG unverhältnismäßig beeinträchtigen. Zudem ergibt sich oft schon aus gesellschaftsrechtlichen Vorgaben, dass entsprechende Regelungen unzulässig sind. Im Streit steht nicht zuletzt die Frage nach der Zulässigkeit von Regelungen zugunsten gewerkschaftlicher Vertrauensleute, die vom Arbeitgeber bezahlt werden. Das ist freilich insofern ein Sonderfall, als es hier insbesondere um Fragen der Gegnerunabhängigkeit und der gegebenenfalls in Betracht kommenden betriebsverfassungsrechtlichen Tarifvorschriften im Sinne des § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG geht. Im Fall von Tarifnormen über die Rahmenbedingungen der Unternehmensmitbestimmung ergibt sich oft bereits aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen die Unzulässigkeit der Gestaltung von Mitbestimmung.

II. Zulässigkeit schuldrechtlicher Regelungen in Bereichen unzulässiger normativer Tarifvorschriften?

Weil und soweit die betreffenden Abreden über unternehmerisches Verhalten als normative Vorschriften unzulässig sind, stellt sich somit das Problem ihrer schuldrechtlichen Regelbarkeit.

5 Umfangreiche Darstellung dazu mit weiteren Nachweisen bei *Löwisch/Rieble*, in: *MünchArbR* (Fn. 3), § 169 Rn. 85 ff.

1. Zur Diskussion der Frage nach der Zulässigkeit schuldrechtlicher Tarifvorschriften, wo normative Regelungen ausscheiden

Die Frage, ob Regelungen, welche als normative Tarifvorschriften unzulässig sind, stattdessen als schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen werden können, ist schon seit längerem umstritten. Sie wurde in den 1960er bis 1980er Jahren diskutiert, allerdings nicht im Kontext der tarifvertraglichen Steuerung von Unternehmerverhalten, sondern vor allem im Kampf um sogenannte Differenzierungsklauseln, also von Klauseln, die den Arbeitgeber verpflichten, Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft besserzustellen als Außenseiter. Die dabei bezogenen Positionen gingen davon aus, dass mangels drittbezogener Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien nur schuldrechtliche Verpflichtungen des tarifgebundenen Arbeitgebers in Betracht kommen, kraft derer er verpflichtet sein soll, Außenseiter schlechterzustellen als Gewerkschaftsmitglieder. Die Anhänger der Differenzierung argumentierten dabei in der Weise, dass – trotz Unzulässigkeit als normative Vorschrift – eine schuldrechtliche Arbeitgeberverpflichtung möglich sein müsse⁶. Die Gegner der Differenzierung stellten sich auf den Standpunkt, normative und schuldrechtliche Regelungsbefugnis reichten gleich weit, so dass der Versuch der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Schlechterstellung von Außenseitern scheitern müsste⁷; eine große Rolle spielte dabei nicht zuletzt der Gesichtspunkt der Umgehung. Im Beschluss des Großen Senats des BAG aus dem Jahr 1967 wurde der Punkt näher besprochen, schlussendlich aber offen gelassen. Das BAG vertrat die Ansicht, dass Differenzierungsklauseln unzulässig sind und weder in normativen noch in schuldrechtlichen Verein-

6 *Gamillscheg*, Nochmals – Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, BB 1967, 45 ff.; *Musa*, Der Ausschluß der Außenseiter von tarifvertraglichen Ansprüchen, BB 1966, 82 ff.; so wohl auch *Hanau*, Gemeingebrauch am Tarifvertrag?, JuS 1969, 213 ff.; *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, 1973, S. 106 ff.; differenzierend *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Gutachten für den 46. Dt. Juristentag, 1966, S. 125 ff.; *Böttcher*, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 150 ff.; *Nikisch*, Zur Tarifausschlußklausel, RdA 1967, 87 f.

7 *Mayer-Maly*, Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 1965, 829 ff.; *ders.*, Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966, 1067; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 197 ff.; *Säcker*, Direktions- und Hausrecht als Abwehrrechte gegen gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb, BB 1966, 700 f.; *Zöllner*, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967, S. 39 ff.; so wohl auch *Wiedemann*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321 ff.

barungen festgelegt werden können⁸. In der neueren Rechtsprechung zu Differenzierungsklauseln spielt der Gesichtspunkt keine Rolle, da die jeweils betroffenen Regelungen stets normativer Natur waren⁹. Die in der Literatur auf kleiner Flamme fortgesetzte Diskussion um den Gleichklang von normativer und schuldrechtlicher Gestaltungsbefugnis kreist bis heute zu Recht um die Alternativen „Vertragsfreiheit“ einerseits und „Beachtung der Grenzen normativer Regelungsmacht“ andererseits¹⁰.

Vorliegend soll die Frage zunächst nicht auf dem abstrakten Niveau der schuldrechtlichen und der normativen Regelung als solchen geführt werden. Mein Thema ist lediglich die Steuerung des unternehmerischen Verhaltens. Dieses lässt sich auf die oben genannten Fallgruppen konzentrieren. Das hat den Vorteil, dass lediglich die diesbezüglichen Sachfragen geprüft werden und keine Fragen etwa aus dem Bereich der Schlichtung, des Arbeitskampfs, des Arbeitsprozessrechts oder auch der Gemeinsamen Einrichtungen besprochen werden müssen, bei denen es durchaus denkbar sein kann, dass schuldrechtliche Regelungen in Bereichen abgeschlossen werden, die als normative Vorschriften vielleicht nicht geeignet sind.

2. Gesetzliche Verbote für normative und für schuldrechtliche Regelungen; tarifdispositives Gesetzesrecht

Diese Frage ist nur dann leicht zu beantworten, wenn es Verbotsregelungen gibt, nach welchen normative und schuldrechtliche Regelungen gleichermaßen für unzulässig erklärt werden. Das ist etwa der Fall bei Kartellrechtsverstößen oder bei der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorgaben. Wer in unzulässiger Weise Vertriebsbindungen schafft, verletzt Art. 101 AEUV beziehungsweise § 1 GWB unabhängig davon, ob dies durch normative oder schuldrechtliche Verpflichtungen geschieht. Gleiches gilt für die nach § 95 AktG unzulässige Festlegung etwa von Aufsichtsratsgrößen.

Das sind natürlich triviale Erkenntnisse. Bemerkenswert an ihnen ist aber, dass die jeweiligen Regeln stets einheitlich greifen, es also keine Verbote gibt, gegen die sich schuldrechtliche Tarifvorschriften durchsetzen können und normative Tarifvorschriften nicht. Ganz im Gegenteil gibt es lediglich Gesetzesvorschriften, von denen nur durch normative Tarifvorschriften

8 BAG 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 192-194 mit weiteren Nachweisen; siehe näher Giesen, Tarifbonus für Gewerkschaftsmitglieder, NZA 2004, 1317 ff. sowie ders., Die Auslegung von Bezugnahme-klauseln im Konflikt um Tarifierung und Tarifvermeidung, ZfA 2010, 657, 672 ff.

9 Vgl. BAG 22.9.2010 – 4 AZR 117/09, AP Nr. 144 zu Art. 9 GG; BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 ff.

10 Vgl. Franzen, in: ErfK (Fn. 2), § 1 TVG Rn. 80; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Kommentar (TVG), 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 865.

abgewichen werden kann. Das tarifdispositive Gesetzesrecht (siehe etwa § 622 Abs. 4 BGB, § 13 BUrlG, § 22 TzBfG, § 4 Abs. 4 EFZG, § 7 ArbZG) lässt nämlich Abweichungen nur dann zu, wenn die jeweilig abweichende Tarifvorschrift normativ gilt¹¹. Es ist also genau gesagt kein tarifdispositives Gesetzesrecht, sondern tarifnormdispositives Gesetzesrecht. Damit ist aber zumindest festzuhalten, dass das positive einfache Gesetzesrecht den Tarifvertragsparteien für schuldrechtliche Abreden keine weitergreifenden Regelungsbefugnisse einräumt als bei der Festsetzung normativer Tarifvorschriften.

Hiermit ist aber für die Frage, ob es bei der Regelung unternehmerischen Verhaltens ein Gebiet gibt, auf dem schuldrechtliche Vereinbarungen weiter greifen können als normative Vereinbarungen, noch nicht viel gewonnen. Eben nur, dass der einfache Gesetzgeber für diese These keine Anhaltspunkte liefert.

3. Gibt es für die Regelung unternehmerischen Verhaltens ein Gebiet, auf dem für schuldrechtliche Vereinbarungen weiter greifende Regelungsmöglichkeiten bestehen als für normative Vereinbarungen?

a) Im geltenden Recht reichen die verfassungsrechtlich vorgesehenen Gestaltungsbefugnisse der Tarifparteien für normative und schuldrechtliche Regelungen des Unternehmerverhaltens nicht unterschiedlich weit

Demnach muss weiter überlegt werden, ob aus verfassungsrechtlicher Sicht ein anderes Ergebnis folgt. Es ist also zu prüfen, ob es die in Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Befugnisse der Tarifparteien gebieten, dass Unternehmerverhalten durch schuldrechtliche Abreden weiter gestaltet werden kann als durch normative Vorschriften.

Die Koalitionsfreiheit hat nach Auffassung des BVerfG die Funktion, die „strukturelle Unterlegenheit“ des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber auszugleichen. Arbeitnehmer müssen sich zusammenschließen können, um ihre Interessen geschlossen wahrzunehmen, was dann seinerseits der Befugnis der Arbeitgeberseite entspricht, ihre Interessen organisiert zu bündeln¹². Diese Garantie wird laut BVerfG dadurch erfüllt, dass „ein

¹¹ Siehe dazu auch *Bittner*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 4. Aufl. 2010, § 622 BGB Rn. 66 ff.; *Gotthardt*, in: BeckOK *Arbeitsrecht* (Fn. 4), § 622 BGB Rn. 42; *Müller-Glöge*, in: *ErfK* (Fn. 2), § 622 BGB Rn. 23.

¹² BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 229 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365, 394 f.; BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 284. In diesem Sinne auch BAG 10.10. 1989 – 3 AZR 200/88, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Vorruhestand unter II 3 d (2).

Tarifsystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits ... bereitzustellen ist und dass Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind“¹³. Dementsprechend müssen also Rechtsinstitute und Normenkomplexe geschaffen werden, die „erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können“¹⁴. Da dies aber – wie andere Staaten zeigen – auch ohne normative Regelungsbefugnisse denkbar ist, existiert kein verfassungsrechtlicher Zwang zur Vorhaltung eines Tarifvertragsrechts, wie es im TVG geregelt ist. Es ist eben lediglich ein System zur Verfügung zu halten, innerhalb dessen den Koalitionen eine eigenständige Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ermöglicht wird. Entscheidend ist nicht die Geltungsform, sondern die tatsächliche Durchsetzbarkeit von Regelungen für die Tarifvertragsparteien, um zu nachhaltig wirksamer tarifautonomer Selbstbestimmung zu kommen¹⁵. Damit ist die deutsche Besonderheit der normativen Tarifwirkung nicht zwingend verfassungsrechtlich vorgeschrieben¹⁶.

Vor diesem Hintergrund wäre es durchaus denkbar, dass ein gesetzliches Tarifsystem existiert, in dem die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht (oder nicht in vollem Umfang) normativ geregelt werden können, sondern dass man auf (ausschließlich oder ergänzend) schuldrechtliche Vereinbarungsmöglichkeiten angewiesen ist. Aber das entspricht, was die Regelung des Unternehmerverhaltens betrifft, nicht dem geltenden Recht. Der Begriff der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG ist in der Weise auszulegen, dass beide eine funktionale, sich spiegelnde Einheit bilden: Was dem Arbeitnehmer Arbeitsbedingungen sind, das sind dem Arbeitgeber entsprechende Wirtschaftsbedingun-

13 BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106.

14 BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 368; ähnlich BVerfG 6.5. 1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 26; BVerfG 18.12. 1974 – 1 BvR 430/65 u.a., BVerfGE 38, 281, 305 f.; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 12); BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., NZA 2005, 153 ff.; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 9 GG Rn. 75 ff., 128 f. Der Schutz der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG ist somit allgemein anerkannt; dagegen wendet sich zu Unrecht *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 317 ff., der die Tarifautonomie durch andere Grundrechtsvorschriften erfassen möchte.

15 Das BVerfG fordert ein staatlicherseits errichtetes Tarifsystem „im Sinne des modernen Arbeitsrechts“, in welchem die Partner der Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind, BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52 (Fn. 13), 96, 106 ff.; BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 12); BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 12); BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 359 f.; *Höfling*, in: Sachs (Fn. 14), Art. 9 GG Rn. 78 ff.

16 Siehe im Einzelnen *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, 2002, S. 154 ff.; unklar aber BVerfG 15.7. 1980 – 1 BvR 24/74 u.a., BVerfGE 55, 7, 23.

gen. Deshalb lässt sich unter den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ die Gesamtheit der Bedingungen fassen, unter denen abhängige Arbeit geleistet und eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird¹⁷. Soweit diese Bedingungen tarifvertraglich geordnet werden, sind zwingend diejenigen Gegenstände erfasst, welche nach einfachem Tarifvertragsrecht geregelt werden können, also die Individual- und Kollektivbedingungen des Tarifvertragsgesetzes: Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen und auch Normen über Gemeinsame Einrichtungen (§ 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1, 2 TVG).

Bei alledem hat der einfache Gesetzgeber der tarifvertraglichen Normsetzungsbefugnis punktuell immer wieder Grenzen gesetzt. Das betrifft alle Arbeitsrechtsvorschriften, die nicht tarifdispositiv sind, also (auch) den Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien einschränken. Bei diesen kann man jeweils darüber diskutieren, ob in den Regelungen lediglich die gesetzgeberische Ausgestaltungsbefugnis nach Art. 9 Abs. 3 GG wahrgenommen wird oder ob es sich um – gerechtfertigte – Beschränkungen der Koalitionsfreiheit handelt¹⁸. Jedoch wird in keinem der Fälle ein Sachgebiet der tarifautonomen Normsetzung nach dem TVG eingegrenzt und es wird auch in keinem der Fälle eine weitere Gestaltungsmöglichkeit für schuldrechtliche als für normative Regelungen bereitgehalten. Demnach bleibt es dabei, dass im Hinblick auf das unternehmerische Verhalten der Gegenstand der tarifautonomen Regelungsbefugnis nach Art. 9 Abs. 3 GG dem Gegenstand der tarifnormativen Regelungsbefugnis nach einfachem Tarifvertragsrecht entspricht. Es gibt kein darüber hinausreichendes, von Art. 9 Abs. 3 GG gedecktes Betätigungsfeld, das nicht den normativen Regelungsmöglichkeiten des Tarifvertragsrechts unterliegt.

Mit anderen Worten: Nach geltendem Recht entspricht im Bereich des Unternehmerverhaltens die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien inhaltlich ihrer verfassungsrechtlich vorgesehenen Gestaltungsbefugnis.

b) Vertragsfreiheit contra koalitionsspezifische Zweckbindung

Nun fragt sich, ob ihnen solche Möglichkeiten überhaupt zugestanden werden müssen oder ob sie ihnen nicht bereits kraft allgemeiner Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG zustehen. Ein häufiges Argument, das die umfassende schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien rechtfertigen soll, ist nämlich die Vertragsfreiheit, frei nach dem Motto:

17 Dieterich, in: ErfK (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 23; Löwisch/Rieble, in: MünchArbR (Fn. 3), § 155 Rn. 15 ff., jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

18 Siehe zu dieser Frage etwa Giesen, Tarifeinheit und Verfassung, ZfA 2011, 1 ff.

„Was man tun darf, dazu darf man sich auch verpflichten“ – auch gegenüber dem tarifvertraglichen Gegenüber¹⁹. Diese Sichtweise löst die Tarifvertragsparteien aus dem Kontext der tarifautonomen Selbstbestimmung und erhebt sie zu Rechtssubjekten, die jedwede Freiheit für sich in Anspruch nehmen können, solange sie dabei nicht andere in deren Freiheitsrechten unzulässig beeinträchtigen. Jeder Tarifvertragspartei, die selbst schuldrechtliche Verbindlichkeiten eingegangen ist, wäre, wenn sie diese im Nachhinein für unzulässig erklären lassen möchte, zuzurufen: „*Volenti non fit inuria!*“ – zu Deutsch: „Selbst schuld, wenn Du Dich auf so was einlässt!“

Aber dieses Argument hat durchaus seine Schwächen. Denn die Tarifvertragsparteien werden, wie schon gesagt, durch diese Sichtweise aus dem Kontext der tarifautonomen Selbstbestimmung gelöst. Das bedeutet, dass sie solchermassen – wie so viele Institutionen – ein Eigenleben entwickeln, für das sie konzeptionell nicht vorgesehen sind. Sie verlassen den Bereich des koalitionspezifischen Auftrags. Die Freiheit, so etwas zu tun, lässt sich durchaus in Zweifel ziehen, denn der Verfassungs- und der einfache Gesetzgeber haben den Koalitionen Befugnisse eingeräumt, die viel weiter reichen als diejenigen der „normalen“ Rechtssubjekte, denen die universelle Vertragsfreiheit zweifellos zugestanden wird. Sie dürfen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einheitlich festsetzen und sind dabei von jedem Kartellverbot freigestellt²⁰. Zusätzlich dürfen sie, um die entsprechenden Bedingungen auszuhandeln, dabei im Arbeitskampf arbeitsvertragliche Pflichten unerfüllt lassen. Hinzukommen noch vielfältige weitere Privilegien, etwa im Bereich der Betriebsverfassung, der Unternehmensmitbestimmung oder der Rechtsberatung²¹.

Der Rückschluss, nach welchem den Tarifvertragsparteien doch bitte das erlaubt sein muss, was andere auch dürfen, verkennt also, dass den anderen umgekehrt keineswegs das erlaubt ist, was die Tarifvertragsparteien dürfen. Universelle Vertragsfreiheit liefert also strukturelle Überprivilegierung durch Befugnishäufung – ohne sachlichen Grund. Das Ergebnis müsste schon rein theoretisch zu einer tendenziell übermäßigen Ausweitung der Aktivitäten im privilegierten und im nicht-privilegierten, aber

19 In diesem Sinne *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, S. 127; *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 2), § 1 TVG Rn. 80; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 11), § 1 TVG Rn. 74; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 425 mit weiteren Nachweisen; so wohl auch *Rieble/Klump*, in: *MünchArbR* (Fn. 3), § 163 Rn. 3 sowie § 188 Rn. 1; anderer Ansicht *Beuthien*, *ZfA* 1983, 141, 159 ff.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, S. 371.

20 So auch zuletzt *Mohr/Wolf*, Verbandstarifverträge zwischen Tarifautonomie und Kartellrecht, *JZ* 2011, 1091, 1098 f.

21 Siehe dazu *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, §§ 6, 46; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 14.

zugelassenen Bereich führen. Das wäre etwa vergleichbar einem Idealverein im Sinne des § 21 BGB, dem ganz oder teilweise das Betreiben eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erlaubt wird. Das mag dem idealen Vereinszweck durchaus mittelbar förderlich sein, führt aber zur systemwidrigen Überprivilegierung und schlussendlich zur ungerechtfertigten Beeinträchtigung Dritter.

c) Druckszenarien, welche an der Vertragsfreiheit bei der Aushandlung schuldrechtlicher Vereinbarungen zweifeln lassen

Dem ließe sich wieder entgegenhalten, dass die Bereiche der tarifvertraglich-normativen Regelung und der schuldrechtlichen Vereinbarung gesondert werden können²². Das ist freilich im Tarifvertragsrecht nicht angelegt. Es gibt keine Koppelungsverbote oder sonstige Trennmechanismen, nach welchen eine Koalition ihre normativen und schuldrechtlichen Regelungsbefugnisse getrennt voneinander ausüben müsste. Zwar ist legitimes Arbeitskampfziel nur die normativ regelbare Materie²³. Deshalb können darüber hinausreichende schuldrechtliche Regelungen nicht mit arbeitskampfrechtlichen Mitteln erstritten werden. Die Praxis zeigt aber, dass aus dieser Rückbindung kein Koppelungsausschluss folgt. Deutlich wird das vor allem in Unternehmen mit hohem Organisationsgrad und entsprechender Kampfbereitschaft, in denen noch zusätzlich starke Betriebsräte existieren und in denen die Unternehmensmitbestimmung dafür sorgt, dass Personalentscheidungen beeinflusst und ein hoher Informationsgrad bei den Belegschafts- und Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat besteht. Hier existiert – mit dem Willen des Gesetzgebers – ein ständiger Verhandlungsaustausch zwischen den Tarifvertragsparteien, der ohne weiteres auch Szenarien zugunsten von schuldrechtlicher Steuerung unternehmerischen Verhaltens bereithält. So kann man der Arbeitgeberseite durchaus zu verstehen geben, dass der Verhandlungsdruck etwa bei der Aushandlung normativer Tarifvorschriften reduziert werden wird, wenn sie sich im Hinblick auf ihr unternehmerisches Verhalten schuldrechtlichen Regelungen unterwirft. Das ist nicht nur insofern schädlich, als dadurch die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers eingeschränkt wird. Mindestens ebenso schädlich ist es, dass dadurch zudem unternehmerische Verantwortung vom Arbeitgeber auf die Gewerkschaft als Tarifvertragspartner übergeht. Diese findet sich durch den erzwungenen Ein-

22 So wohl im Ergebnis *Däubler* (Fn. 19), S. 130 f. sowie *Hölters* (Fn. 6), S. 107; anderer Ansicht *Beuthien*, ZfA 1983, 141, 159 ff. mit weiteren Nachweisen.

23 *Mayer-Maly*, BB 1965, 829, 833; anderer Ansicht *Kissel* (Fn. 21), § 14 Rn. 32; *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, S. 126; *Ricken*, in: MünchArbR (Fn. 3), § 194 Rn. 2; einschränkend *Otto* (Fn. 21), § 5 Rn. 19 ff.

fluss auf das unternehmerische Geschehen in der Arbeitgeberrolle wieder, was dem Gedanken der Gegnerfreiheit zuwiderläuft. Es entstehen intransparent-hybride unternehmerische Führungsstrukturen. Dass diese mangels klarer Zuordnung von Verantwortlichkeiten besonders missbrauchsanfällig sind, liegt auf der Hand.

Der langen Rede kurzer Sinn: Die oben festgestellte strukturelle Überprivilegierung, die mit der Zulassung der tarifschuldrechtlichen Steuerung des Unternehmerverhaltens verbunden ist, dürfte auch in konkreten Verhandlungssituationen ihren schädlichen Niederschlag finden.

4. Strukturelle Unterschiede zwischen normativen und schuldrechtlichen Regelungen

Lassen Sie mich abschließend noch auf ein paar Überlegungen eingehen, die jeweils für oder gegen die Zulassung schuldrechtlicher Regelungen unternehmerischen Verhaltens sprechen können. Sie betreffen die Unterschiede zwischen normativen und schuldrechtlichen Regelungen.

a) Fehlende Erstreitbarkeit schuldrechtlicher Regelungen über unternehmerisches Verhalten

Die erste Überlegung betrifft die fehlende Erstreitbarkeit (insbesondere Erstreikbarkeit) schuldrechtlicher Regelungen über unternehmerisches Verhalten. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass Regelungen über unternehmerisches Verhalten dann nicht dem dargestellten Druck-szenario entsprechen, wenn sie sich nicht im Arbeitskampf erstreiten lassen. Das entspricht der allgemeinen arbeitskampfrechtlichen Grundregel, nach der nur dasjenige Arbeitskampfziel sein darf, was auch tarifvertraglich geregelt werden kann²⁴, und zwar normativ geregelt werden kann. Das ist in der Tat der Fall, und aus diesem Grund ist es so, dass für den Abschluss schuldrechtlicher Regelungen über unternehmerisches Verhalten nicht gekämpft werden kann. Dennoch bleibt es dabei, dass auch das „freiwillige“ Überschreiten des koalitionsspezifischen Betätigungsfelds eben ein Überschreiten bedeutet. Zudem wurde eben bereits dargelegt, dass es im vielschichtigen Koalitionsgeschehen gerade nicht um unmittelbare, sondern um mittelbare Zwänge und Kooperationsformen geht, welche zu überschießenden Unternehmerbefugnissen der Koalitionen führen und die entsprechenden Verantwortlichkeiten verschwimmen lassen.

24 Statt vieler: *Otto* (Fn. 21), § 5 Rn. 19 ff. mit weiteren Nachweisen.

b) Sonderbedarf an nicht-normativen unternehmensgestaltenden Regelungen?

Des Weiteren könnte man noch überlegen, dass es durchaus einen Bedarf an unternehmensgestaltenden Regelungen geben könnte, die nicht normativ gelten²⁵. Schließlich greift eine Regelung, die nicht nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar ins Arbeitsverhältnis hineinregiert, auf den ersten Blick nicht so stark in die Rechte der Betroffenen ein wie eine lediglich schuldrechtlich bindende Vereinbarung.

In der Tat kann es einen solchen Bedarf an weniger stark eingreifenden Vorschriften geben, etwa im Bereich der Schlichtung, des Arbeitskampfs, des Arbeitsprozessrechts oder auch der Gemeinsamen Einrichtungen. Bei der Regelung des unternehmerischen Verhaltens geht es aber gerade darum, dass der jeweilige Unternehmer in seinen Handlungsmöglichkeiten beschränkt wird. Für ihn ergeben sich somit gerade keine Unterschiede zwischen der normativen und der schuldrechtlichen Regelungsvariante, weil es schlussendlich gleichgültig sein muss, ob er vom Arbeitnehmer und von der Gewerkschaft oder nur von der Gewerkschaft auf Befolgung in Anspruch genommen wird.

c) Beschränkung von schuldrechtlichen Regelungen über unternehmerisches Verhalten auf Firmentarifverträge

Tarifverträge über unternehmerisches Verhalten dürften meist als Firmen- und nicht als Verbandstarifverträge geschlossen werden, da sich die Verhaltenssteuerung von Unternehmen am ehesten durch deren unmittelbare Verpflichtung gewährleisten lässt²⁶. Das spricht freilich als solches nicht für die Zulässigkeit entsprechender Regelungen. Ganz im Gegenteil erscheint es regulatorisch fragwürdig, wenn man auf diese Weise gesonderte Anreize zugunsten von Firmentarifbeziehungen setzen würde. Die anerkannte besondere Befriedungs- und Ordnungsfunktion des Verbandstarifvertrags würde (noch weiter) beschränkt.

d) Umgehungsargument

Lassen Sie mich zuletzt noch eine Lehre aus dem Streit der 1960er Jahre um die Differenzierungsklauseln ziehen. Der Große Senat des BAG hat seinerzeit ganz zu Recht Differenzierungsklauseln unabhängig davon für unzulässig erklärt, ob sie normativ oder schuldrechtlich festgesetzt wurden. Das lag daran, dass der gesetzlich missbilligte Regelungsinhalt beide

25 Zur normativen Geltung solcher Regelungen *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 2), § 1 TVG Rn. 49 f.; *Rieble/Klumpp*, in: *MünchArbR* (Fn. 3), §§ 173 f.; *Waas/Giesen*, in: *BeckOK Arbeitsrecht* (Fn. 4), § 1 TVG Rn. 102 ff.

26 So auch schon *Loritz* (Fn. 23), S. 125.

Regelungsformen gleichermaßen betraf. Das lässt sich auch auf viele andere Streitigkeiten um schuldrechtliche und normative Regelungsbefugnisse übertragen. Oft ist es nicht die Regelungsform, sondern der Inhalt, welcher in Wirklichkeit nicht zugelassen ist. Das gilt auch für viele Abreden über das Unternehmerverhalten. Von daher erscheint es vorzugswürdig, hier zu einem Gleichklang von normativer und schuldrechtlicher Regelungsbefugnis zu kommen.

All dies sind aber Randüberlegungen. Zentral sind die oben gemachten Feststellungen, die im Folgenden nochmals zusammengefasst werden sollen.

III. Zusammenfassung

1. Im geltenden Recht reichen die verfassungsrechtlich vorgesehenen Gestaltungsbefugnisse der Tarifparteien für normative und schuldrechtliche Regelungen des Unternehmerverhaltens nicht unterschiedlich weit. Auch wenn dies verfassungsrechtlich zulässig wäre, sieht das Gesetzesrecht keinen Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vor, der nur schuldrechtlich geregelt werden könnte.

2. Den Tarifvertragsparteien ist nicht all dasjenige erlaubt, was andere auch dürfen. Im Bereich der Ordnung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sind sie deshalb nicht Träger der allgemeinen Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, sondern der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG und auf das damit vorgegebene Betätigungsfeld beschränkt. Die Gegenansicht verkennt, dass universelle Vertragsfreiheit zu struktureller Überprivilegierung durch Befugnishäufung führen muss. In den Worten *Wiedemanns*: „Soweit die schuldrechtlichen Abreden die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betreffen, sind sie dem in Art. 9 Abs. 3 GG niedergelegten Handlungssystem zuzuordnen und erfahren ihren Umfang und ihre Begrenzung aus dieser Grundgesetznorm, nicht aus der allgemeinen Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.“²⁷

3. Die dargelegten Szenarien, in denen Koppelungen zwischen der Ordnung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und unternehmerischer Betätigung gefördert werden, belegen dies. Sie führen zu intransparent-hybriden und damit besonders missbrauchsanfälligen unternehmerischen Führungsstrukturen.

²⁷ *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Kommentar zum TVG*, 5. Aufl. 1977, § 1 Rn. 321; *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Kommentar zum TVG*, 6. Aufl. 1999, § 1 Rn. 663b; zu Recht unverändert übernommen durch *Thüsing*, in: *Wiedemann*, *TVG*, 7. Aufl. (Fn. 10), § 1 Rn. 865; so wohl auch *Beuthien*, *ZfA* 1983, 141, 159 ff.; anderer Ansicht *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 2), § 1 TVG Rn. 80.

Kurz: Unternehmerisches Verhalten lässt sich nur insoweit durch schuldrechtliche Tarifvertragsregelungen regeln, wie es auch durch normative Tarifvertragsregelungen geregelt werden kann.

Diskussion

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Vielen Dank, Herr Kollege *Giesen*, für dieses auch in den Thesen klare Referat. Was sicherlich den einen oder anderen überraschen wird, ist, dass die Tarifaufonomie tatsächlich doch eine gebundene Kompetenz darstellt. Herr Kollege *Rieble* möchte sich jetzt einmal direkt hier einmischen, das könnte ja möglicherweise auf ein internes Streitthema hinweisen. Das wird spannend.

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

Wissenschaft ist ja immer individuell und nicht organisational, deswegen: In mir finden keine Streitigkeiten statt. Ich glaube, man muss diese These, dass die Tarifaufonomie eine Sperrwirkung auslöst gegenüber der allgemeinen Vertragsfreiheit, in der Prämisse und auch in der Praktikabilität in Zweifel stellen. Erstens würde ich immer sagen: „Jede Gewerkschaft darf einen Schreibtisch kaufen“, obwohl das nicht normativ geregelt ist. Da genießt sie allgemeine Vertragsfreiheit. Zweitens würde ich auch sagen: „Es gibt durchaus Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die unter Art. 9 Abs. 3 GG fallen, aber nicht tariflich regelbar sind.“ Auch die Steuerfreiheit von Nachtarbeitszuschlägen ist eine Arbeits- und Wirtschaftsbedingung, bei der Gewerkschaften unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG auf die Straße gehen dürfen. Tariflich regelbar ist das nicht. Unternehmensverfassung ist eine Arbeits- und Wirtschaftsbedingung, betrifft die Mitarbeiter, soweit es um Unternehmensmitbestimmung geht. Die Gewerkschaften durften für das Mitbestimmungsgesetz 1976 auf die Straße gehen; tariflich regeln können sie die Unternehmensmitbestimmung nicht. Wenn man sich die Sozialpartnervereinbarungen in der chemischen Industrie anschaut, die viele Regelungsbereiche abdecken, stellt man dort fest, dass man ganz bewusst die schuldrechtliche Regelungsform genutzt hat, weil die Fragen nicht tariflich regelbar sind. Deshalb möchte ich zunächst widersprechen.

Zweitens muss man überlegen, dass wir doch inzwischen in dem sogenannten modernen Rechtsleben vielfach Vereinbarungen haben zwischen Verbänden und Adressaten von gesellschaftspolitischen Zielen – CSR, NGO usw., es gibt sogar diese UN-Initiative (UN Global Compact), bei der es darum geht, bestimmte, einhellig für unerwünscht erklärte Verhaltensweisen über eine keinesfalls normative Vertragsbindung zu unterbinden. Wenn Amnesty International mit der BASF SE einen Vertrag schließen

darf, dass die BASF dafür sorgt, dass bei ihren Lieferanten in Burundi keine Kinderarbeit stattfindet, warum darf die IG BCE das dann nicht? Wäre das die Konsequenz der Sperrwirkung? Wenn das so ist – ich berate gern die Gewerkschaften, wie Sie wissen –, würde ich sofort Herrn *Petri* empfehlen, eine OT-Gewerkschaft zu gründen. IG Metall I macht Tarifverträge, IG Metall II macht schuldrechtliche Vereinbarungen, ist nicht tariffähig, hat also auch keine Sperrwirkung und kann dementsprechend solche schuldrechtlichen *Agreements* machen. Oder soll diese Sperrwirkung auch durchschlagen gegenüber potenziell Tariffähigen? Im Tarifvertragssystem ist angelegt, dass ich als Verband frei über das Kriterium der Tarifwilligkeit entscheide, ob ich am System der normativ und erkämpfbaren Arbeitsbedingungen teilnehme oder ob ich sage: „Nein, lieber nicht.“ Für manche Kollektive könnte es auch sinnvoll sein, zu sagen: „Nein, ich mache es überhaupt nur schuldrechtlich.“ Dann darf ich mehr, aber weniger intensiv. Da fehlt mir die systematische Einbettung. Trotzdem war es ein toller Vortrag.

Professor Dr. Sebastian Krebber, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Vielleicht etwas anders formuliert: Gibt es – auf der Basis Ihrer These – einen tarifrechtlichen Rechtsformzwang? Ist also jeder Vertrag, den eine Gewerkschaft auf der einen und den ein Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband auf der anderen Seite schließt, ein Tarifvertrag? Oder kann man sich – um im konkreten Kontext zu bleiben – auch vorstellen, dass die Arbeitnehmer die Gewerkschaft bevollmächtigen und diese dann Inhalte vereinbaren kann, die als Tarifvertrag nicht möglich wären?

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

Erst einmal die lange Liste von *Volker Rieble*: Die Gewerkschaft kann einen Schreibtisch kaufen, weil dies außerhalb der Ordnung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen steht. Das ist im Prinzip Fiskalverhalten, darüber können wir freundlich scherzen. Darum ging es nicht in dem Vortrag. Staatliche Arbeitsbedingungen, Steuerfreiheit für Nachtarbeit, Mitbestimmungsgesetz: Meines Erachtens sind das nicht tarifvertraglich regelbare Ziele, deswegen ist hier kein Arbeitskampf zulässig, sonst könnten wir demnächst auch für mehr Hartz IV auf die Straße gehen. Auch was die Steuerung staatlichen Verhaltens betrifft, empfehle ich die Lektüre des BVerfG-Urteils zur schleswig-holsteinischen Personalvertretung. Dort wurde sehr deutlich das staatliche Reservat demokratischen Verhaltens abgesteckt.

Dann habe ich mir hier das Wort „Sozialplan“ notiert; das müsstest Du vielleicht noch eingrenzen. Umweltfragen, Kinderarbeit – das sind natürlich ganz boshafte Fragen, weil es wunderbare Kuschelanliegen sind. Gegen Kinderarbeit sind wir wirklich alle und auch gegen sonstige Gemeinheiten. Es ist nur die Frage, ob wirklich die IG BCE solche Vereinbarungen treffen sollte mit BASF oder ob nicht Amnesty International die richtige Organisation dafür ist, gerade deswegen, weil wir solche Arten von Kopplungen nicht wünschen und insofern eine Überschreitung von Gestaltungsbefugnissen – die im Übrigen im Kontext der Ordnung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen stehen – nicht wünschen.

Die OT-Gewerkschaft gibt es überall. Das sind alle Vereinigungen, die sich idealen Zielen widmen, welche sich außerhalb der Ordnung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bewegen. Das können alle außerhalb der Gewerkschaftslandschaft stehenden Vereinigungen sein, die sich für ideale Ziele einsetzen. Das kann natürlich auch Amnesty International sein, aber das kann auch eine Tierschutzorganisation sein, die mit BASF Vereinbarungen trifft über Tierexperimente oder sonstige Nettigkeiten.

Zur Frage von Herrn *Krebber*: Tarifvertraglicher Rechtsformzwang besteht meines Erachtens gerade nicht. Man kann sich das aussuchen, wie weit die Zwangswirkung einer Regelung greifen soll, ob man etwas normativ gestalten möchte oder nur schuldrechtlich. Von daher ist dort weiterhin grenzenlose Flexibilität gegeben und muss auch gegeben sein. Was uns immer nur interessiert, ist die Außenbegrenzung der Gestaltung. Das deutsche System geht nicht weiter als die normative Regelung, die auch für die Arbeitsvertragsparteien nach § 4 Abs. 1 TVG bestimmend ist.

Wenn ich es noch richtig im Kopf habe, wollte ich noch darauf hinweisen – ich weiß nicht, worauf Sie genau zielten –, dass mein Vortrag das Unternehmerverhalten erfasst. Wir haben – glaube ich – durchaus ein Bedürfnis für schuldrechtliche Regelungen, wenn wir zum Beispiel Vereinbarungen treffen über gemeinsame Einrichtungen. Da kann es einmal sein, dass Verbände und Gewerkschaften oder auch nur Arbeitgeber und Gewerkschaften Vereinbarungen treffen über deren Organisation. Diese Vereinbarungen können nicht recht ins Arbeitsverhältnis hineinregieren; da ist das normative Gelten nach § 4 Abs. 1 TVG nicht angesagt. Von daher habe ich auch den Gegenstand meiner Betrachtungen kraft Aufgabenstellung auf das Unternehmerverhalten begrenzt. Ich weiß jetzt aber nicht, ob das die Frage beantwortet.

Sebastian Krebber:

Verstehe ich Sie richtig, dass jeder Vertrag zwischen Gewerkschaft, Arbeitgeberverband oder Arbeitgeber den von Ihnen dargestellten Be-

schränkungen unterliegt? Ich meinte jetzt nicht die Differenzierung schuldrechtlicher Teil – normativer Teil, sondern die Frage, ob Tarifparteien eine Vereinbarung außerhalb des Tarifrechts treffen könnten. Sie müssten dann bevollmächtigt werden, die Wirkung wäre eine nur nach Schuldrecht, etwa Vertrag mit Wirkung zugunsten Dritter usw.?

Richard Giesen:

Absolut, gerade auch der Vertrag zugunsten Dritter wäre ein klassischer Fall.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Nur eine kurze Frage: Noch einmal zum Verhältnis zwischen Verfassung, also Art. 9 Abs. 3 GG, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auf der einen Seite und der einfachgesetzlichen Konkretisierung durch das TVG. Mir leuchtet ein – ich vertrete das auch selber im *Jakobs/Krause/Oetker* –, dass die Frage der Reichweite der normativen Regelungsbefugnis im TVG selber geregelt ist. Der Staat hat ein Normanerkennungsmonopol und er hat einen bestimmten Normenkatalog festgelegt, das ist dort enthalten. Deshalb bin ich in mancher Hinsicht auch – jedenfalls in dieser Hinsicht – gar nicht so weit von dem entfernt, was Herr *Hartmann* gesagt hat. Aber die Frage ist, ob es nicht doch Bereiche gibt, die zwar nicht normativ regelbar sind, weil sie nicht unter den Normenkatalog fallen, die aber gleichwohl in die Form eines Tarifvertrags gefasst werden können, weil sie noch unter den Begriff der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gefasst werden können. Das wäre vielleicht ein Unterschied zu dem, was Herr *Rieble* gesagt hat. Nehmen wir nur einmal das Beispiel „Schlichtungsabkommen“. Auch dort haben wir keine normativen Regelungen, sondern es sind schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien über die Art und Weise der Konfliktregulierung. Das ist möglich.

Richard Giesen:

Absolut. Deswegen habe ich meine Betrachtungen wirklich auf das unternehmerische Verhalten konzentriert. Ich muss natürlich Schlichtungsabkommen – das habe ich am Anfang kurz aufgezählt – und sonstige Regelungen über die Friedenspflicht treffen können und das sind rein schuldrechtliche Regelungen. Das betrifft auch Fragen über die Durchsetzung von Tarifynhalten durch die Verbände oder durch den Arbeitgeber. Das sind alles Dinge, die schuldrechtlich geregelt sind und die ihrer Natur nach auch schuldrechtsangelegt sind. Das kann man wohl auch nicht an-

ders machen. Das Schlichtungsabkommen ist das beste Beispiel, das steht außer Frage. Deswegen habe ich eben meine Betrachtungen auf das unternehmerische Verhalten beschränkt. Mir sind eben noch die gemeinsamen Einrichtungen vorgeschwebt. Die muss ich auch – wenn es um die äußeren Rahmenbedingungen geht, nicht um die individuelle Berechtigung des jeweils zum Beispiel Altersversorgungsberechtigten – schuldrechtlich regeln, dann kann ich später noch normative Ansprüche des Einzelnen hinanhängen. Aber es gibt diese Abkommen zwischen den Verbänden, die eine gemeinsame Einrichtung herstellen, errichten, die sind schuldrechtlicher Natur.

Rüdiger Krause:

Vielleicht eine kleine Ergänzungsfrage: Wenn es denn so ist, dass sich der Bereich der schuldrechtlichen Vereinbarungsbefugnis eben nicht zu 100 % mit dem deckt, was normativ regelbar ist, warum muss das dann auf ganz bestimmte Bereiche beschränkt sein? Ist das nicht doch ein Indiz dafür, dass es ein Stückchen weitergeht? Warum muss man das im Bereich des unternehmerischen Verhaltens enger sehen? Dass es Außengrenzen gibt – Art. 12 GG – das ist ein ganz anderes Thema. Hier geht es erst einmal um die Frage der grundsätzlichen Reichweite der Regelungsmacht, also der Zuständigkeit.

Richard Giesen:

Aus diesem Grund habe ich meine Betrachtungen gerade auf das einfache Recht konzentriert. Wir müssen uns immer wieder in Erinnerung rufen, dass wir mit dem deutschen System, dem *Sinzheimerschen* System, der teilweise normativen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein besonderes Feld betreten. Das verstehen die Menschen im Ausland oft nicht. Bei denen ist es immer alles schuldrechtlich, da geht es nur um die Frage, ob und inwieweit das klagbar und durchsetzbar ist, notfalls mit dem Mittel des Arbeitskampfs. Insofern ist es eine deutsche Besonderheit, deswegen habe ich ausdrücklich gesagt, das wäre verfassungsrechtlich auch anders zu regeln, dass wir teilweise Bereiche haben, in denen wir identische Grenzen zwischen schuldrechtlicher und normativer Regelungsmacht haben und teilweise Regelungen insbesondere dort, wo das Schuldrecht dienend ist. Schlichtung zielt ja am Ende auf die normative Gestaltung. Nur bei gemeinsamen Einrichtungen ist das anders, weil sie ein Stück weit unternehmerisch tätig werden. Von daher sitzen wir hier im Boot des einfachen Rechts und müssen sehen, wie weit das gestaltet wurde. Das hätte man alles auch anders machen können. Das ist nicht aus einem Guss.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Herr *Giesen*, ich glaube, jetzt ist klargestellt – die Frage hätte ich nämlich auch gehabt –, es gibt eben doch schuldrechtliche Regelungen, die abgekoppelt werden müssen von den normativen. Allerdings besteht ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang. Mir ging ein Satz von Ihnen auch noch etwas zu weit, wobei ich Ihnen in der Sache dann doch Recht gebe, wenn Sie sagen, die schuldrechtliche Vereinbarungsbefugnis – ich darf das einmal so sagen – der Gewerkschaften, insbesondere der Tarifvertragsparteien, ist exklusiv in Art. 9 Abs. 3 GG geregelt und sie haben keine allgemeine Vertragsfreiheit im Sinne von Art. 2 GG; so schlagwortartig. Damit haben Sie die Tore aufgemacht für die Polemik von Herrn *Rieble*. Ich meine, so weit muss man gar nicht gehen, sondern man muss eben nur sagen: „Natürlich haben die Tarifvertragsparteien allgemeine Vertragsfreiheit, es ist nur die Frage, ob sie auch die Durchsetzungsmittel haben.“ Da, glaube ich, ist der entscheidende Punkt, ob wir sagen, sie können bestimmte Dinge, die man grundsätzlich vereinbaren kann, eben auch mit ihren spezifischen Mitteln durchsetzen. Deswegen fand ich an sich auch – und insofern war die Polemik von Herrn *Rieble* hilfreich – den Verweis auf andere Vereinbarungsformen, wenn also etwa die BASF mit Amnesty International oder sonst irgendwem Vereinbarungen über Kinderarbeit trifft, durchaus weiterführend. Denn hier müssen wir ja ganz scharf darüber nachdenken, ob das überhaupt ein wirksamer Vertrag ist, der gegebenenfalls auch vor einem Gericht Bestand hätte, so dass man ihn schließlich auch durchsetzen könnte, oder ob es in Wahrheit nicht nur eine politische Show-Vereinbarung ist. In solchen Fällen stellt sich für mich ganz konkret die Frage: Wo ist eigentlich die *causa* dafür, dass die BASF auf einmal Handlungsoptionen, dass die BASF auf einmal sagt: „Ich verzichte auf bestimmte (rechtlich zulässige) Dinge“? Genau das gleiche Problem haben wir aber doch auch in unseren Fällen. Ich verzichte auf bestimmte unternehmerische Optionen und jetzt müssen wir natürlich so denken: Wenn sie nicht die Durchsetzungsmöglichkeiten des Arbeitskampfes oder auch der Koppelung mit normativen Regelungen haben, dann haben die Gewerkschaften gar nichts zu bieten, dann haben sie nichts. Dann haben Sie auf einmal Verträge, die sind materiell *causa*-los. Das wäre der Sache nach eine Schenkung, aber sie waren nicht beim Notar, um es einmal so zu sagen. Das ist aber ein allgemeines zivilrechtliches Problem. Deswegen glaube ich, haben Sie im Ergebnis recht, aber es ist eben ein allgemeines zivilrechtliches Problem und diese ganzen Show-Veranstaltungen, Selbstverpflichtungen und schuldrechtlichen Verpflichtungen, dass ich keine Kinderarbeit und dass ich nur etwas besonders Ökologisches oder sonst was mache, das muss doch alles gar nicht halten,

weil es ohnehin nicht vor den Kadi kommt. Aber selbst wenn man einmal ernst machen würde, hätte ich aus den genannten Gründen hohe Bedenken, und wir bewegen uns deswegen auf diesem Feld auch viel weniger in einem spezifisch arbeitsrechtlichen als in einem allgemein vertragsrechtlichen Problemkreis.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Ich wollte noch einmal zu Ihnen kommen, Herr *Rieble*. Sie mahnen bei Herrn *Giesen* die Genauigkeit an. Nun kennen wir alle *Volker Rieble* als sehr robusten Menschen. Er will die Gewerkschaft für diese Themen, von denen Sie bezweifeln, ob sie regelbar sind, auf die Straße gehen lassen. Ich nehme an, das eine oder andere Schaufenster hatten Sie auch im Visier, das dabei, wenn Sie auf die Straße gehen, auf der Strecke bleibt. Wenn das nicht der Fall sein sollte, dann machen Sie doch einfach den Gegenteil: Was sollen sie denn regeln können bei solchen Vereinbarungen? Vor allen Dingen dann, wenn die Wirkungen dieser Regelung Dritte betreffen in den Ihrer Autonomie unterliegenden Bereichen? Das ist die einzige präzise Frage, die Sie stellen können. Deshalb zu Herrn *Krause*: Es ist vollkommen klar, dass sie Formalien ihrer Durchführung, also auch Schlichtungsabkommen, regeln können. Auch völlig richtig, wie Herr *Krebber* sagt, sie können Vereinbarungen treffen, wenn sie per Delegation die nötigen Legitimationsgrundlagen bekommen haben. Dann sind doch die Probleme nicht da. Zu verhindern ist immer nur, dass jemand etwas regelt, wofür er keine Legitimation hat. Das heißt, dass Rechtswirkungen entstehen, die jemanden treffen, der nicht an dieser Regelung beteiligt war. Mehr ist zu dem Ganzen nicht zu sagen. Es mag im Einzelfall dann sehr schwierig sein, festzustellen, ob das so ist, aber jedenfalls ist es die goldene und ganz unverrückbare Regel. Und dringliche Bitte: Herr *Rieble*, nicht so schnell auf die Straße!

Hermann Reichold:

Herrn *Rieble* werden wir nicht so schnell auf der Straße erleben, es sei denn, er sitzt auf dem Motorrad.

Richard Giesen:

Er lässt auf die Straße gehen.

Nur noch einmal zu Herrn *Lobinger*: Ich wäre ein wenig vorsichtig mit der Behauptung fehlender Tragbarkeit von Vereinbarungen über zum Bei-

spiel Standards über Kinderarbeit und Ähnliches. Das ist schlussendlich eine Frage des Rechtsbindungswillens und ob dort noch Vertragsstrafen und Unterlassungsverpflichtungen festgelegt sind, auch wenn die Gegenleistung jedenfalls fehlt. Die Gegenleistung liegt manchmal darin, dass man sich politisch bedeckt hält und keine Protestaktionen fährt, also im *Riebleschen* Sinne andere auf die Straße gehen lässt. Dann muss man sehen, inwieweit das verbindlich ist. Ich könnte mir durchaus vorstellen, dass Gewerkschaftsvereinbarungen mit Unternehmen über unternehmerisches Verhalten auch einmal als verbindliche gewollt sein können. Das muss nicht immer so sein. Wir hatten das Thema „Sein und Sollen“ heute morgen. Das kann man als informelle Absprache sehen, die das Leben befrieden soll, aber es kann auch als verbindliche Regelung gewollt sein und einem solchen Willen widerspreche ich nur. Eine solche Verbindlichkeit kann nicht hergestellt werden. Herrn *Pickers* Ausführungen bezogen sich auf die Kollegen.

Rüdiger Krause:

Noch eine Frage, die sich fast eher an Herrn *Picker* richtet als an den Referenten. Sie sei aber erlaubt, weil diese Tagung natürlich eine schöne Gelegenheit ist, sich fachlich auszutauschen. Nehmen wir noch einmal das Beispiel eines Firmentarifvertrags, durch den sich ein Arbeitgeber verpflichtet, einen bestimmten Standort aufrechtzuerhalten. Dabei wird es typischerweise so sein, dass die dort beschäftigten Arbeitnehmer nur teilweise organisiert sind; wahrscheinlich handelt es sich sogar bei einem größeren Teil um Außenseiter. Ich kann schlicht und einfach nicht verstehen und nachvollziehen, warum Sie bei einer solchen Regelung deshalb Probleme haben, weil diese Regelung Außenseiterwirkung entfaltet. Es geht doch einfach nur darum, dass dieser Standort faktisch aufrechterhalten wird und die dort beschäftigten Arbeitnehmer dadurch die Chance haben, weiter beschäftigt zu sein. Wenn ein Außenseiter der Auffassung ist, dass er den Arbeitsplatz wechseln möchte, kann er das natürlich ohne weiteres tun. Es wird doch nur eine Situation geschaffen, die es auch dem Außenseiter ermöglicht, weiterhin sein Arbeitsverhältnis an diesem konkreten Standort fortzusetzen. Das mag Probleme im Hinblick auf die Regelbarkeit des Unternehmerverhaltens hervorrufen, aber ich kann beim besten Willen nicht erkennen, wo dort eine Außenseiterproblematik besteht.

Eduard Picker:

Die Frage ist schnell beantwortet: Sie haben einen besonders listigen Fall gestellt, nämlich den, wo er zugunsten der Leute ausgeht. Da wird sich das

Problem schnell faktisch erledigen. Es gibt niemanden, der da Rabatz macht. Sie müssen doch die Gegenprobe machen: Wenn ich den Standort erhalten darf, wenn ich das vereinbaren kann, kann ich auch die Vereinbarung treffen, ihn nicht zu erhalten, sondern zu verlagern. Dann würden wir doch – wie wir beide wissen aus unseren gegensätzlichen literarischen Äußerungen zu dem Fall – ganz unterschiedlicher Meinung sein. Sie müssten konsequenterweise weiter ohne den Außenseiter – also ohne Rücksicht auf den Außenseiter – verfahren, ich würde das nicht tun. Aus den eben genannten legitimatorischen Gründen. Die sind ganz einfach, Herr *Krause*. So wie das Beispiel mit der Kinderarbeit das Judiz verwirrt, so verwirren auch solche Beispiele das Problem. Da, wo keiner faktisch widerspricht, kann man schlecht sein Rechtsgefühl dran messen. Deshalb nehmen wir doch lieber die Fälle, die strittig sind, die klären das besser.

Richard Giesen:

Noch eine Antwort auch von mir auf *Rüdiger Krause*: Meines Erachtens wären solche Entscheidungen dann zu prüfen als mögliche betriebliche Tarifnormen und diese sind meines Erachtens als betriebliche Tarifnormen eben nicht zulässig. Ich habe einmal versucht, Rechtssicherheit dort hineinzubringen, indem ich gesagt habe: „Betriebliche Normen können nur Gegenstände erfassen, die nach Betriebsverfassungsrecht erzwingbar wären.“ Solche Dinge wären Gegenstände von Interessenausgleichen und sofern nicht erzwingbar. Ich habe einmal versucht, Rechtssicherheit aus dem Betriebsverfassungsrecht ins Tarifvertragsrecht zu übertragen. Im Ergebnis kommt man dort zu vernünftigen Erfolgen und würde dann auch zu der fehlenden Regelbarkeit kommen, weil es eben unternehmerisches Verhalten ist, egal ob normativ oder schuldrechtlich.

Hermann Reichold:

Es ist immer wieder auch erlaubt, zu den Erkenntnissen der Habilitationsschrift zurückzukehren.

Richard Giesen:

Danke! Man muss sich nur erinnern.

Volker Rieble:

Ich wollte zu Herrn *Picker* eines sagen: Man muss bei Art. 9 Abs. 3 GG zwei Aspekte unterscheiden. Das eine ist die Frage, was sind Arbeits- und

Wirtschaftsbedingungen, also die gegenständliche Reichweite. Das ist wirklich sehr viel und sehr viel mehr, als tariflich geregelt werden kann. Das andere ist die Frage, mit welchen Betätigungsinstrumenten die Gewerkschaften diesen Fragen nachgehen darf. Gewerkschaften dürfen demonstrieren, das ist ein Betätigungsinstrument. Gewerkschaften dürfen zu Gericht gehen, das ist ein anderes Betätigungsinstrument. Gewerkschaften dürfen auch Verträge schließen, das ist ein drittes Betätigungsinstrument. Nur das dritte interessiert uns hier, weil es um Regelungen geht und da kann man sich in der Tat fragen, wenn man die *Giesen*-These einer Sperrwirkung von Tarifvertragssystemen gegenüber schuldrechtlichen Tarif- oder Koalitionsvereinbarungen bejahen will, dann müsste man das Tarifvertragssystem und das Schuldvertragssystem als Einheit sehen und zugleich den Grundsatz postulieren, der aber – mit Verlaub – im TVG nicht steht, dass, wenn ich die intensivste Form nehme, mit einem etwas eingeschränkten Geltungsbereich, dass ich dann alle anderen Regelungsbefugnisse verliere. Ich glaube, mit dem Zwei-Verbände-Modell – so einer Art Zwei-Schwerter-Lehre – kann ich das unterlaufen und eine solche Scheidung, die ich sofort unterlaufen kann, ist in Wahrheit auch nicht so arg viel wert, weil ich dann nur den A-Verband brauche, der schließt Tarifverträge, und den B-Verband, der macht alles das, was der A-Verband nicht darf mit denselben Mitgliedern. Das kann ich machen. Das ist eine erlaubte Gestaltungsform, die Gründung des B-Verbands ist dann ihrerseits Aspekt der Koalitionsgründungsfreiheit. Da sehe ich nicht so recht, wie man dort hineingrätschen will. Wenn ich die Schuldvertragsfreiheit für alle nichttariffähigen Verbände intensiv einschränke, weiß ich nicht, ob für diese noch genügend an Koalitionsbetätigung übrig bleibt. Hinter diesem System fehlt noch die tiefere Funktionslogik, die diese Differenzierung und vor allem auch diesen Sperrtatbestand trägt.

Hermann Reichold:

Das ist in der Tat so ein bisschen der Lackmus-Test: Man kann sagen, es gibt genügend Arbeitnehmervereinigungen, die tatsächlich nicht tariffähig sind und dennoch aktionsfähig sein wollen.

Richard Giesen:

Die Bemerkung von Herr *Rieble* hat zwei Teile. Das erste ist die Rückkehr zur Forderung nach der OT-Gewerkschaft. Da bist Du vielleicht von mir schon überzeugt worden. In meinem Vortrag bemängelte ich, dass Kopplungen nicht verhindert werden. Wegen einheitlicher Organisation werden sie mehr verhindert, und das führt zu der von mir strukturell angegriffenen Überprivilegierung. Die strikte Trennung im Sinne der strengen

Rechtsprechung zum OT-Verband auch auf die Gewerkschaften zu übertragen, würde zum Ergebnis haben, dass diese Koppelung – und das ist der Kern meines Anliegens gewesen – entfällt und insofern mein Bedenken auch entfällt, so dass eine OT-Gewerkschaft oder eine sonstige – das kann auch ein Kaninchenzüchterverein sein oder eine Tierschutzorganisation – dazu käme, von ihrer Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG in der Tat Gebrauch zu machen, ohne das Anliegen der Koalitionsfreiheit zu diskreditieren.

Zweiter Punkt: Was bleibt – Stichwort Lakmus-Test – für die Nichttariffähigen? Für die Nichttariffähigen, die nicht über die soziale Mächtigkeit verfügen, bleibt die Wahl, sich entweder im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG zu bewegen, dann müssen sie eines machen: Futter, ordentlich dick werden und wachsen, damit sie einmal tariffähig werden und sozial mächtig oder sich außerhalb des Gebiets von Art. 9 Abs. 3 GG zu verhalten, um solche Überschneidungen zu vermeiden. Das schockt mich nicht.

Hermann Reichold:

Das war schon eine Art Zwischenbilanz und für Sie ein Schlusswort.

Kartellrechtliche Aspekte des gewerkschaftsnützigen Einsatzes der Nachfragemacht von Großunternehmen

Thomas Wessely

Seite

I. Einleitung	86
II. Die grundsätzliche Reichweite des Kartellrechts im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts	87
1. Tarifverträge sind grundsätzlich vom europäischen Kartellrecht ausgenommen	87
2. Die Reichweite der Ausnahme im Einzelnen bestimmt sich nach nationalem Arbeitsrecht	88
3. Für das deutsche Kartellrecht ist von denselben Grundsätzen auszugehen	89
4. Der Schutz des kollektiven Arbeitsrechts ist absolut – es gibt im Bereich der Tarifautonomie keine Abwägung oder Missbrauchskontrolle	90
III. Die Behandlung von das Tarifverhältnis überschießenden Regelungen aus Sicht des Kartellrechts	90
1. Überschießende Regelungen und Tarifautonomie	92
2. Verbotene Kartellabsprache, Art. 101 AEUV und § 1 GWB	93
a) Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaft?	94
b) Wettbewerbsbeschränkung?	99
c) Freistellung von der Wettbewerbsbeschränkung?	103
d) Boykottaufruf	105
e) Missbrauchs- und Behinderungsverbot	107
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	107
Diskussion	110

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten* (München 2012), S. 85-109

I. Einleitung

Es ist Freude und Risiko, die Gelegenheit zu bekommen, als Kartellrechtler im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Tagung zu sprechen. Freude natürlich deshalb, weil es ein weitverbreitetes Phänomen ist, dass sich Spezialisten auf Ihren Konferenzen sehr alten Gewissheiten versichern und im eigenen Saft schmoren und es daher zu begrüßen ist, dass die Organisatoren dieser Tagung die Grundlage zur fachübergreifender Diskussion bieten. Das Risiko besteht für mich darin, dass ich normalerweise im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts nicht tätig bin und mich daher als Außenseiter auf ein Terrain begeben, das man als politisch vermintes Feld vermutet.

Was kann ich vor diesem Hintergrund zur Debatte über die Ausweitung der Tariftmacht beitragen? Die Organisatoren der Tagung haben im Kern die Frage aufgeworfen, wie es kartellrechtlich zu qualifizieren ist, wenn Gewerkschaften über Regelungen in Tarifverträgen auf Unternehmensverhalten Einfluss nehmen, und zwar auf solches Verhalten, das außerhalb des eigentlichen Regelungsgegenstands des Tarifverhältnisses zwischen den fraglichen Gewerkschaften und der Arbeitgeberseite liegt. Wird der grundsätzlich vom Wettbewerbsrecht ausgenommene Tarifvertrag zum verbotenen Kartell, wenn er über die Regelung der Arbeitsbedingungen der durch die Gewerkschaft vertretenen Arbeitnehmer hinausgeht? Werden hierdurch andere kartellrechtliche Verbote berührt, wie etwa das Boykottverbot oder das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht?

Ich werde mich diesen Fragen aus unbefangener und praktisch rein kartellrechtlicher Perspektive nähern – im Rahmen meiner Anwaltstätigkeit war ich mit ähnlichen Fragen noch nicht befasst, so dass ich das Thema also recht unvoreingenommen angehen kann.

Bei der Befassung mit der Grenzziehung zwischen dem kollektiven Arbeitsrecht und dem Kartellrecht fällt zweierlei auf:

- Die Grundsätze des Verhältnisses zwischen Arbeitsrecht und Kartellrecht sind schon vielfach diskutiert worden. Mehrere Dissertationen und zahlreiche Aufsätze haben sich mit dem Thema befasst. Im letzten Jahr hat zudem an dieser Stelle mein früherer Kommilitone Herr Professor *Thomas Ackermann* hierzu ausführlich und überzeugend Stellung genommen¹. Im Ergebnis besteht ein breiter Konsens darüber, dass Tarifverträge vom Kartellrecht ausgenommen sind; auch die Herleitung dieser Ausnahme ist nicht wirklich

¹ *Ackermann*, GWB Novelle und kartellrechtlicher Geltungsanspruch, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Kartellrecht und Arbeitsmarkt*, 2010, S. 17 ff. mit weiteren Nachweisen, besonders Rn. 6 ff.

streitig². Vor diesem Hintergrund erscheint es mir nicht sehr sinnvoll, auf diese Grundsatzfragen nochmals im Detail einzugehen.

- Als zweites fällt auf, dass allerdings die konkreten Grenzen der „Immunität“ von tarifvertraglichen Vereinbarungen noch weitgehend ungeklärt sind. Dies gilt insbesondere auch für die kartellrechtliche Behandlung überschießender tarifvertraglicher Regelungen (wenn ich sie einmal so bezeichnen darf)³. Behördliche Entscheidungen oder Urteile finden sich hierzu kaum.

Vor diesem Hintergrund werde ich meinen Beitrag auf diesen letzten Punkt konzentrieren und näher diskutieren, welche kartellrechtlichen Regelungen durch solche überschießenden tarifvertraglichen Regelungen berührt werden können. Zum Einstieg in diese Diskussion möchte ich allerdings vorab kurz die Grundsätze zusammenfassen, die die Anwendung des Kartellrechts auf arbeitsrechtliche Absprachen bestimmen.

II. Die grundsätzliche Reichweite des Kartellrechts im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts

Es gibt keine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Verhältnisses des kollektiven Arbeitsrechts zum Kartellrecht. Dennoch ist das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zueinander recht klar definiert. Dies lässt sich in vier Grundsätzen zusammenfassen.

1. Tarifverträge sind grundsätzlich vom europäischen Kartellrecht ausgenommen

Für den Bereich des europäischen Kartellrechts hatte sich der Gerichtshof mit der Erstreckung des Kartellverbots auf Tarifvereinbarungen bekanntlich in der Sache Albany⁴ zu befassen. In dem Vorlageverfahren ging es um die Wirksamkeit der Pflichtmitgliedschaft der Arbeitgeber in einem Pensionsfonds. Dieser war eingerichtet worden durch einen Tarifvertrag in der niederländischen Textilindustrie, der anschließend durch den zuständigen Staatsminister für allgemeinverbindlich erklärt worden war. Das

2 Siehe unter vielen anderen *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 8 Rn. 32 ff.; *Säcker/Herrmann*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 2008, Einleitung Rn. 1610.

3 Dies obwohl die Fragestellung keine Neue ist. Siehe hierzu zum Beispiel *Poth*, Kartellrechtliche Grenzen der Regelung betrieblicher Nutzungszeiten durch Tarifvertrag, NZA 1989, 626 ff.

4 EuGH 21.9. 1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (Albany); siehe auch die Urteile EuGH 21.9. 1999 – C-115-117/97, Slg. 1999, I-6025 (Brentjens’); EuGH 21.9. 1999 – C-219/97, Slg. 1999, I-6121 (Drijvende Bokken) und EuGH 21.9. 2000 – C-222/98, Slg. 2000, I-7111 (van der Woude).

Textilunternehmen Albany wehrte sich gegen die Pflichtmitgliedschaft und machte ihre rechtliche Unwirksamkeit aufgrund Verstoßes gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV geltend. Der EuGH wies diese Ansicht zurück und stellte hierbei den weitreichenden Grundsatz auf, dass

„die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele [zur Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen] geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter [Art. 101 AEUV] fallen.“⁵

2. Die Reichweite der Ausnahme im Einzelnen bestimmt sich nach nationalem Arbeitsrecht

Zur Reichweite der Ausnahme wendet der EuGH einen zweistufigen Test an:

- Von ihrer *Art* her müssen die Vereinbarungen „Tarifvereinbarungen“ sein, also das Ergebnis von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern⁶.
- Von ihrem *Gegenstand* her muss die Vereinbarung auf die „Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ gerichtet sein, also unmittelbar sozialpolitische Ziele⁷ verfolgen⁸.

Bei der näheren Subsumtion im Einzelfall sind die vom EuGH aufgestellten Grundsätze allerdings nicht autonom im Gemeinschaftsrecht zu entwickeln. Es ist vielmehr auf das nationale Recht zurückzugreifen. Dies folgt daraus, dass im EU-Vertrag das kollektive Arbeitsrecht nicht harmonisiert ist, sondern Prärogative der Mitgliedstaaten bleibt (siehe Art. 153 Abs. 5 AEUV). Auch Art. 28 der Grundrechte-Charta verweist für die inhaltliche Ausgestaltung des kollektiven Arbeitsrechts auf die einzelstaatlichen Vorschriften und Gepflogenheiten⁹.

Die genaue Reichweite der vom EuGH festgestellten kartellrechtlichen Immunität von Tarifvereinbarungen bestimmt sich daher nach der Reichweite des Schutzes solcher Tarifvereinbarungen im nationalen Recht¹⁰. Im

5 EuGH 21.9. 1999 – C-67/96 (Fn. 4), Rn. 62 (Albany).

6 In der Entscheidung EuGH 12.9. 2000 – C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 69 ff. (Pavlov) stellte er die Beschränkung der Ausnahme auf Kollektivvereinbarungen heraus. Der Fall bezog sich auf die Pflichtmitgliedschaft in Rentenfonds für freie Berufe.

7 Der Gerichtshof stützt dies auf Art. 3 EUV, Art. 4 Abs. 2 lit. b, Art. 153, 155 AEUV und Art 1, 4 des Abkommens über die Sozialpolitik.

8 *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Fn. 2), Einleitung Rn. 235.

9 *Rieble/Serr*, Gutachten: Mittlere Regulierung der Zeitarbeit durch den Stahltarifabschluß, Rn. 154 ff.

10 *Ackermann*, in: *Rieble/Junker/Giesen*, Kartellrecht (Fn. 1), S. 33.

deutschen Recht ist insoweit der grundrechtliche Schutz der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG maßgeblich. Es gilt daher der klare Grundsatz, dass die Reichweite und die Grenzen der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie den kartellrechtsfreien Raum definieren¹¹.

Die Reichweite der Kartellvorschriften im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts wird damit primär nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen bestimmt¹². Dies gilt dann insbesondere auch für die überschießenden Regelungen in Tarifverträgen, auf die später noch näher einzugehen sein wird.

3. Für das deutsche Kartellrecht ist von denselben Grundsätzen auszugehen

Im Bereich des Kartellverbots gilt der Anwendungsvorrang des europäischen vor dem deutschen Kartellrecht (siehe Art. 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung 1/2003, der kartellrechtlichen Durchführungsverordnung). Dies bedeutet, dass das deutsche Kartellrecht weder strenger noch großzügiger als das europäische Kartellrecht sein darf. Dieser Anwendungsvorrang gilt zwar bei rein juristischer Betrachtungsweise nur für Vereinbarungen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen. Rein nationale Vereinbarungen, die nicht von dieser Zwischenstaatlichkeitsklausel des EU-Kartellverbots erfasst werden, unterliegen ausschließlich dem nationalen Kartellrecht, in dessen Ausgestaltung der nationale Gesetzgeber grundsätzlich frei ist. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber das deutsche materielle Kartellrecht gezielt an das materielle EU-Kartellrecht angeglichen, um so die Einheitlichkeit des Kartellrechts unabhängig von etwaigen Auswirkungen einer Vereinbarung auf den zwischenstaatlichen Handel sicherzustellen¹³. Es ist daher davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber auch für die Nichtanwendung des Kartellverbots auf unter die Tarifautonomie fallende Regelungen einen Gleichlauf mit dem europäischen Kartellrecht herstellen wollte. Auch für das nationale Kartellrecht definiert daher Art. 9 Abs. 3 GG den kartellrechtsfreien Raum.

11 *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 6.

12 Siehe auch Achtzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009 – Stellungnahme der Bundesregierung, Kapitel V, Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten, BT-Drucks. 17/2600, S. 320 Rn. 881.

13 Besonders im Rahmen der 7. GWB Novelle, BT-Drucks. 15/3640; siehe hierzu auch *Reichold*, Gegenmachtprinzip und arbeitsrechtliche Kartellgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG, in: *Rieble/Junker/Giesen*, Kartellrecht (Fn. 1), S. 57 f.; *Rieble/Serr* (Fn. 9), Rn. 145.

4. Der Schutz des kollektiven Arbeitsrechts ist absolut – es gibt im Bereich der Tarifaufonomie keine Abwägung oder Missbrauchskontrolle

Im Fall Albany hatte Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen für die Möglichkeit einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle von Tarifverträgen plädiert¹⁴. Er wollte Tarifverträge dann dem Kartellverbot unterwerfen, wenn sie dem Anschein nach mit Kerngegenständen der Tarifverhandlung zu tun haben, in Wahrheit aber lediglich als Deckmantel für ernsthafte Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Arbeitgebern auf ihren Produktmärkten dienen¹⁵. Der EuGH ist diesem Ansatz hingegen nicht gefolgt und hat – für den Bereich der Tarifaufonomie – Tarifverträge generell vom Kartellverbot ausgenommen¹⁶. Eine Abwägung zwischen sozialpolitischen und den wettbewerbspolitischen Zielen, das heißt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung von Wettbewerbsbeschränkungen in Tarifverträgen, findet somit nicht statt. Stattdessen gilt im Schutzbereich der Tarifaufonomie der Vorrang des kollektiven Arbeitsrechts absolut. *Thomas Ackermann* hat die Richtigkeit dieses Grundsatzes überzeugend damit begründet, dass zwei diametral entgegengesetzte politische Regelungsansätze – hier Wettbewerbsprinzip und Selbstständigkeitspostulat, dort Kollektivmechanismen und Gegenmachtprinzip – nicht miteinander abwägungsfähig sind¹⁷.

III. Die Behandlung von das Tarifverhältnis überschneidenden Regelungen aus Sicht des Kartellrechts

Vor diesem Hintergrund möchte ich mich dem eigentlichen Gegenstand meines Beitrags zuwenden. Unterliegen „überschneidende“ tarifvertragliche Regelungen, die über den „eigentlichen“ Zweck eines Tarifvertrags hinausgehen, dem Kartellverbot? Beispielhafte Szenarien für solche Regelungen sind etwa die folgenden:

- Über eine Stahltarifvereinbarung versucht die IG Metall, die Stahlunternehmen über den Arbeitgeberverband zu verpflichten, nur noch mit solchen Zeitarbeitsunternehmen zusammenzuarbeiten, die höhere Löhne zahlen, als dies der Zeitarbeitstarif vorsieht¹⁸.

¹⁴ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussantrag 28.1. 1999 EuGH – C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (Albany).

¹⁵ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussantrag 28.1. 1999 EuGH – C-67/96 (Fn. 14), Rn. 145 (Albany).

¹⁶ EuGH 21.9. 1999 – C-67/96 (Fn. 4), Rn. 59 (Albany).

¹⁷ *Ackermann*, in: *Rieble/Junker/Giesen*, Kartellrecht (Fn. 1), S. 32.

¹⁸ *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit*, 2009, S. 65-112; *ders.*, Unter-

- In einer anderen Tarifvereinbarung heißt es: „Die Mitgliedsunternehmen sind verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG während ihres Einsatzes im Betrieb des Mitgliedsunternehmens Anspruch auf Entgelt gegen ihren Vertragsarbeitgeber (Verleiher) mindestens in der Höhe haben, die sich bei Anwendung der für die Stahlindustrie jeweils gültigen Lohn- und Gehaltstabellen im Sinne des Vergleichsentgelts errechnen würden.“¹⁹
- Eine weitere Tarifvereinbarung enthält die Regelung, wonach die Mitgliedsunternehmen nur solche Wäschereien mit der Pflege der Arbeitskleidung beauftragen dürfen, die ihrerseits mit der IG Metall tarifgebunden sind²⁰.
- Ferner wird von Fällen berichtet, in denen Gewerkschaften dafür sorgen, dass Zulieferer, die Rechtsstreitigkeiten mit dem eigenen Betriebsrat haben, von den Mitgliedsunternehmen mit Bezugssperren bedroht werden.
- Die IG Metall soll dafür gesorgt haben, dass VW bestimmte Zulieferaufträge an notleidende Unternehmen vergeben hat (unter anderem Karmann).
- Schließlich hat die Lufthansa der Vereinigung Cockpit zugesagt, nur solche Flieger mit Lufthansa-Kennzeichen fliegen zu lassen oder mit Bereederung zu betrauen, die ihrerseits die Tarifbedingungen der Vereinigung Cockpit anwenden²¹.

Gemeinsames und charakteristisches Merkmal all dieser Regelungen ist, dass sie nicht mehr allein das Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien regeln, sondern das Verhalten einer der Parteien (der Arbeitnehmerseite) gegenüber Dritten am Markt der Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen steuern.

So sehr Einigkeit über die zuvor geschilderten Grundlagen des Verhältnisses von Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht besteht, so unklar ist die Behandlung der aufgezählten Beispiele von Einflussnahmen der Gewerkschaften auf das Beschaffungsverhalten von Unternehmen.

Auf der einen Seite stehen recht apodiktische und deutliche Aussagen im Schrifttum, dass solche überschießenden Regelungen in Tarifverträgen

nehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), Rn. 13 ff.

19 Siehe besonders Rieble/Serr (Fn. 9).

20 Vgl. Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 104 ff.

21 Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 111 Rn. 26 ff.

unter die Kartellvorschriften fallen²². So meinen etwa *Säcker* und *Herrmann*:

„Überschreiten die Tarifparteien dagegen diesen Rahmen [der Tarifaufonomie], indem sie bestimmte Aspekte des Wettbewerbsverhaltens ihrer Mitglieder mitregeln – z.B. die Öffnungszeiten von Banken –, so sind auf sie die [Art. 101 und 102 AEUV] grundsätzlich anwendbar.“²³

Andererseits zeigt die zunehmende Verbreitung solcher über das eigentliche Tarifverhältnis hinausgehender Regelungen, dass gerade kein Konsens über die Unzulässigkeit solcher Regelungen besteht.

1. Überschießende Regelungen und Tarifaufonomie

Nach dem zuvor Gesagten stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts von vornherein nur dann, wenn solche überschießenden Regelungen in Tarifverträgen nicht mehr vom Schutz der grundgesetzlich gewährleisteten Tarifaufonomie erfasst sind²⁴. Ob dies der Fall ist, ist eine arbeitsrechtliche Frage, für deren Beurteilung es berufenere Fachleute als mich gibt.

Um im Folgenden die kartellrechtlichen Fragestellungen diskutieren zu können, gehe ich jedenfalls von der Hypothese aus, dass die geschilderten Regelungen nicht mehr in den Kernbereich der Tarifaufonomie fallen²⁵. Dies bedeutet nicht, dass sie unzulässig wären, sondern lediglich, dass sie nicht notwendiger und konstitutiver Bestandteil des Tarifdialogs zwischen den Sozialparteien sind. Indem ein Tarifvertrag den Arbeitgeber-Unternehmen vorgibt, keine Zeitarbeitsunternehmen zu beauftragen, die ihren Arbeitnehmern Löhne unterhalb eines bestimmten Niveaus zahlen, regelt der Tarifvertrag nicht mehr das Arbeitsentgelt und die Arbeitsbedingungen der unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer, sondern trifft eine Regelung in Hinblick auf die Zeitarbeitnehmer, deren Arbeitsbedingungen gerade in einem anderen Tarifvertrag, nämlich dem Zeitarbeits-Tarifvertrag, geregelt werden sollen.

Denselben, den eigentlichen Regelungsgegenstand des Tarifvertrags überschießenden Charakter haben Regelungen, wonach die Mitgliedsunternehmen bestimmte Lieferanten bevorzugen oder sperren sollen – auch

22 Vgl. unter anderen *Bunte*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, Art. 81 Rn. 9.

23 *Säcker/Herrmann*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Fn. 2), Kartellrecht, Einleitung Rn. 1611.

24 Zur Begründung dessen siehe besonders *Ackermann*, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 34 ff.

25 So wohl auch *Rieble*, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 114, Rn. 33 f.

diese Absprachen betreffen nicht mehr das Arbeitsverhältnis der unter den einschlägigen Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer.

Letzteres unterscheidet die hier fraglichen Regelungen auch von der seinerzeitigen Debatte um die Regelung der Arbeitszeiten im Einzelhandel. Dort hatte das Kammergericht festgestellt, dass die Regelung der Arbeitszeiten in den Kernbereich der Koalitionsfreiheit fällt und die hiervon ausgehende „Doppelwirkung“, nämlich die impliziten Auswirkungen auf die Ladenöffnungszeiten, als ein regelmäßiges Charakteristikum von Tarifvereinbarungen kartellrechtlich hinzunehmen sei²⁶. Die Konsequenzen für die Öffnungszeiten waren somit lediglich der Reflex der Regelung der Arbeitszeiten (so jedenfalls die Qualifizierung durch das Kammergericht) – die vorliegend zu beurteilenden überschießenden Regelungen hingegen zielen ausschließlich und unmittelbar auf die jeweiligen Außenwirkungen und sind in keiner Weise mit einer Regelung der tarifvertraglich erfassten Arbeitsverhältnisse verbunden. Indem die Tarifparteien hier direkt in die Verhältnisse dritter Parteien eingreifen, greift auch das Gegenmachtprinzip nicht mehr, auf dem der Grundsatz der Tarifautonomie aufgebaut ist.

Geht man also davon aus, dass die geschilderten überschießenden Regelungen sich außerhalb der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie und außerhalb des TVG bewegen, so müssen sie sich an den einschlägigen Kartellvorschriften messen lassen. Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass ein kartellrechtlicher Verstoß vorliegt. Vielmehr ist im Einzelnen zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen solche überschießenden Regelungen die Tatbestandsmerkmale eines kartellrechtlichen Verbots erfüllen können.

2. Verbotene Kartellabsprache, Art. 101 AEUV und § 1 GWB

Der naheliegende Tatbestand hierfür ist zunächst das Kartellverbot selbst (in Form von § 1 GWB und Art. 101 AEUV).

Art. 101 Abs. 1 AEUV bestimmt:

„Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.“

Verstößt eine Vereinbarung gegen das Kartellverbot, so ist sie zivilrechtlich unwirksam (§ 134 BGB). Zudem haben geschädigte Dritte gegen die Parteien der Vereinbarung gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch

26 Kammergericht 21.2. 1990 – Kart U 4357/89, WuW/E OLG 4531, S. 949 („Ladenöffnungszeit“).

(§ 33 Abs. 3 GWB). Die Kartellbehörden können gegen die Parteien zudem Bußgelder verhängen.

a) Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaft?

Voraussetzung ist allerdings, dass die beteiligten Parteien als „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinne zu qualifizieren sind. Für die Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbands ist klar, dass sie als Unternehmen handeln, wenn sie sich untereinander darüber abstimmen, mit welchen Zulieferern oder Dienstleistern sie unter welchen Voraussetzungen zusammenarbeiten²⁷. Ebenso zweifelsfrei ist, dass der Arbeitgeberverband eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Kartellrechts darstellt²⁸.

Fraglich ist jedoch, ob die Gewerkschaft unternehmerisch handelt, wenn sie mit dem Arbeitgeberverband Vereinbarungen trifft, die über den eigentlichen Regelungsgegenstand des Tarifvertrags hinausgehen.

- Der Begriff des Unternehmens ist im Gesetz nicht geregelt. Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte ist Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“²⁹. Nach diesem funktionalen Unternehmensbegriff ist daher entscheidend, ob die Gewerkschaft bei der Vereinbarung überschüssiger Tarifvertrags-Regelungen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Definition des EuGH umfasst jedes auf ein Angebot beziehungsweise auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen bezogenes Verhalten, welches zumindest im Grundsatz von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte³⁰.
- Die Gewerkschaft ist zunächst keine Unternehmensvereinigung, da sie eine Vereinigung der Arbeitnehmer ist, die ihrerseits nicht als Unternehmen angesehen werden³¹.
- Eine Gewerkschaft kann im Einzelfall jedoch selbst Unternehmen sein, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgt, also am Markt

²⁷ Kordel, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht, 2004, S. 41.

²⁸ Reichold, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 63; Ackermann, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 17, 26.

²⁹ Vgl. insbesondere EuGH 23.4. 1991 – C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21 (Höfner und Elser).

³⁰ EuGH 18.6. 1998 – C-35/96, Slg. 1998, I-3851 (Kommission/Italien).

³¹ Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 GWB Rn. 26 f.; Reichold, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 61 f.

Waren und/oder Dienstleistungen anbietet oder nachfragt³². Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Gewerkschaft Immobilien vermietet³³, freiwillige Versicherungen vermittelt³⁴ oder sonstige Dienstleistungen anbietet³⁵. Der Abschluss von Tarifverträgen stellt allerdings als solcher keine derartige wirtschaftliche Tätigkeit dar³⁶.

- Nach einigen Stimmen im Schrifttum soll die Gewerkschaft allerdings funktionell unternehmerisch tätig werden, wenn sie – wie es in den hier diskutierten Konstellationen gerade der Fall ist – das Arbeitgeerverhalten auf deren Güter- und Dienstleistungsmärkten steuert. Denn in diesem Fall griffen die Gewerkschaften indirekt selbst in den Markt für Waren oder Dienstleistungen ein. Ihnen würden dann die fraglichen Markthandlungen beziehungsweise -entscheidungen der Unternehmen zugerechnet³⁷.

Zur Begründung dieser These wird insbesondere auf folgende Präzedenzfälle verwiesen:

- In einem vom BGH im Jahr 1978 entschiedenen Fall³⁸ hatte der private Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses, in dem eine Gaststätte betrieben wurde, mit einem Tabakwarengroßhändler und Automatenaufsteller einen Vertrag geschlossen, in dem er diesem für die Dauer von zehn Jahren das alleinige Aufstellrecht für Automaten in der Gaststätte einräumte. Der Hauseigentümer verpflichtete sich zudem, diese Bindung in die Pachtverträge mit den jeweiligen Pächtern der Gaststätte aufzunehmen. Der BGH entschied, dass der Hauseigentümer in der Übernahme dieser Verpflichtung zur Weiterreichung der Vertragsbindung als „Unternehmer“ gehandelt habe. Denn der Hauseigentümer sei im geschäftlichen Verkehr als Nachfrager für die Automatenaufstellung in Gaststätten aufgetreten und habe durch den Abschluss des Automatenaufstellvertrags den Betriebszuschnitt und die Betriebsführung der Gaststätte mitgestaltet

32 *Reichold*, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 62 f.

33 *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 22), Art. 81 Rn. 9.

34 OLG Hamburg 11.11. 1954 – 6 U 77/54, WuW/E OLG 79 Rn. 80 („Gewerkschafts-Sterbekasse“).

35 Generalanwalt *Jacobs*, Schlussantrag 28.1. 1999 EuGH – C-219/97 (Fn. 14), Rn. 221.

36 BAG 27.6. 1989 – 1 AZR 404/88, WuW/E VG Rn. 351; *Reichold*, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 62.

37 Entscheidung der Kommission vom 26.7. 1976 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/28.996 – Reuter/BASF) (Amtsblatt EG 1976 L 254/40).

38 BGH 11.4. 1978 – KZR 1/77, WuW/E BGH S. 1521 („Gaststättenverpachtung“).

und insoweit einen Teil der unternehmerischen Entscheidung des Gaststättenpächters vorweggenommen³⁹.

Mir erscheint es eher zweifelhaft, ob diese Fälle wirklich mit unserem vorliegenden Thema vergleichbar sind. Die Verpächter der Gaststätten agierten nach Auffassung des BGH jeweils in unternehmerischer Position, indem sie gegenüber einem gewerblichen Leistungserbringer eine vertragliche Bindung eingingen und diese dann an den Pächter der Gaststätte durchreichten. Sie traten – wie der BGH hervorhebt – selbst als Nachfrager einer gewerblichen Leistung (Automatenaufstellung) auf. Die Gewerkschaft tritt im Falle tarifvertraglicher Vorgaben für das Marktverhalten der Arbeitgeber-Unternehmen hingegen nicht zunächst selbst am Markt als Nachfrager einer gewerblichen Leistung auf und sie reicht dementsprechend auch keine im gewerblichen Kontext eingegangenen Vertragsbindungen durch. Sie lässt sich vielmehr von der Arbeitgeberseite – in Verfolgung gewerkschaftspolitischer Ziele – bestimmte Zusagen geben.

- Der andere Präzedenzfall, der für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft von Gewerkschaften im Falle der Einflussnahme auf das Marktverhalten der Arbeitgeber genannt wird, ist der Fall *Cassa di Risparmio di Firenze* (Sparkasse Florenz)⁴⁰. In diesem Vorlageverfahren führte der EuGH bei der Definition des Unternehmensbegriffs aus:

„Meistens ist die [für den Unternehmensbegriff konstitutive] wirtschaftliche Tätigkeit eine Tätigkeit, die *unmittelbar* auf dem Markt erbracht wird.

Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie auf einen *unmittelbar* auf dem Markt operierenden Wirtschaftsteilnehmer und *mittelbar* auf eine andere Einheit zurückzuführen ist ...“⁴¹

Bedeutet das, dass die Gewerkschaften dann als Unternehmen zu behandeln (und dem Kartellrecht zu unterwerfen) sind, wenn das unmittelbare Handeln eines Unternehmens am Markt mittelbar auf eine Vorgabe der Gewerkschaft im Tarifvertrag zurückgeht?

39 Ähnlich hat der BGH in zwei weiteren Fällen von 1980 (BGH 14.7. 1980 – KZR 19/79, WuW/E BGH S. 1745 ff. [„Mallendarer Bürgerstube“]) und 1981 (BGH 5.5. 1981 – KZR 9/80, WuW/E BGH S. 1841 ff. [„Ganser-Dahlke“]) hinsichtlich von Getränkebezugsbindungen entschieden.

40 EuGH 10.1. 2006 – C-222/04, Slg. 2006, I-289 (*Cassa di Risparmio di Firenze* u.a.).

41 EuGH 10.1. 2006 – C-222/04 (Fn. 40), Rn. 109 f. (*Cassa di Risparmio di Firenze* u.a.) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Bei näherem Hinsehen ging es im Fall der Sparkasse Florenz doch um einen völlig anderen Sachverhalt. Im Rahmen ihrer Privatisierung waren in Italien die Sparkassen in das Eigentum von Bankstiftungen überführt worden, die anschließend sämtliche Anteile oder jedenfalls eine Mehrheitskapitalbeteiligung an der jeweiligen Sparkasse hielten. Die Stiftungen, denen der Gewinn der Sparkassen zustand, hatten gemeinnützige Aufgaben zu verfolgen. Im Vorlageverfahren ging es um die Frage, ob die Stiftungen dennoch als „Unternehmen“ anzusehen waren, in welchem Fall bestimmte Steuervergünstigungen als unzulässige Beihilfen anzusehen gewesen wären. Hierzu stellte der EuGH fest:

„Der bloße Besitz von Beteiligungen, auch von Kontrollbeteiligungen, stellt nicht schon eine wirtschaftliche Tätigkeit der Einheit dar, die diese Beteiligungen hält, wenn mit ihm nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden sind, und gegebenenfalls der Bezug von Dividenden einhergeht, die bloß die Früchte des Eigentums an einem Gut sind.

Übt dagegen eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft hält, diese Kontrolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft aus, ist sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt anzusehen.“⁴²

Das vollständige Zitat der Aussage des Gerichtshofs zum mittelbaren Einfluss lautet dementsprechend auch:

„Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sie auf einen *unmittelbar* auf dem Markt operierenden Wirtschaftsteilnehmer und *mittelbar* auf eine andere Einheit zurückzuführen ist, die diesen Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen einer von ihnen gebildeten wirtschaftlichen Einheit kontrolliert.“⁴³

Es ging im Fall der Sparkasse Florenz somit um die Unternehmens-Eigenschaft einer kontrollierenden Konzernobergesellschaft, die zudem Einfluss auf die Geschäftsführung ausübte. Hier leuchtet die Bejahung des Unternehmens-Charakters der Stiftung unmittelbar ein – aber es handelt sich doch um eine völlig andere Situation als die einer Gewerkschaft, die in einem Tarifvertrag erstens nur sehr punktuell und zweitens nicht kraft gesellschaftsrechtlich vermittelter Macht, sondern im Rahmen (tarif-) vertraglicher Verhandlungen Einfluss auf einzelne Geschäftsentscheidungen der Mitgliedsunternehmen der Arbeitgeberverbände nimmt. Auch kontrollierte die Stiftung die Geschäftsführung der Sparkasse aus rein wirtschaftli-

42 EuGH 10.1. 2006 – C-222/04 (Fn. 40), Rn. 111 f. (Cassa di Risparmio di Firenze u.a.).

43 EuGH 10.1. 2006 – C-222/04 (Fn. 40), Rn. 110 (Cassa di Risparmio di Firenze u.a.) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

chen Zielen, während die hier fraglichen Tarifvertragsregelungen offenbar gewerkschaftspolitische Ziele verfolgen.

Im Ergebnis halte ich daher die für die Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaften angeführten Präzedenzfälle für nicht sehr überzeugend, wenn man nicht nur einzelne Sätze aus den Urteilen isoliert betrachtet, sondern sich die zugrunde liegenden Sachverhalte und die gesamte Urteilsbegründung ansieht.

In einer neueren Entwicklung hat die Kommission zuletzt auch Beteiligte mit Kartellbußgeldern belegt, die selbst gar nicht auf dem kartellierten Markt tätig waren⁴⁴. In einem dieser Fälle ging es um eine jahrelange Kartellabsprache im Bereich der organischen Peroxide. Das Unternehmen AC Treuhand, das typischerweise Marktinformations-Dienstleistungen für Industrieunternehmen anbietet, unterstützte nach den Feststellungen der Kommission die Durchführung des Kartells, indem es (i) Kartelltreffen mitorganisierte, (ii) Kartelldokumente in seinen in der Schweiz liegenden Geschäftsräumen aufbewahrte, (iii) bei der Berechnung der Kartellquoten Unterstützung leistete, (iv) an Kartelltreffen teilnahm und (v) die Reisekosten der Kartellteilnehmer übernahm, damit diese nicht unternehmensintern gebucht werden mussten. Der relevante Aspekt dieses Falls für unsere heutige Diskussion ist, dass AC Treuhand bebußt wurde, obwohl sie auf dem fraglichen Markt für organische Peroxide überhaupt nicht tätig war. Das Europäische Gericht erkannte hierin keinen Haftungsauschlussgrund, da AC Treuhand jedenfalls an der Durchführung der Kartellabsprache beteiligt war. Können sich Gewerkschaften in ähnlicher Weise haftbar machen, ohne dass sie auf dem relevanten Produktmarkt tätig sind? Meines Erachtens ist der entscheidende Unterschied, dass AC Treuhand unstreitig als „Unternehmen“ im Sinne des Kartellrechts tätig war. Denn AC Treuhand leistete seine Unterstützung des Kartells im Rahmen eines gewerblichen Dienstleistungsauftrags gegen entsprechende Bezahlung. Der Fall ist für unsere Zwecke daher nicht übertragbar.

Auch unabhängig von den geschilderten Präzedenzfällen bin ich sehr skeptisch, dass Gewerkschaften kraft Steuerung fremden Unternehmensverhaltens selbst zum Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne werden. Meines Erachtens ist die Einflussnahme auf das wirtschaftliche Verhalten Dritter etwas grundsätzlich anderes als die eigene Teilnahme am Wirtschaftsverkehr. Über die geschilderten Regelungen in den Tarifverträgen aber nehmen die Gewerkschaften selbst weder direkt noch indirekt am Wirtschaftsverkehr teil – sie üben lediglich Einfluss aus auf die Teilnahme eines Dritten am Wirtschaftsverkehr (anders in dem Sparkassen-Fall, in dem – wie der EuGH hervorhob – die Stiftung und die Sparkasse eine einzige „wirtschaftliche Einheit“ darstellten).

44 EuG 8.7. 2008 – T-99/04, Slg. 2008, II-1501 S. 206 ff. (AC Treuhand).

Schließlich befürchte ich, der Unternehmensbegriff wird uferlos, wenn bereits vertragliche – und seien es tarifvertragliche – Verpflichtungen die kartellrechtliche Unternehmenseigenschaft auslösen. Würde dann auch etwa Greenpeace zum Unternehmen, wenn ein Unternehmensverband (oder ein einzelnes Unternehmen) im Rahmen seiner unternehmerischen Sozialverantwortung (CSR-Politik) mit Greenpeace eine Vereinbarung schließen würde, bestimmte, als umweltschädlich angesehene Produkte nicht mehr zu führen oder keine Waren von Herstellern mehr zu kaufen, die Kinderarbeit einsetzen⁴⁵? Auch wenn man inhaltlich nicht alle Gewerkschaftsziele auf dieselbe Stufe wie die Verhinderung der Kinderarbeit heben will, wird doch deutlich, dass man sich mit dem Konzept der Unternehmenseigenschaft kraft punktueller vertraglicher Steuerung fremden Unternehmensverhaltens auf eine abschüssige Ebene begibt.

Wenn man dementsprechend die Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaft verneint, hat dies zwei Konsequenzen:

- Zum einen ist die Gewerkschaft kartellhaftungsrechtlich „aus dem Schneider“; sie ist bei der Vereinbarung tarifvertraglicher Klauseln, die auf Unternehmerverhalten Einfluss nehmen, kein tauglicher Beteiligter einer Kartellabsprache.
- Zum anderen bedeutet dies, dass bei tarifvertraglichen Regelungen, an denen nur die Gewerkschaft und ein einzelnes Unternehmen beteiligt sind, es an einer Absprache „zwischen Unternehmen“ fehlt – denn mit der Gewerkschaft ist eine der beteiligten Parteien kein Unternehmen. Wenn also etwa VW gewerkschaftlichem Druck nachgibt, Zulieferaufträge an bestimmte insolvenzbedrohte Lieferanten zu vergeben, wird diese Absprache nicht vom Kartellverbot erfasst. Dasselbe gilt für das Beispiel, nach dem die Lufthansa der Vereinigung Cockpit verspricht, nur solche Fluggesellschaften mit einer Beereederung zu betrauen, die ihrerseits die Tarifbedingungen der Vereinigung Cockpit anwenden. Schließlich dürften damit auch die auf die Sicherung bestimmter Sozialstandards zielenden *International Framework Agreements*, die typischerweise von multinationalen Konzernen mit internationalen oder nationalen Gewerkschaftsverbänden abgeschlossen werden, aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausfallen.

b) Wettbewerbsbeschränkung?

Dennoch ist für tarifvertragliche Vereinbarungen mit einem Arbeitnehmerverband (im Gegensatz zu Vereinbarungen mit einem Einzelunter-

45 Zu ähnlichen Beispielen Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen, Kartellrecht (Fn. 1), S. 112 Rn. 29 ff.

nehmen) das Ausgangsproblem noch nicht gelöst. Denn wenn Vertragspartner der Gewerkschaft der Arbeitgeberverband ist, der wiederum durch seine Mitgliedsunternehmen gestützt wird und auf diese zum Zwecke der Umsetzung des Tarifvertrags einwirkt, dann liegt bei Abschluss und Umsetzung des Tarifvertrags entweder kumulativ oder zumindest alternativ eine der folgenden Handlungsformen des Kartellverbots des § 1 GWB und/oder Art. 101 AEUV vor:

- der Beschluss einer Unternehmensvereinigung,
- eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder
- eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen.

Welche Handlungsform man auch immer für einschlägig ansieht – in jedem Fall erreichen die Mitgliedsunternehmen auf der Arbeitgeberseite in koordinierter Form eine Willensübereinstimmung, das Tarifvertragsergebnis in dieser Form zu akzeptieren und anschließend umzusetzen. Für die Bejahung einer abgestimmten Verhaltensweise ist noch nicht einmal dies erforderlich – hier reicht nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH bereits

„jede Form der Koordinierung, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt“⁴⁶.

Vereinbarungen zwischen Unternehmen sind allerdings nur dann kartellrechtlich problematisch, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken⁴⁷.

„Bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkungen liegen vor, wenn die Beschränkung ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken⁴⁸. Hierbei handelt es sich um Beschränkungen, die im Hinblick auf die mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft verfolgten Zielen ein derart großes Potenzial für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb ha-

46 EuGH 14.7. 1972 – 48/69, Slg. 1972, 619, 658 (ICI/Kommission); EuGH 16.12. 1975 – 40-48, 50, 54-56, 11, 113, 114/73, Slg. 1975, 1663, 1942 (Suiker Unie/Kommission); EuGH 14.7. 1981 – 172/80, Slg. 1981, 2021, 2031 (Züchner).

47 Weiß, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 101 AEUV Rn. 103.

48 EuGH 1.2. 1978 – 19/77, Slg. 1978, 131 Rn. 15 (Miller International Schallplatten/Kommission); EuG 10.3. 1992 – T-13/89, Slg. 1992, II-1021 Rn. 291 ff. (ICI/Kommission).

ben, dass es für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht notwendig ist, deren tatsächliche Auswirkungen im Markt nachzuweisen⁴⁹.

Wenn eine Vereinbarung keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, ist zu prüfen, ob sie eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt*. Dabei sind die tatsächlichen wie auch die potenziellen Auswirkungen zu berücksichtigen⁵⁰. Vereinbarungen, die eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung haben, müssen den gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerb in einem solchen Ausmaß beeinträchtigen können, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovationen oder Vielfalt beziehungsweise Qualität von Waren und Dienstleistungen erwartet werden können. Diese negativen Auswirkungen müssen *spürbar* sein⁵¹. Das Verbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist nicht anwendbar, wenn die festgestellten wettbewerbswidrigen Auswirkungen *unbedeutend* sind⁵².

Der Wortlaut von Art. 101 AEUV nennt als Beispiele von Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere:

- „a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

49 Entscheidung der Kommission vom 13.7. 1994 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag (IV/C/33.833 – Karton) (Amtsblatt EG 1994 L 243/1 Rn. 135); EuGH 30.1. 1985 – 123/83, Slg. 1985, 391 (Clair); EuGH 27.1. 1987 – 45/85, Slg. 1987, 405 Rn. 39 (Verband der Sachversicherer/Kommission); EuG 6.4. 1995 – T 142/89, Slg. 1995, II-867 Rn. 89 (Boël/Kommission); EuG 6.4. 1995 – T 152/89, Slg. 1995, II-1197 Rn. 32 (ILRO/Kommission); EuG 12.7. 2001 – T 202/98, Slg. 2001, II-2035 Rn. 72 (Tate & Lyle u.a./Kommission).

50 Entscheidung der Kommission vom 6.8. 1984 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/30.350 – Zinc Producer Group) (Amtsblatt EG 1984 L 220/27 Rn. 71).

51 Zur Konkretisierung der Spürbarkeit siehe Bagatellbekanntmachung (Amtsblatt EG 2001 C 368/7, S. 13). Spürbarkeit wird hier negativ definiert und das Überschreiten der Voraussetzungen indiziert nicht unbedingt eine spürbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung. In Fällen die nicht in den Anwendungsbereich fallen, ist somit weiterhin eine Einzelfallprüfung nötig. Siehe auch EuG 10.3. 1992 – T-14/89, Slg. 1992, II-1155 Rn. 240 (Montedipe/Kommission).

52 EuGH 9.7. 1969 – 5/69, Slg. 1969, 295 Rn. 7 (Völk/Vervaecke).

e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

Eine Bewertung aller zuvor beispielhaft aufgeführten überschießenden tarifvertraglichen Regelungen an diesen Maßstäben würde diesen Vortrag sprengen. Um aber nicht mit Steinen statt mit Brot zu handeln, möchte ich einige summarische Anmerkungen dennoch machen:

- (i) Die Regelung, wonach Stahlunternehmen sich verpflichten, nur noch mit Zeitarbeitsunternehmen zusammenzuarbeiten, die an die verliehenen Arbeitnehmer entweder volle Stahl-Löhne oder ein anderes, im Stahltarifvertrag definiertes Lohnniveau zahlen, erscheint mir *prima facie* kartellrechtlich durchaus kritisch zu sein. Zum einen bewirkt die entsprechende Absprache bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Harmonisierung der Einkaufsbedingungen von Zeitarbeitsleistungen. Absprachen über die Vereinheitlichung der Einkaufspreise unterfallen dem Kartellverbot in gleicher Weise wie Absprachen über Verkaufspreise (siehe den Wortlaut von Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV). Es stellt sich zudem die Frage, ob hier nicht eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt – denn die Einkaufskonditionen werden vereinheitlicht, ohne dass hiermit irgendwelche Effizienzgewinne angestrebt werden. Es liegt also möglicherweise eine *naked restraint*⁵³ vor. Für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gilt auch das Merkmal der Spürbarkeit nicht⁵⁴. Die Vereinbarungen haben zudem eine wettbewerbsbeschränkende Drittwirkung⁵⁵, indem sie den Preiswettbewerb unter den Zeitarbeitsunternehmen beschränken.

Nicht relevant ist meines Erachtens der mögliche Einwand, es handle sich hier nur um eine Harmonisierung von Arbeitskosten, wie sie in gleicher Form von kartellrechtlich zulässigen Tarifverträgen ausgeht. Falls die Tarifparteien sich aus dem durch Art. 9 Abs. 3 GG und das TVG geschützten Bereich hinausbewegen und Lohnkosten-Harmonisierungen sowie -steigerungen außerhalb der Tarifautonomie umsetzen, findet das Kartellrecht Anwendung und lässt sich nicht mit der angeblich gleichen Wirkung rechtlich zulässiger Maßnahmen argumentieren. Es steht den Tarifparteien offen, diese rechtlich zulässigen Regelungen (in Form eines Tarifvertrags der

53 Auch Kernbeschränkungen oder „*hard-core*“-Kartell genannt.

54 Siehe oben Fn. 49.

55 Zur wettbewerbsbeschränkenden Drittwirkung siehe BGH 13.1. 1998 - KVR 40/96, WuW/E DE-R 115 Rn. 739 („Carpartner“) sowie Kammergericht 26.1. 1983 – Kart. 33/82, WuW/E OLG 2961 („Rewe“).

Zeitarbeitsbranche) zu treffen – aber nicht, denselben Effekt auf kartellrechtlich verbotenem Wege herbeizuführen.

- (ii). Vereinbarungen zwischen den Unternehmen der Arbeitgeberseite, nur noch solche Lieferanten oder Dienstleister zu beauftragen, die ihrerseits tarifgebunden sind, würde ich ebenfalls als kartellrechtlich kritisch einstufen. Zwar werden hier nicht in ähnlich offensichtlicher Weise die Einkaufskosten harmonisiert wie im vorangegangenen Beispiel. Das Kartellrecht beruht allerdings auf dem Selbständigkeitspostulat, wonach die Unternehmen am Markt selbständig und ohne Koordinierung mit ihren Wettbewerbern zu agieren haben⁵⁶. Die Abstimmung unter Wettbewerbern darüber, bei welchen Lieferanten eingekauft wird und welche Lieferanten boykottiert werden (selbst wenn diese Lieferanten nur generisch beschrieben und nicht individuell benannt werden⁵⁷), steht in offensichtlichem Widerspruch zu dem das autonome Marktverhalten schützenden Wettbewerbsprinzip. Zu fragen ist auch, ob dieses Verhalten nicht von dem Regelbeispiel des Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV erfasst wird.

Der denkbare Einwand, dass die sich koordinierenden Unternehmen die Tarifgebundenheit ihrer Zulieferer nicht im eigenen Interesse durchsetzen, dürfte nicht weiterhelfen, da die Motivation der Beteiligten für eine Verhaltenskoordinierung kartellrechtlich irrelevant ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass der Beschluss eines Arbeitgeberverbands beziehungsweise die Abstimmung unter den Unternehmen der Arbeitgeberseite, sich – im Anschluss an eine entsprechende tarifvertragliche Regelung – auf dem Markt beim Einkauf von Waren oder Dienstleistungen in einer bestimmten Weise koordiniert zu verhalten, das konkrete Risiko eines ernsthaften Kartellrechtsverstoßes birgt. Es erscheint mit anderen Worten kartellrechtlich äußerst problematisch, den Kollektivmechanismus, der nur innerhalb des Geltungsbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG kartellrechtlich immun ist, am Markt zur Verfolgung von Zielen einzusetzen, die den zulässigen Rahmen des Tarifvertrags überschreiten.

c) Freistellung von der Wettbewerbsbeschränkung?

§ 2 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV ermöglichen die Freistellung (sprich: Legalisierung) von Vereinbarungen, die unter das Kartellverbot fallen. Hierzu müssen vier Bedingungen erfüllt sein:

⁵⁶ EuGH 16.12. 1975 – 40/73 (Fn. 46), 1942 (Suiker Unie/Kommission); EuGH 14.7. 1981 – 172/80 (Fn. 46), 2031 (Züchner).

⁵⁷ Siehe BKartA 8.9. 1993 – B9-712000-OV-13/93, WuW/E BKartA 2611 („Schnäppchenführer“).

- (i) die Vereinbarung muss zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen;
- (ii) die Verbraucher müssen eine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Gewinn erhalten;
- (iii) die Beschränkungen müssen für die Verwirklichung der Ziele unerlässlich sein und
- (iv) die Vereinbarung darf den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Es erscheint mir recht schwierig, eine solche Freistellung für Vereinbarungen zu begründen, in denen sich Nachfrager abstimmen, nur bei tarifgebundenen Lieferanten einzukaufen.

Man müsste hierzu argumentieren, dass die Vereinbarung darauf abzielt, die Entlohnung und die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in den Zulieferunternehmen zu verbessern. In diesem Zusammenhang ließe sich auf die sogenannte Querschnittsklausel des Art. 147 Abs. 2 AEUV verweisen, wonach „das Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen berücksichtigt wird“. Zudem hat die EU-Kommission jedenfalls in einem Verfahren von 1994 (Stichting)⁵⁸ die Freistellung einer Rationalisierungsvereinbarung auch mit sozialpolitischen Aspekten begründet (die Vereinbarung begründe annehmbare soziale Bedingungen und verbessere die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die betroffenen Unternehmen).

Insgesamt allerdings ist unverkennbar, dass eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV den Nachweis von „Effizienzgewinnen“ voraussetzt⁵⁹. In ihrer Bekanntmachung⁶⁰ zu dieser Vorschrift unterscheidet die Kommission zwei Arten von Effizienzgewinnen, nämlich zum einen die Senkung der Produktionskosten und zum anderen qualitative Effizienzgewinne. Die erstere Kategorie scheidet vorliegend von vornherein aus, da der ausschließliche Einkauf bei tarifgebundenen Unternehmen eher zur Steigerung der Produktionskosten führen dürfte. Als qualitative Effizienzgewinne sieht die Kommission im Wesentlichen die Verbesserung der

58 Entscheidung der Kommission vom 29.4. 1994 in einem Verfahren gemäß Artikel 85 des EG-Vertrags (Sache IV/34.456 – Stichting Baksteen) (Amtsblatt EG 1994 L 131/15).

59 Aicher/Schuhmacher, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band II, Loseblattausgabe, 25. Ergänzungslieferung 2005, Art. 81 EGV Rn. 256 ff.

60 Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08) (Amtsblatt EU 2004 C 101/97 Rn. 43).

Produktqualität beziehungsweise Produktinnovationen an. Auch hierunter dürfte eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in den Zulieferbetrieben nicht fallen.

Zur Schwierigkeit des Nachweises von Effizienzgewinnen kommt hinzu, dass auch eine angemessene Verbraucherbeteiligung an diesen Gewinnen aufzuzeigen wäre – hier wird man argumentativ wohl in noch größere Schwierigkeiten gelangen.

Insgesamt sieht es auf der Ebene der Freistellung somit nicht sehr vielversprechend aus für tarifvertragliche Klauseln, die das Einkaufsverhalten der Arbeitgeber-Unternehmen auf tarifgebundene Zulieferer beschränken. Dasselbe wird gelten für die Verpflichtung, Leiharbeiter nur noch bei Verleiher „einzukaufen“, die höhere Löhne oberhalb der Zeitarbeitstarife zahlen – hier ist noch weniger ersichtlich, wie sich Effizienzgewinne begründen lassen.

d) Boykottaufruf

§ 21 Abs. 1 GWB verbietet den Boykottaufruf. Danach dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen nicht ein anderes Unternehmen oder eine andere Vereinigung von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren auffordern.

Die Gewerkschaften kommen (nach hier vertretener Auffassung) als „Verrufer“, also als derjenige, der zum Boykott aufruft, nicht infrage, da sie nicht als Unternehmen handeln⁶¹. Soweit Gewerkschaften also etwa auf spezifische Industrieunternehmen einwirken, mit nicht tarifgebundenen Lieferanten keine Geschäfte zu betreiben, liegt meines Erachtens kein kartellrechtlich relevanter Boykottaufruf vor.

Anders wäre es allerdings, wenn es zu tarifvertraglichen Regelungen kommt, in denen sich beispielsweise die Arbeitgeber verpflichten, nur solche Wäschereien mit der Pflege der Arbeitskleidung zu beauftragen, die ihrerseits tariflich gebunden sind. Solche Bestimmungen laufen Gefahr, gegen das Boykottverbot zu verstoßen.

Normadressat kann hier der Arbeitgeberverband⁶² sein, wenn er seine Mitgliedsunternehmen dazu auffordert, mit nicht tarifgebundenen Wäschereien kein Geschäft mehr zu betreiben.

61 Siehe ebenso *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Fn. 31), § 21 Rn. 5.

62 Zur Unternehmenseigenschaft von Dachverbänden siehe Kammergericht 23.3.1994 – Kart 19/93, WuW/E OLG 5308 („Schnäppchenführer“).

Die Mitgliedsunternehmen im Arbeitgeberverband sind in diesem Fall die Adressaten des Boykottaufrufs. Der Umstand, dass der Aufruf positiv formuliert ist („Geschäfte sollen nur mit tarifgebundenen Wäschereien gemacht werden“), ändert nichts an der darin implizit enthaltenen Aufforderung, Geschäftsverbindungen mit nicht tarifgebundenen Wäschereien abzulehnen⁶³. Der Boykott erfolgt auch gegenüber „bestimmten“ Unternehmen⁶⁴ – denn hierzu reicht es aus, wenn diese Unternehmen hinreichend bestimmbar sind, dem Adressaten des Boykottaufrufs also klar ist, auf welche Unternehmen er seine Geschäftsbeziehungen beschränken soll⁶⁵.

Die Absicht der Beeinträchtigung des Geschäfts der nicht tarifgebundenen Wäschereien dürfte ebenfalls zu bejahen sein – denn Ziel des Vorgehens ist es ja gerade, durch das Einwirken auf das Geschäft der nicht tarifgebundenen Wäschereien auf diese Druck auszuüben.

Der Boykottaufruf indiziert die Unbilligkeit der Beeinträchtigung⁶⁶. Anerkannte Rechtfertigungsgründe für einen Boykottaufruf sind

- der Schutz zulässiger Vertriebs- und Bezugsbindungen oder gewerblicher Schutzrechte (vorliegend nicht einschlägig);
- die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs (vorliegend nicht einschlägig)⁶⁷;
- die Wahrnehmung berechtigter Interessen (dazu sogleich)⁶⁸ und
- die Ausübung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (vorliegend nicht relevant)⁶⁹.

63 *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattausgabe, 64. Ergänzungslieferung 2007, § 21 Rn. 37 f.

64 Die Unternehmenseigenschaft der Wäschereien oder Zulieferer im Allgemeinen ist, seit der 4. Novelle 1980, in welcher der vorherige Begriff „Wettbewerber“ durch „Unternehmen“ ersetzt wurde, in der überwiegenden Zahl der Fälle unproblematisch zu bejahen. Vgl. *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Fn. 31), § 21 Rn. 8.

65 BGH 10.10. 1989 – KZR 22/88, WuW/E BGH 2603 („Neugeborenentransporte“); siehe auch *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 21 Rn. 18.

66 Dagegen *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 65), § 81 Rn. 122, die bei Vorliegen der nachfolgend genannten Fälle eine fehlende Verwirklichung des Tatbestands sehen.

67 Hierzu unter anderen: BGH 25.10. 1988 – KRB 4/88, WuW/E BGH 2562 („markt-intern-Dienst“).

68 OLG Düsseldorf 16.11. 2004 – VI-Kart 24-27/03 Owi, WuW/E DE-R 1384 f. („DSD“).

69 *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 63), § 21 Rn. 62 ff.

Die Wahrnehmung berechtigter Interessen setzt eine Interessenabwägung voraus⁷⁰. Selbst wenn man davon ausginge, dass die fraglichen Arbeitgeber-Unternehmen ein berechtigtes Interesse an der Tarifbindung ihrer Lieferanten haben (was bereits sehr zweifelhaft ist), so dürfte eine kollektive Bezugssperre gerade in Hinsicht auf die Stärke der Einschränkung der Willensfreiheit des Boykottierten jedenfalls ein unverhältnismäßiges Mittel zur Verfolgung dieses Interesses darstellen⁷¹.

e) Missbrauchs- und Behinderungsverbot

Auf das kartellrechtliche Missbrauchs- und Behinderungsverbot will ich abschließend nur summarisch hinweisen.

Marktbeherrschende Kartelle unterliegen dem Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV und des § 19 GWB. Soweit Unternehmen in Umsetzung überschüssender tarifvertraglicher Regelungen daher ihr Nachfrageverhalten am Markt koordinieren, sind sie Normadressaten dieses Missbrauchsverbots. Verboten und bußgeldbewehrt ist hierbei unter anderem die Erzwingung von unangemessenen Einkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen. Auch unbillige Liefersperren (etwa mit Blick auf die fehlende Tarifbindung der Lieferanten) könnten möglicherweise einen solchen Missbrauch darstellen.

§ 20 Abs. 1 und 2 GWB spricht für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ein Verbot der unbilligen Behinderung und der Diskriminierung aus, soweit sie entweder marktbeherrschend sind oder von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen abhängig sind. Diese Vorschrift greift allerdings nicht für verbotene Kartelle – sie kann also nur eingreifen, wenn die Koordinierung des Nachfrageverhaltens der Arbeitgeber-Unternehmen (in Umsetzung einer Regelung des Tarifvertrags) nicht unter das Kartellverbot fällt (etwa mangels spürbarer Wettbewerbsbeschränkung).

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Es spricht viel dafür, dass der Anwendungsbereich für das Kartellrecht eröffnet ist, soweit die Tarifparteien Absprachen treffen, die nicht mehr die Löhne und Arbeitsbedingungen der von der Gewerkschaft vertretenen Arbeitnehmer betreffen, sondern Vorgaben für das Verhalten der Mitgliedsunternehmen im Wirtschaftsverkehr machen.

70 Rixen, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 63), § 21 Rn. 74 ff.; Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 65), § 21 Rn. 41.

71 Siehe hierzu insbesondere BGH 28.9. 1999 – KZR 18/98, WuW/E DE-R 395 („Beteiligungsverbot für Schilderpräger“).

2. Meines Erachtens werden die Gewerkschaften, wenn sie mit den Arbeitgeberverbänden solche Vorgaben vereinbaren, allerdings nicht als „Unternehmen“ tätig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie diese Vereinbarungen (wie im Regelfall) aus gewerkschaftspolitischen Zielen treffen. Es gibt allerdings Stimmen im Schrifttum, die dies anders sehen und die Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaften dann bejahen, wenn sie etwa über tarifvertragliche Absprachen fremdes Unternehmensverhalten am Markt beeinflussen.
3. Handeln die Gewerkschaften bei „überschießenden“ Tarifregelungen nicht unternehmerisch, sind sie auch keine Normadressaten der Kartellrechtsregeln und können insbesondere nicht gegen das Kartellverbot verstoßen.
4. Damit würden diejenigen Absprachen, die die Gewerkschaften mit einzelnen Unternehmen (im Gegensatz zu einem Arbeitgeberverband) treffen, ebenfalls von den meisten kartellrechtlichen Verboten nicht erfasst werden, da diese zumeist die Unternehmenseigenschaft beider Parteien der Vereinbarung voraussetzen.
5. Werden hingegen das Marktverhalten der Unternehmen regulierende Absprachen zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband getroffen, wird die Entscheidungsfindung auf Arbeitgeberseite regelmäßig den Beschluss einer Unternehmensvereinigung, eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Unternehmen darstellen. Eine solche Regelung muss sich daher am Kartellverbot messen lassen.
6. Soweit die betreffende Regelung zur Vereinheitlichung des Marktverhaltens der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbands führt, besteht ein konkretes und signifikantes Risiko, dass diese Verhaltenskoordination einen Kartellverstoß darstellt.
7. Die Chancen, dass sozialpolitische Argumente die Freistellung der Verhaltenskoordination vom Kartellverbot rechtfertigen könnten, sind eher klein.
8. Wenn die Arbeitgeberverbände mit einer Gewerkschaft Regelungen darüber treffen, mit welchen Lieferanten sie Geschäfte machen beziehungsweise verweigern, haben sie das Verbot des Boykottaufrufs zu beachten. Aufforderungen von Verbänden an ihre Mitglieder, Leistungen oder Waren nur von bestimmten Lieferanten zu beziehen, bergen das hohe Risiko eines Verstoßes gegen das Boykottverbot.
9. Bei (aufgrund tarifvertraglicher Absprachen) koordiniertem Vorgehen gegenüber ihren Lieferanten und sonstigen Vertragspartnern haben die Mitgliedsunternehmen der Arbeitgeberverbände zudem das Miss-

brauchs- und Behinderungsverbot zu beachten (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV).

Diskussion

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

Vielen Dank, Herr Dr. *Wessely*, für dieses komplementäre Referat zu den Verhandlungen am heutigen Vormittag. Ich habe aus diesem Referat vier Haupteckenkenntnisse gezogen. Erstens: Die Gewerkschaften sind fein raus, die Arbeitgeberverbände müssen ein Stück weit aufpassen. Zweitens: Beim Firmentarifvertrag gilt deshalb anderes als beim Verbandstarifvertrag. Drittens: Die Stahlvereinbarung ist kartellrechtlich kritisch. Viertens: Die Wäschereivereinbarung verstößt gegen die Wettbewerbsfreiheit. Das waren vier Kernthesen, die ich im Kopf behalten habe, und sie geben reichlich Stoff zur Diskussion.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Vielen Dank, Herr Dr. *Wessely*, für den schönen Vortrag. Ich habe als Arbeitsrechtler wieder sehr, sehr viel über das Kartellrecht gelernt. Dafür danke ich sehr. Ich habe zwei Fragen. Eine Frage hat auch *Abbo Junker* schon angeschnitten. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, sagen Sie, kartellrechtlich problematisch ist der Zugriff auf den Arbeitgeberverband. Wenn also eine Gewerkschaft auf ein einzelnes Unternehmen zugreift, ist das kartellrechtlich nicht so problematisch. Was ist denn, wenn die Gewerkschaft den Zugriff auf Einzelunternehmen als Strategie formuliert? Wie sieht dies das Kartellrecht? Muss man das genauso behandeln wie die Parallele zum Arbeitgeberverband oder ist es als Einzelzugriff zu behandeln, der kartellrechtlich dann nicht so problematisch wäre?

Die zweite Frage zielt noch einmal Richtung Abgrenzung Kartellrecht – kollektives Arbeitsrecht. Da haben Sie gesagt – mit *Thomas Ackermann* und vielen anderen –, die Trennlinie zieht Art. 9 Abs. 3 GG. Das leuchtet ein. Jetzt fragt sich natürlich, wer entscheidet über die Trennlinie? Darüber wurde schon gesprochen bei der Tagung in Ludwigsburg vor zwei Jahren. Da war ich nicht dabei, aber ich habe den Tagungsband natürlich studiert. Akzeptiert das Kartellrecht gewissermaßen die Vorgaben des Arbeitsrechts? Die Arbeitsrechtler – möglicher auch das BAG – tendieren vielleicht dazu, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen etwas weiter auszulegen als andere. Also akzeptiert das Kartellrecht das, was das Arbeitsrecht vorgibt hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG oder wird das Kartellrecht insoweit autonom entscheiden und damit die ordentliche Gerichtsbarkeit? Das wären die beiden Fragen. Vielen Dank.

Dr. Thomas Wessely, Freshfields Bruckhaus Deringer, Brüssel:

Also die erste Frage war: Wie kann man das Kartellverbot umgehen, indem man statt mit dem Arbeitgeberverband abzuschließen getrennte Individualvereinbarungen mit mehreren Arbeitgeberunternehmen abschließt? Nein, kann man nicht. Das ist die relativ klare Antwort. Da gibt es die Figur des sogenannten Sternvertrags oder teilweise auch *hub and spoke*-System genannt, das heißt, dass man sich abspricht über einen Dritten, der als Schaltzentrale für die Absprachen unter den Wettbewerbern dient. So ein Vorgehen würde auch unter das Kartellverbot fallen.

Die zweite Frage: Das ist natürlich ein weites Feld, darüber hat es schon ganze Tagungen gegeben. Ich bin davon überzeugt, dass das Verhältnis in Deutschland geregelt ist zwischen kollektivem Arbeitsrecht und dem Kartellrecht aus dem Art. 9 Abs. 3 GG, der Basis ist für ein System, das mit Gegenmachtprinzip arbeitet, das mit Kollektivmechanismen arbeitet und das vorgelagert im Kartellrecht. Das Kartellrecht gilt im Übrigen, wird aber durch diesen spezielleren Mechanismus überlagert oder verdrängt, so dass aus meiner Sicht – so hatte ich auch die herrschende Meinung verstanden – der Art. 9 Abs. 3 GG – so verstehe ich auch den EuGH – hier definiert, wie weit die Immunität gegen das Kartellrecht reicht.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Auch von meiner Seite ganz herzlichen Dank für den sehr illustrativen und konsistenten Vortrag. Drei Fragen, die sich speziell auf das Thema der Leiharbeit beziehen: Meine erste Frage wäre, ob die Fallgestaltungen, die Sie geschildert haben, alle nach demselben Strickmuster gelöst werden können. Auf der einen Seite geht es um die Einflussnahme auf Unternehmen, die bestimmte Güter und Dienstleistungen herstellen, und die Zielsetzung einer Tarifforderung besteht darin, auf die dort herrschenden Arbeitsbedingungen einzuwirken. Das Besondere bei der Leiharbeit scheint mir zu sein, dass es aus der Perspektive der Leiharbeitsunternehmen um Dienstleistungen geht, aus der Perspektive der Arbeitnehmer aber darum, dass gerade abhängige Arbeit innerhalb der Entleiherunternehmen geleistet wird. Da wäre die Frage, ob man das in jeder Hinsicht gleich behandeln kann oder ob es doch Unterschiede gibt?

Zweitens: In wirtschaftlicher Hinsicht wird es wahrscheinlich so sein, dass in dem Augenblick, in dem die Leiharbeitsunternehmen dazu gebracht werden sollen, ihren Arbeitnehmern höhere Entgelte zu zahlen, sie diese höheren Entgelte natürlich den Entleihern in Rechnung stellen. Das wird gewissermaßen eingepreist. Es geht im Grunde genommen also darum, die

Mehrkosten schlicht und einfach durchzuleiten. Frage: Spielt das irgendeine Rolle, dass gewissermaßen die Dienstleister wirtschaftlich ohnehin nicht belastet sind, sondern es einfach nur um das Hin- und Hergeschiebe von Entgelt geht?

Ein dritter Punkt: Gerade beim Stahltarifvertrag ist die Überlegung, ob das nicht möglicherweise eine Regelung ist, die gar nicht das Verhalten der Entleiher gegenüber den Verleihern regeln soll, sondern die einen Anreiz geben will, dass durch den Tarifvertrag ein Entgeltanspruch oder ein Zahlungsanspruch, ein Schadensersatzanspruch, der Leiharbeiternehmer gegen den Entleiher begründet wird. Man kann dies konstruieren als einen Tarifvertrag zugunsten Dritter. Das heißt: Spielt es kartellrechtlich eine Rolle, dass in Wirklichkeit das Verhalten des Entleihers gegenüber Arbeitnehmern geregelt wird und möglicherweise gar nicht das Verhalten des Entleihers gegenüber Dienstleistern?

Thomas Wessely:

Ich hoffe, ich bekomme die Fragen noch zusammen. Ihre zweite Frage ist mir am besten in Erinnerung. Dort hatten sie gefragt ...

Abbo Junker:

Die erste Frage bezog sich auf die Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung, ob Sie nicht aus den Spezialitäten dieses Gebiets – wenn ich es einmal ganz grob zusammenfassen kann – nicht doch Einschränkungen Ihrer Überlegungen herleiten müssen.

Thomas Wessely:

Aus welchen Spezialitäten? Ich glaube, die erste Frage habe ich nicht ganz verstanden.

Rüdiger Krause:

Der Ausgangspunkt waren Fallgestaltungen, in denen auf die Hersteller von Gütern eingewirkt wird. Im Kern ging es dabei um die Frage, ob durch die Nachfragemacht bei einem Nachfrager von diesen Gütern Einfluss auf die Arbeitsbedingungen beim Güterproduzenten genommen werden kann. Bei der Leiharbeit haben wir es dagegen mit der Situation zu tun, dass das marktfähige Gut, um das es geht, nicht ein körperliches Produkt ist. Es ist eine Dienstleistung, genauer eine abhängige Dienstleistung. Es werden Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt, die in den Produktionsprozess beim

Entleiher integriert sind. Meine Frage lautet deshalb: Spielt das eine Rolle? Ist das kartellrechtlich relevant?

Thomas Wessely:

Das spielt keine Rolle. Es gibt natürlich die Märkte für Güter und für Dienstleistungen. Hier geht es um eine Dienstleistung, wenn durch Personen oder durch Arbeitnehmer erbracht. Entscheidend ist, dass die Situation wohl so konstruiert ist. Zum Beispiel: Thyssen Krupp hat keine arbeitsvertraglichen Beziehungen, so verstehe ich es, zu den Leiharbeitnehmern, sondern hat einen ganz normalen Dienstleistungsvertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen und kauft von außen eine Dienstleistung ein. Dass die Dienstleistung von abhängig Beschäftigten erbracht wird, ist normal und führt zu keinen Besonderheiten.

Abbo Junker

Dann kämen Sie jetzt zur zweiten Frage, die Ihnen hoffentlich noch Erinnerung ist. Ansonsten hat Herr *Krause* noch das Mikrofon.

Rüdiger Krause:

Es geht um das Durchreichen der Entgelte. Normalerweise hat man ja die Vorstellung, dass Märkte beeinflusst werden, indem bestimmte Anbieter nicht mehr zum Zuge kommen. Hier geht es darum, dass sie natürlich in derselben Art und Weise zum Zuge kommen, nur müssen sie die Entgelte, die den Arbeitnehmern gezahlt werden, schlicht und einfach dem Entleiher in Rechnung stellen.

Thomas Wessely:

Ich glaube, Ihre Frage zielt darauf ab: Macht es einen Unterschied oder ist es relevant, dass die Lieferanten gar nicht geschädigt sind, weil die Bestellerunternehmen sich selbst schädigen und – vorausgesetzt, die Marge bei den Zeitarbeitsunternehmen bleibt unverändert – ist es trotzdem kartellrechtlich ein Verstoß? Die Antwort ist: Ja, es ist ein Verstoß. Es werden die Einkaufskosten harmonisiert. Es geht nicht um die Schädigung der Marktgegenseite, sondern es geht um die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Stahlunternehmen. Wenn ich mich dort indirekt genau auf den Mechanismus, den Sie geschildert haben, auf die gleichen Einkaufspreise für Zeitarbeitsdienstleistungen einige, ist es eine Harmonisierung der Kosten, die verboten ist.

Abbo Junker:

Die dritte Frage habe ich auch vergessen. Wir müssen also Herrn *Krause* noch einmal bitten.

Rüdiger Krause:

Darf ich die Frage trotzdem stellen? Es geht darum, dass der Stahlarbeitsvertrag – er ist in seiner Struktur etwas komplex – Ansprüche wegen der Leiharbeitnehmer gegen die Entleiher vorsieht, wohlgemerkt für den Fall, dass bestimmte Vorkehrungen in den Arbeitnehmerüberlassungsverträgen nicht getroffen werden. Die Frage ist, ob das auch kartellrechtlich eine Rolle spielt, wenn im Grunde genommen Arbeitsbedingungen reguliert werden? Wenn also ein Anspruch des Leiharbeitnehmers geschaffen wird, der zwar in keiner arbeitsvertraglichen Beziehung zum Entleiher steht, der aber natürlich abhängig Beschäftigter ist. Spielt das unter Umständen eine Rolle?

Thomas Wessely:

Da regelt der Stahltarifvertrag im Beschäftigungsverhältnis, was ihm gar nicht unterliegt, dass dadurch das Kartellrecht zur Anwendung kommt. Dieser Mechanismus, der eigene Anspruch des Leiharbeitnehmers gegen das Stahlunternehmen, verstärkt noch die Harmonisierung der Kosten und dadurch wird endgültig sichergestellt, dass alle Stahlunternehmen die gleichen Personalkosten an der Stelle haben.

Abbo Junker:

Durch die Punktation bei den Fragen sind wir trotz Ihres hervorragenden Zeitmanagements bei dem Vortrag etwas in Bedrängnis gekommen, deswegen würde ich die vier Diskussionsredner, die ich noch auf meiner Liste habe, beginnend mit Herrn *Lobinger*, bitten, auf die Zeit zu achten, damit wir nicht ins Gedränge kommen.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Ich glaube, hier haben wir auch wieder ein Legitimationsproblem. Wenn Sie etwas herausverhandeln für Arbeitnehmer, die gar nicht von ihnen vertreten werden, müsste man überlegen, ob dort eine hinreichende Legi-

timiation besteht, weil sich das negativ auswirken kann auf die eigene Klientel, wenn die Kosten im Unternehmen steigen. Meine Fragen sind aber ganz andere. Herr Wessely, wenn es keine technische Kartellvereinbarung ist, habe ich Schwierigkeiten damit, dass wir sagen: „Wenn du den einzelnen Arbeitgeber in Anspruch nimmst, sind wir raus, wenn du aber den Verband in Anspruch nimmst, weil zwischen den Verbandsunternehmen durch den Beschluss eine Art faktische Vereinbarung hergestellt wird, sind wir drin.“ Das finde ich *ad hoc* komisch, insbesondere vom Ergebnis her. Deswegen meine Frage zunächst einmal: Müsste man dann nicht eventuell eine Brücke bauen, indem man sagt – ich habe da ganz wenig Ahnung –, an sich müssten wir doch auch bei dem einzelnen Arbeitgeber auf das allgemeinere Institut der Dienstleistungsfreiheit zurückgreifen, wenn hier eine Behinderung stattfindet – also bei einem potenziell grenzüberschreitenden Tatbestand innerhalb des Binnenmarktes –, weil jetzt nämlich Anbieter aus dem Ausland behindert werden, auch wenn es keine technische Kartellvereinbarung ist. Das erinnert mich doch ein bisschen an die Entscheidung Rüffert. Dort erfolgt die Behinderung über ein Gesetz. Ob das hier dann nicht ähnlich wäre? Wenn wir jetzt aber auf den rein nationalen Markt gehen, dann müssen wir vielleicht auch noch einmal weiterfragen. Da sind wir in den Besonderheiten des GWB. Das hat aber doch in gewisser Weise wohl auch eine allgemeine zivilrechtliche Grundlage. Auch da müsste man sich fragen – ich weiß, wir haben das nie hinbekommen vor dem GWB, Stichwort: Deutschland als Land der Kartelle –, ob das nicht doch sehr nach § 138 BGB riecht, wenn ich auf einmal eine Vereinbarung schließe, bei der es nur darum geht, einem Dritten den Marktzugang oder wettbewerbliches Verhalten zu verbauen. Ist das GWB dann nicht letztlich *lex specialis* zu § 138 BGB, wenn man es richtig nimmt und vielleicht auch die Geschichte noch hinzunimmt?

Thomas Wessely:

Sie sagen vom Ausgangspunkt her, das sei komisch: Der eine Fall wird erfasst, der andere wird nicht erfasst. Das Ganze ist nicht mehr so komisch wenn man sich überlegt, wo kann überhaupt die Wettbewerbsbeschränkung herkommen? Ich gehe noch einmal einen Schritt zurück: Wettbewerbsbeschränkungen sind verboten in zwei Formen. Es gibt einseitige Wettbewerbsbeschränkungen – dafür reicht einer aus, wie der Name sagt. Für zweiseitige oder koordinierte Wettbewerbsbeschränkungen brauche ich mindestens zwei Parteien. Bei dem Kartellverbot, über das Sie auch sprachen, brauchen Sie zwei Parteien, die untereinander den Wettbewerb beschränken. Die Gewerkschaft und das Industrieunternehmen können untereinander nicht den Wettbewerb beschränken, so vereinfacht die These, so dass Sie zumindest zwei Industrieunternehmen brauchen, damit Sie

überhaupt die Wettbewerbsbeschränkung konstruieren können. Deswegen ist es in einem Fall erfasst – nämlich bei der Arbeitgebervereinigung – und im anderen Fall – zwischen Gewerkschaften und Unternehmen, das sind keine tauglichen Kartellpartner – ist es nicht erfasst. Für einen Kartellrechtler ist es nicht so komisch. Der erste Fall kann aber erfasst sein, wenn Sie eine einseitige Wettbewerbsbeschränkung haben, aber dann ist der Einfluss der Gewerkschaft unerheblich, wenn das Industrieunternehmen seine Marktmacht missbraucht, möglicherweise angestiftet durch die Gewerkschaft, ohne dass die Anstiftung irgendeine rechtliche Bedeutung hätte. Dort benötigen Sie andere Voraussetzungen. Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen sind nur verboten, wenn sie Marktmacht haben, sonst ist der Grundsatz, dass der Wettbewerb das heilt. Sie können sich als Unternehmen am Markt unfair verhalten, generell. Ich rede jetzt nur vom Kartellrecht, vom UWG. Sie können Lieferanten sagen: „Euer Management passt uns nicht.“ Es können völlig unsachliche Gründe sein; Sie können tun was Sie wollen. Das ist im Kartellrecht nicht rechtswidrig, es sei denn, Sie haben Marktmacht. In dem Augenblick ist der Mechanismus „Wettbewerb“ betroffen. Sonst ist der Wettbewerb nicht betroffen. Das mag unfein sein oder unmoralisch, aber das ist nicht Gegenstand des Kartellrechts.

Die Dienstleistungsfreiheit – um noch einen Satz dazu zu sagen – kann hier betroffen sein – ich glaube, das hat Herr *Rieble* sich schon im Detail angesehen. Das sehe ich allerdings auch so, dass sie betroffen sein kann. Aber das ist ein ganz anderes Feld.

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

Ich habe eine Frage, die an den Vormittag anknüpft. Wir haben heute Morgen gelernt, dass es Unterschiede gibt zwischen normativen und schuldrechtlichen Vereinbarungen. Die Auswahl der Subunternehmer oder Verleiher fällt schon gar nicht unter die Tariftmacht des TVG, weil es nicht die eigenen Arbeitsbedingungen sind. Dann kann es von vornherein nur um schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den Parteien gehen. Aber – das ist meine zentrale Frage – fallen schuldrechtliche Vereinbarungen überhaupt unter die kartellrechtliche Immunität? Oder ist es nicht so, dass nur der wenigstens potenziell mögliche normative Tarifvertrag nach dem nationalstaatlichen Tarifvertragssystem diese Immunität genießen kann, so dass alles, was jedenfalls tariflich nicht ginge, sondern nur schuldrechtlich geht, *per se* immer der Kartellrechtskontrolle unterfällt?

Thomas Wessely:

Kann ich nur mit „ja“ bestätigen. Das ist völlig richtig.

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

Ich wollte nur eine ergänzende Bemerkung machen zu der Wortmeldung des Kollegen *Krause*. Das betrifft die Leiharbeit. Ich meine, wir müssen überlegen, wie weit Art. 9 Abs. 3 GG geht. Das Grundprinzip ist, dass man keine arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer hat. Es besteht aber dort die Möglichkeit, Direktionsrechte auszuüben und wir müssen uns aus der Perspektive von Art. 9 Abs. 3 GG einmal grundlegend Gedanken darüber machen, ob es nicht doch die Möglichkeit gibt, auch unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG diese Beziehung zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer, die jetzt schon durch das Direktionsrecht geprägt wird, tarifvertraglich regelbar zu machen. Wenn das *Lobingersche* Legitimationsproblem beseitigt ist, weil die tarifschließende Gewerkschaft die Leiharbeitnehmer tatsächlich auch vertritt, muss aus arbeitsrechtlicher Sicht einmal darüber nachgedacht werden, wie weit die Möglichkeit auf Art. 9 Abs. 3 GG beruht, auch diese Beziehung ganz oder teilweise tarifvertraglich zu regeln. Dann würden wir diese kartellrechtliche Angreifbarkeit teilweise oder ganz beseitigen. Das ist, glaube ich, ein Teil der Hausaufgaben, die die Arbeitsrechtler noch machen müssen.

Harms Lefnaer, Bundesarbeitgeberverband Glas und Solar e.V., München:

Eine Verständnisfrage: Ich habe Sie so verstanden, dass eine der Voraussetzungen für ein Kartell nicht vorliegt in den besagten Fragen, da die Gewerkschaft beim Abschluss von Tarifverträgen nicht einem wirtschaftlichen Eigeninteresse folgt oder eine wirtschaftliche Eigentätigkeit durchführt. Frage? Dann bestreite ich, falls es so sein sollte.

Thomas Wessely:

Können Sie noch erläutern, inwiefern? Dann wird es ein bisschen anschaulicher.

Harms Lefnaer:

Die Gewerkschaft schließt Tarifverträge auch deshalb ab, damit ihre Beiträge steigen und damit ihre Beitragszahler sich vergrößern. Ob das wirtschaftlich ist, kann man streiten. Das ist meine Frage. Auch die wirtschaftlichen Unternehmen, die die Gewerkschaften unterhalten, sind rein gemeinnützig und altruistisch. Glaube ich nicht.

Thomas Wessely:

Die Frage ist, ob die Gewerkschaften am Markt tätig werden, wenn sie den Herstellern von Waren – also in Stahlunternehmen – Vorgaben machen für den Einkauf von Waren, bei welchen Lieferanten bezogen wird. Dort haben die Gewerkschaften gewisse Interessen, die ich als gewerkschaftspolitische Interessen bezeichnet habe, wo sich auch – zulässigerweise aus meiner Sicht – generell als Interesse die Ausweitung der Mitglieder, die finanzielle Gesundheit der Gewerkschaft mit erfasst sind. Das ist aber etwas anderes als ein Tätigwerden am Markt, wo ich mich am Güteraustausch beteilige. Das Verbandsinteresse, das die Gewerkschaft mitverfolgt – ich bin bei Ihnen, dass hier die Tarifabsprachen als Instrument eingesetzt werden für etwas, für das sie dort gar nicht dienen sollen, das, was ich als überschießende Absprache bezeichne. Ich würde aber nicht so weit gehen zu sagen: „Dadurch wird es eine wirtschaftliche Tätigkeit.“ Es bleibt eine verbandspolitische Motivation, die dahintersteht.

Abbo Junker:

Damit ist meine Rednerliste erschöpft. Ich wollte Ihnen noch einmal ganz herzlich für diesen sehr konzisen und klaren Vortrag und vor allem für diese sehr konzisen Reaktionen auf die zahlreichen Fragen danken. Sie haben den engagierten Fragen und der Diskussion entnommen, dass wir Ihren kartellrechtlichen Sachverstand gern genutzt haben, Herr *Wessely*, und wahrscheinlich – wenn die Pause jetzt nicht vor uns stehen würde – gern weiter nutzen würden. Nach der Pause kommt in Gestalt des Vortrags von *Martin Franzen* ein weiterer Höhepunkt des heutigen Tages.

Kampfmittleinsatz für außertarifliche Regelungen

Martin Franzen

Seite

I. Einleitung.....	121
II. Zugriff auf das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf dem Gütermarkt oder dem Arbeitsmarkt als grundlegende Weichenstellung.....	122
1. Beeinflussung des Nachfrageverhaltens der Unternehmen auf den Gütermärkten.....	122
2. Beeinflussung des Nachfrageverhaltens der Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt.....	123
3. Zwischenergebnis.....	124
III. Tarifliche Regelbarkeit und Erkämpfbarkeit.....	125
IV. Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Regelungen.....	127
1. Vorbemerkung: Denkbare Inhalt schuldrechtlicher Regelungen.....	127
2. Folgen für die Erkämpfbarkeit.....	129
a) Wohl überholt: Vollständiger Ausschluss des Arbeitskampfs.....	129
b) Erkämpfbarkeit nur der tarifnormersetzenden Koalitionsvereinbarungen?.....	130
c) Grundsätzliche Erkämpfbarkeit aller Koalitionsvereinbarungen nach Art. 9 Abs. 3 GG.....	130
d) Fazit.....	132
V. Das Beispiel außertariflicher Regelungen über Standortortscheidungen.....	132
1. Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.....	132
2. Regelung durch Tarifnormen.....	133
3. Regelung durch schuldrechtliche Vereinbarung.....	134
VI. Kartellrechtliche oder allgemein zivilrechtliche Schranken?.....	136
1. Kartellrecht.....	137
2. Allgemeines Zivilrecht: § 826 BGB beziehungsweise § 823 Abs. 1 BGB.....	138

a) Keine Privilegierung von Koalitionsvereinbarungen außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG	138
b) Auf die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedin- gungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zielende Koali- tionsvereinbarungen.....	139
VII. Zusammenfassende Thesen.....	141
Diskussion	143

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten* (München 2012), S. 119-142

I. Einleitung

Mein Thema lautet: „Kampfmittleinsatz um außertarifliche Regelungen“. Es geht um die Frage: Inwieweit können Regelungen erstreikt werden, die auf das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt und auf den Gütermärkten Zugriff nehmen? Bekannte und auch viel diskutierte Beispiele sind etwa die Einflußnahme der Gewerkschaften auf die Entscheidungen der Unternehmen, einen Standort zu schließen, zu verlagern oder aufrechtzuerhalten oder das Verbot, bestimmte Dienstleistungen fremdzuvergeben, Tochtergesellschaften damit zu betrauen – oder ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt der Tarifvertragsparteien¹. Beispiel für letzteres – also die Beeinflussung von Unternehmensentscheidungen auf den Gütermärkten – ist etwa die gewerkschaftliche Forderung, daß der Arbeitgeber Aufträge nur an Unternehmen vergibt, die tarifgebunden sind oder wenigstens den Tarif bezahlen (tarifpolitische Tariftreueregelung). Aus dem Bereich der Leiharbeit gibt es bei den Entleihern Tarifverträge, welche diese verpflichten, auf ihre Verleiher hinzuwirken, während der Überlassungszeiten den Gleichbehandlungsgrundsatz nach dem AÜG zu beachten².

Meine Aufgabe ist es also nun, gewissermaßen in einer Gesamtschau, solche Regelungen unter der Fragestellung zu untersuchen, ob diese mit Kampfdruk erzwungen werden können. Sieht man von der Problematik der Standortschließung oder -verlagerung ab, werden solche Regelungen wohl selten Mobilisierungswirkung unter den Arbeitnehmern entfalten können. Gleichwohl ist die Frage der Erzwingbarkeit solcher Regelungen praktisch für die Verhandlungssituation wichtig: Darf die Gewerkschaft mit dem Verlangen nach solchen Regelungen Streikdruck entfalten, wird die Forderung vermutlich ein anderes Gewicht erlangen, als wenn dies nicht der Fall ist.

Ausgangs- und Endpunkt der Überlegungen ist zunächst Art. 9 Abs. 3 GG und das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Die herrschende Auffassung versteht darunter die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird oder die sich regulierend auf den Arbeitsmarkt auswirken³. Damit sind nicht nur unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis bezogene Lohn- und Arbeitsbedingungen gemeint, son-

1 Siehe jüngst BAG 26.1. 2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808.

2 Siehe dazu die Informationen von *Karthaus*, „Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen.“ – Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern in der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie, AuR 2010, 494, 496 f.

3 Siehe nur *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, Art. 9 GG Rn. 71 mit weiteren Nachweisen.

dern darüber hinaus auch wirtschaftliche Entscheidungen des Unternehmens einbezogen, sofern diese noch einen Bezug zum Arbeitsverhältnis im weitesten Sinne haben⁴. Darüber haben wir heute schon eine ganze Menge gehört. Ich möchte das nicht wiederholen. Vielmehr möchte ich beginnen mit einer grundlegenden Unterscheidung, nämlich der Frage: Will die Gewerkschaft auf das Nachfrageverhalten des Unternehmens auf dem Arbeitsmarkt oder dem Gütermarkt zugreifen (unten II)? Im Anschluß daran werde ich den bekannten Zusammenhang von tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit aufarbeiten (unter III) sowie die Erstreikbarkeit schuldrechtlicher Regelungen zwischen Tarifvertragsparteien darstellen (IV) und dies am Beispiel der Regelungen über „Standortentscheidungen“ erläutern (V). Zum Abschluß (VI) gehe ich auf die allgemeinen Regeln (Kartellrecht, Zivilrecht) ein.

II. Zugriff auf das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf dem Gütermarkt oder dem Arbeitsmarkt als grundlegende Weichenstellung

In meinen einleitenden Bemerkungen habe ich bereits darauf hingewiesen, daß wir es grob gesprochen mit zwei Gruppen von Regelungen zu tun haben: Beeinflussung des Nachfrageverhaltens der Unternehmen auf den Gütermärkten und auf dem Arbeitsmarkt.

1. Beeinflussung des Nachfrageverhaltens der Unternehmen auf den Gütermärkten

In der einen Gruppe versuchen die Gewerkschaften, das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf den Gütermärkten zu beeinflussen. Die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Arbeitnehmer dieser Unternehmen sind unmittelbar nur in seltenen Fällen betroffen. Ein Beispiel hierfür wäre der Fall, daß die Gewerkschaft das Einkaufsverhalten der Unternehmen in Bezug auf Arbeitsmittel beeinflussen möchte und es hierbei um Fragen des Arbeitsschutzes geht⁵. Regelmäßig sind die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG nicht unmittelbar, sondern allenfalls mittelbar betroffen, nämlich dann, wenn die gewerkschaftliche Forderung darauf zielt, tarifvertragliche Regelungsstandards in der Lieferkette zu stabilisieren. Die Gewerkschaft mag für diese Regelungsstandards bei Zulieferern oder Kunden noch zuständig sein, weil ihr satzungsgemäßer Betätigungsbereich soweit reicht – wie dies beispielsweise bei

⁴ Krause, in: *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht, 2007, § 1 Rn. 30, S. 15.

⁵ Siehe dazu das Beispiel bei *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 388 mit Fn. 150: Die Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft vereinbarte mit der Tarifgemeinschaft deutscher Länder, daß bei der Waldarbeit nur Motorsägen-Kettenöle mit dem Umweltzeichen „Blauer Engel“ verwendet werden dürfen.

der früheren IG Metall-Kampagne „Saubere waschen mit Tarif“ der Fall war, weil die IG Metall seit der Fusion mit der Gewerkschaft Textil und Bekleidung im Jahr 1998 auch Arbeitnehmer in Wäschereien organisiert⁶. Das Unternehmen, welches in die Pflicht genommen wird, und dessen Arbeitnehmer haben mit diesen tarifvertraglichen Regelungsstandards allerdings nichts zu tun. Aus Sicht dieser Arbeitnehmer handelt es sich hierbei um fremde Arbeitsbedingungen, die hier gestützt werden sollen, nämlich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Kunden- oder Zulieferbetrieb. Aus Sicht des Unternehmens, welches die Forderung der Gewerkschaft erfüllen soll, sind es „reine“ Wirtschaftsbedingungen – nämlich die Frage, welcher Kunde oder Lieferant beauftragt wird und mit welchem Inhalt dies geschieht.

Das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf den Gütermärkten zu steuern, gehört aber auch dann nicht mehr zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dieser Unternehmen und deren Arbeitnehmer, wenn dadurch mittelbar Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen anderer Unternehmen und deren Arbeitnehmer gestaltet werden sollen. Das in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Recht, zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden und sich darin betätigen zu können, bezieht sich regelmäßig auf die *eigenen* Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Damit ist noch nicht gesagt, daß damit jede Unterstützung drittbetroffener Arbeitnehmer ausscheiden muß. Das Phänomen des Unterstützungstreiks ist bekannt und vom BAG im Jahr 2007 grundsätzlich zugelassen worden⁷.

2. Beeinflussung des Nachfrageverhaltens der Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt

Grundlegend anders ist die Lage, wenn die Gewerkschaft Regelungen erstrebt, mit denen das Nachfrageverhalten des Unternehmens auf dem Arbeitsmarkt beeinflusst werden soll. Hierher gehören die Fälle der Standortschließung, -verlagerung, Fremdvergabe oder Ausgründung. In diesen Konstellationen sucht die Gewerkschaft in der Regel zu erreichen, daß das Unternehmen seine Nachfrage nach eigenen Arbeitskräften in den Formen des Arbeitsrechts aufrechterhält. Dies kann man grundsätzlich noch als Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG begreifen und zwar gerade der eigenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Ob solche Regelungen im Einzelfall unter

6 Siehe dazu Rieble, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt, 2010, S. 103, 106 Rn. 10.

7 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = SAE 2008, 1 mit Anmerkung Konzen = JZ 2008, 102 mit Anmerkung Junker.

welchen Voraussetzungen erstreikt werden können, bedarf freilich noch der differenzierten Betrachtung (unten III und IV).

Dazwischen steht die Leiharbeit: Hier rekrutiert das Unternehmen Personal, so daß es an sich auf dem Arbeitsmarkt tätig wird. Aber es überläßt die für den Unternehmer geltenden arbeitsmarkttypischen Risiken – das Verwendungsrisiko, das Arbeitsentgeltrisiko – einem externen Dienstleister – dem Verleiher, welcher das Personal stellt. Das Arbeitnehmer entleihende Unternehmen tritt somit auf dem Gütermarkt auf, um seine Nachfrage nach Arbeitskräften zu befriedigen. Damit korrespondiert, daß das Unionsrecht die Arbeitnehmerüberlassung stets als Ausübung der Dienstleistungsfreiheit begriffen hat – sowohl die Rechtsprechung des EuGH⁸ als auch die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG⁹ lassen sich in diese Richtung deuten. Für die hier vorliegende Fragestellung bedeutet dies: Die Beeinflussung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Leiharbeitnehmer über das Vehikel des Entleihunternehmens und deren Arbeitnehmer gehört nicht zu deren Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Eine Privilegierung unter dem Aspekt des Art. 9 Abs. 3 GG scheidet damit zunächst aus. Der Sache nach geht es um die Unterstützung für die Regulierung der (fremden) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Leiharbeitnehmer.

3. Zwischenergebnis

Aus dieser Grundunterscheidung folgt: Wollen die Gewerkschaften das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf dem Gütermarkt durch kollektive Maßnahmen steuern, befinden wir uns in Bezug auf die angegangenen Unternehmen und deren Arbeitnehmer regelmäßig nicht mehr im Anwendungsbereich des Begriffspaares der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Eine Privilegierung gewerkschaftlicher Maßnahmen unter diesem Aspekt entfällt von vornherein. Soweit das Regelungsziel der Gewerkschaften allerdings funktional auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in Drittunternehmen gerichtet ist, ist der Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der dort betroffenen Arbeitnehmer eröffnet. Diese Grundwertung ist bei der allgemein zivilrechtlichen Beurteilung solcher Maßnahmen mit zu berücksichtigen (siehe dazu unten VI 2). Es bleiben somit zunächst nur die Konstellationen übrig, in denen es um die eigenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Arbeitnehmer in den Unternehmen geht, für welche die zu regelnden Forderungen auch erhoben waren – also Standortschließung, Fremdvergabe etc.

8 EuGH 17.12. 1981 – 279/80, Slg. 1981, 3305 Rn. 10 (Webb).

9 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EG 2008 L 327/9).

III. Tarifliche Regelbarkeit und Erkämpfbarkeit

Nach der Rechtsprechung des BAG und der wohl herrschenden Auffassung hängen die tarifliche Regelbarkeit eines Gegenstands und seine Erkämpfbarkeit zusammen. Es gilt der Satz: „Alles was tariflich normativ regelbar ist, muß auch erkämpft werden können“¹⁰. Das BAG hat die bekannte und dem belgischen Arbeitsrechtler *Blanpain* zugeschriebene Formulierung verwendet, daß Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als „kollektives Betteln“ seien¹¹.

In der Literatur existieren freilich Stimmen, die den Grundsatz der Erkämpfbarkeit jeglicher zulässiger Tarifnormen einschränken und einen „Freiwilligkeitsvorbehalt“ formulieren wollen¹². So nennt beispielsweise *Otto* einige Regelungsbereiche, in denen Tarifverträge nur freiwillig ohne Arbeitskampf abgeschlossen werden können sollen, ohne allerdings eine für alle Fallgruppen einheitliche Begründung zu entwickeln: Tarifverträge durch die Kirchen, tarifvertragliche Modifikation der Arbeitskampffregeln, Rationalisierungsschutztarifverträge sowie Tarifverträge zur Beschäftigungs- und Standortsicherung¹³. *Wiedemann* bejaht den Grundsatz der Erkämpfbarkeit tariflicher Regelungen für die traditionellen Schutzgegenstände der Inhalts- und Beendigungsnormen, während er für Betriebs-, Betriebsverfassungsnormen und Normen über gemeinsame Einrichtungen nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand differenzieren möchte, allerdings ohne nähere Kriterien anzugeben¹⁴.

10 BAG 12.9. 1984 – 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter A I 2 b; *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982 Rn. 261 f.; *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, 1973, S. 125; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 384; *Rieble*, Die tarifliche Schlichtungsstelle nach § 76 VIII BetrVG, RdA 1993, 140, 146 Fn. 67; *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch (Hrsg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, 170.2 Rn. 34 ff.

11 BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf und BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 168/79, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (jeweils unter A I 2 a). Vermutlich geht dieses Bild aber auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis zurück, da es dort Bestandteil eines Wortspiels sein kann (collective bargaining, collective begging); siehe auch *Thüsing*, Vereinbarte Betriebsratsstrukturen, ZIP 2003, 693, 701 mit Fn. 69.

12 Vgl. *Buchner*, Anmerkung zu BAG 10.12. 2002 – 1 AZR 96/02, RdA 2003, 363, 367; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 1069 f.; *Rolfs/Clemens*, Erstreikbarkeit firmenbezogener Verbandstarifverträge?, DB 2003, 1678.

13 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 15; in dieselbe Richtung *Gamillscheg* (Fn. 12), S. 1069 f.

14 *Wiedemann*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz (TVG), 6. Aufl. 1999, § 1 Rn. 255; ihm folgend in der 7. Aufl. *Thüsing*, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG,

Ich selbst habe versucht, beim 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch im Jahr 2004 aus den Grundsätzen der Verfassungsdogmatik Folgerungen zu ziehen: Hier stehen sich zwei Grundrechtspositionen gegenüber: Auf Seiten der Gewerkschaften und deren Mitglieder das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, was den Abschluß von Tarifverträgen und deren streikweise Erzwingung einschließt. Auf Seiten des Arbeitgebers die in Art. 12 GG geschützte unternehmerische Freiheit, über das „Ob“ der Aufrechterhaltung des Unternehmens und das Nachfrageverhalten auf den Gütermärkten zu entscheiden. Beide Grundrechtspositionen müssen – so dieser Ansatz – im Wege praktischer Konkordanz zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden. Dies führt dazu, daß ein Kampfverbot ein milderer Mittel gegenüber dem Ausschluß jeglicher Tarifierungsbefugnis sein kann¹⁵.

Das BAG hat solche Ansätze allerdings bisher nicht ausdrücklich aufgegriffen. Dies zeigt insbesondere das „Sozialplanstreik“-Urteil vom 24.4. 2007¹⁶. Man kann die Linie, die das Gericht dort eingeschlagen hat, folgendermaßen zusammenfassen: Die zuständige Gewerkschaft darf zu einem Streik zu allen Regelungsgegenständen aufrufen, die im normativen Teil eines Tarifvertrags niedergelegt werden können. Daher war die Streikforderung nach verlängerten Kündigungsfristen, Qualifizierungsmaßnahmen und Abfindungsregelungen zulässig, weil es sich bei diesen Forderungen um Inhalts- beziehungsweise Beendigungsnormen handelt und sie daher dem Katalog des § 1 Abs. 1 TVG zugeordnet werden können. Das Gericht prüft nicht, ob mit diesen Forderungen der Zweck verfolgt wird, die unternehmerische Entscheidung – Rationalisierungsmaßnahmen, Standortschließungen etc. – selbst zu verhindern. Die Höhe und der Umfang der Tarifforderung könnte hierfür ein Indiz sein. Das BAG nimmt aber eine entsprechende Kontrolle nicht vor, weil es für die Gewerkschaften typischerweise keine Aussicht gebe, Streikziele uneingeschränkt durchzusetzen. Eine tariflich regelbare Streikforderung gehe regelmäßig über dasjenige Maß hinaus, bei dessen Erreichen die Gewerkschaft zu einem Tarifabschluß bereit wäre. Die Streikforderung habe die Funktion, Mitglieder zu motivieren und Tarifverhandlungen zunächst einmal in Gang zu bringen¹⁷.

Daraus folgt für das Kampfverhalten von Gewerkschaften: Auf der sicheren Seite ist eine Gewerkschaft, wenn sie das an sich begehrte Ziel der Be-

7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 342; siehe auch *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, 7. Aufl., Einleitung Rn. 444.

15 Siehe näher *Franzen*, Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte?, in: *Rieble* (Hrsg.), *Zukunft des Arbeitskampfes*, 2005, S. 141, 146 ff. Rn. 10 ff.; ähnlich *Gamillscheg* (Fn. 12), S. 345.

16 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan.

17 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 16), Rn. 100.

einflußung der unternehmerischen Entscheidung in tariflich regelbare Formen gemäß dem Katalog des § 1 Abs. 1 TVG gießen. Geht es der Gewerkschaft um die Aufrechterhaltung des Standorts, sind nach der Rechtsprechung des BAG Streikforderungen zulässig, die auf Abfindungsregelungen, lange Kündigungsfristen und Qualifizierungsmaßnahmen zielen. Beim Verbot der Fremdvergabe wäre dies etwa die Forderung nach einem Ausschluß betriebsbedingter Kündigungen oder die Forderung nach sehr langen Kündigungsfristen. Hinsichtlich der Regulierung der Leiharbeit im Bereich des Entleiher sind die Möglichkeiten der Gewerkschaft naturgemäß sehr eingeschränkt, weil über den Entleiher auf die Arbeitsvertragsgestaltung des Verleihers nicht zugegriffen werden kann¹⁸. Man kann aber daran denken, daß die Gewerkschaft die Tarifforderung gegenüber dem Entleiher aufstellt, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Entleiher im Hinblick auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu erweitern – etwa von dem gesetzlichen, an Gründe gebundenen Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG¹⁹ hin zu einer gesetzlichen Zwangsschlichtung mittels Einigungsstelle nach dem Vorbild des § 87 BetrVG. Das wäre dann eine betriebsverfassungsrechtliche Tarifnorm. Aufgrund des von der herrschenden Auffassung und der Rechtsprechung aufgestellten Junktims zwischen tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit ist der Streik um eine solche Tarifforderung danach zulässig, weil betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrechte nach der herrschenden Auffassung durch Tarifvertrag erweitert werden können²⁰ und damit auch der Streik eröffnet ist²¹.

IV. Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Regelungen

1. Vorbemerkung: Denkbarer Inhalt schuldrechtlicher Regelungen

Schuldrechtliche Regelungen können von ihrem Inhalt her in drei Fallgruppen eingeteilt werden: tarifnormersetzende Koalitionsvereinbarun-

-
- 18 Siehe dazu näher *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit*, 2009, S. 65, 75 ff. Rn. 21 ff.
 - 19 Ständige Rechtsprechung, aus jüngster Zeit etwa BAG 9.3. 2011 – 7 ABR 137/09, NZA 2011, 871 Rn. 22 ff.
 - 20 BAG 30.5. 2006 – 1 AZR 111/05, AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 (unter B III 2 b); BAG 18.8. 1987 – 1 ABR 30/86, AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 (unter II 2 b) und BAG 10.2. 1988 – 1 ABR 70/86, AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972 (unter II 2); BAG 21.6. 2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271, 273.
 - 21 Siehe auch BAG 29.7. 2009 – 7 ABR 27/08, SAE 2010, 30 mit Anmerkung *Meyer* = NZA 2009, 1424 = EzA § 3 BetrVG 2001 Nr. 3 Rn. 40 zur Erstreikbarkeit von Tarifverträgen nach § 3 BetrVG.

gen, tarifnormüberschreitende Koalitionsvereinbarungen, Koalitionsvereinbarungen außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG²².

Zunächst ist denkbar, daß eine Koalitionsvereinbarung eine Tarifnorm nur ersetzt, weil die beteiligten Koalitionen keinen Tarifvertrag schließen wollten (tarifnormersetzender Koalitionsvertrag) – etwa aus verbandsrechtlichen Gründen. Beispiel hierfür wäre der dem Urteil des BAG vom 14.4. 2004 zugrunde liegende Sachverhalt²³. Es ging um die Umsetzung eines „Lehrerpersonalkonzepts“ in Mecklenburg-Vorpommern, das konkrete Personalmaßnahmen zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen vorsah – wie Arbeitszeitverkürzung, Abfindungszahlung bei Auflösungsvertrag etc. Der Inhalt dieses Konzepts hätte unproblematisch in einem Tarifvertrag geregelt werden können, weil es sich hierbei um Inhalts- und Beendigungsnormen im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG handelte. Das BAG legte die Abrede aber nicht als Tarifvertrag aus, sondern als schuldrechtlichen Normenvertrag, weil die Arbeitgeberseite ausdrücklich erklärt hatte, einen Tarifvertrag nicht abschließen zu wollen²⁴.

Die nächste Kategorie (zweite Fallgruppe) sind Koalitionsvereinbarungen, welche normativ als Tarifvertrag nicht geregelt werden können, weil sie von ihrem Inhalt her nicht unter die Normenarten des § 1 Abs. 1 TVG fallen (tarifnormüberschreitende Koalitionsvereinbarung). Das Spektrum ist hier weit gespannt und erfaßt etwa Themen wie Altersvorsorge, Berufsbildung, demographischer Wandel, Beschäftigungssicherung. Zum Teil handelt es sich hierbei um Absichtserklärungen der Sozialpartner. Sie sind in der Chemiebranche häufig anzutreffen²⁵. Häufig betreten die Tarifpartner mit solchen Regelungen tarifpolitisches Neuland und scheuen sich aus diesem Grund, echte Rechtsnormen zu begründen²⁶. Vom Gegenstand her kann man die meisten dieser Vereinbarungen noch unter Art. 9 Abs. 3 GG fassen, weil sie sich noch dem Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zuordnen lassen.

Und schließlich gibt es Koalitionsvereinbarungen, welche auch diesen Bereich verlassen (Koalitionsvereinbarungen außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG – dritte Fallgruppe). Wie alle anderen Privatrechtssubjekte können die Tarifvertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit Vereinbarungen

22 Siehe zur Einteilung etwa *Grub*, Außertarifliche Sozialpartner-Vereinbarungen im System des kollektiven Arbeitsrechts, 2001, S. 86 f.

23 BAG 14.4. 2004 – 4 AZR 232/03, AP Nr. 188 zu § 1 TVG Auslegung.

24 BAG 14.4. 2004 – 4 AZR 232/03 (Fn. 23).

25 Übersicht über die Vielzahl der Regelungsbereiche in der Broschüre Bundesarbeitgeberverband Chemie (Hrsg.), „Außertarifliche Sozialpartner-Vereinbarungen“, 2007.

26 Vgl. *Zachert*, „Jenseits des Tarifvertrags? – Sonstige Kollektivvereinbarungen der Koalitionen“, NZA 2006, 10, 11.

schließen; sie bewegen sich dann nicht mehr im Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, sondern nur noch im Bereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und müssen dann die allgemeinen Regeln beachten²⁷. Hierher kann man beispielsweise Vereinbarungen zum Umweltschutz²⁸, Produktgestaltungen, Festlegung der Produktpalette sowie die Preisgestaltung rechnen.

2. Folgen für die Erkämpfbarkeit

Was folgt aus dieser Typologie für die Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Regelungen? Zunächst: Arbeitskämpfe um Regelungen der dritten Fallgruppe sind stets unzulässig, weil sie sich nicht mehr im Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG bewegen²⁹.

a) Wohl überholt: Vollständiger Ausschluss des Arbeitskamps

Im übrigen ist die Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Abreden im Schrifttum umstritten. Eine Auffassung lehnt dies grundsätzlich ab, weil Arbeitskämpfe nur soweit privilegiert seien, wie sie darauf gerichtet seien, die Arbeitsbedingungen der Tarifunterworfenen zu gestalten. Davon könne man nur bei normativer Regelung der Arbeitsbedingungen ausgehen³⁰. Die heute herrschende Auffassung folgt dem mit Recht nicht³¹. Lehnt man die Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Regelungen ab, handelt man sich praktische Schwierigkeiten ein: Oft ist zum Beginn eines Streiks noch gar nicht erkennbar, in welche rechtliche Form – normative oder schuldrechtliche – eine Forderung gegossen werden soll. Außerdem können die Tarifvertragsparteien bewußt auf die normative Regelung einer Materie verzichten. Schließlich lassen sich manche Gegenstände wie etwa Maßregelungsverbote oder Wiedereinstellungsklauseln, aber auch Erweiterung der Friedenspflicht oder Schlichtungsabkommen nur in schuldrechtlichen Regelungen vereinbaren³². Zumindest solche Regelungen müßten auch erstreikbar sein, wenn die Arbeitgeberseite zum Abschluß derartiger Verein-

27 Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht-Kommentar, 4. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 281.

28 Siehe die Vereinbarungen zum Thema Umweltschutz in Bundesarbeitgeberverband Chemie (Fn. 25), S. 133 ff.

29 Siehe nur Gamillscheg (Fn. 12), S. 1071; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 27), Art. 9 GG Rn. 281.

30 Siehe etwa Mayer-Maly, Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966, 1067, 1069.

31 Siehe etwa Otto (Fn. 13), § 5 Rn. 20 mit weiteren Nachweisen; Gamillscheg (Fn. 12), S. 1070; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 27), Art. 9 GG Rdnr. 280.

32 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 488.

barungen nicht bereit ist. Schuldrechtliche Regelungen sind demnach mit der heute wohl herrschenden Auffassung grundsätzlich auch erstreikbar.

b) Erkämpfbarkeit nur der tarifnormersetzenden Koalitionsvereinbarungen?

Nicht vollständig geklärt ist allerdings, ob nur solche schuldrechtlichen Abreden erkämpfbar sein sollen, die ebenso im normativen Teil des Tarifvertrags enthalten sein könnten oder wenigstens mit diesem in unmittelbarem Zusammenhang stehen – wie etwa Regelungen über Friedenspflicht und Schlichtung. Damit wäre die Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen auf diejenigen beschränkt, die sich von ihrem Inhalt her den Normenarten des § 1 Abs. 1 TVG zurechnen ließen – in der von mir aufgestellten Typologie die erste Fallgruppe der tarifnormersetzenden (einschließlich der tarifnormdienenden) Koalitionsvereinbarungen³³. Für diese Auffassung läßt sich das Argument fruchtbar machen, daß der Streik nach deutschem Rechtsverständnis dienende Funktion im Hinblick auf die Verwirklichung der Tarifautonomie hat und somit ein Streik zulässig ist, wenn er um tariflich regelbare Inhalte geführt wird. Ein Streik muß sich also in den Grenzen der Tarifmacht halten, was grundsätzlich bedeutet, daß sich das Regelungsziel den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Normenarten zuordnen läßt. Ferner wäre es schwer nachvollziehbar, wenn eine als Tarifnorm unzulässige Regelung über den Umweg einer schuldrechtlichen Vereinbarung doch erzwungen werden könnte³⁴. Es spricht also einiges dafür, schuldrechtliche Regelungen nur insoweit für erkämpfbar zu halten, wie diese Inhalt des normativen Teils des Tarifvertrags sein könnten.

c) Grundsätzliche Erkämpfbarkeit aller Koalitionsvereinbarungen nach Art. 9 Abs. 3 GG

Andererseits könnte dieser Ansatz schuldrechtliche Koalitionsverträge doch übermäßig einengen. Schuldrechtliche Koalitionsverträge werden vielfach über neuartige Regelungsgegenstände jenseits der klassischen Arbeitsentgelt- und Arbeitszeitabreden abgeschlossen. Bei solchen Regelungen etwa zur demographischen Entwicklung oder zum Gesundheitsschutz ist häufig ungewiß, inwieweit solche Regelungen normativer Tarifvertragsgestaltung zugänglich sind. Würde man die Erstreikbarkeit solcher Regelungen von vornherein ablehnen, würden die Gewerkschaften

33 In dieser Richtung wohl *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 422, 425.

34 Siehe etwa *Otto* (Fn. 13), § 5 Rn. 22; *Hergenröder*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 27), Art. 9 GG Rdnr. 280; Nachweise zum älteren Schrifttum bei *Seiter* (Fn. 32), S. 490 Fn. 36.

vor dem Hintergrund der geltenden „Rührei“-Theorie³⁵ das Risiko tragen, daß sie eine entsprechende Regelung zu einem zusätzlichen Streikziel gemacht haben. Ferner kann man den bereits vorstehend im Zusammenhang mit dem normativen Teil des Tarifvertrags erwähnten „Freiwilligkeitsvorbehalt“ auch hier fruchtbar machen³⁶.

Mit der Entscheidung, alle schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen, die dem sachlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG zugeordnet werden können, für grundsätzlich erstreikbar zu halten, ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob die Art und Weise des Zustandekommens einer derartigen Regelung im Einzelfall zulässig ist oder ob diese nicht übermäßig in Grundrechte des Streikgegners, insbesondere in dessen Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, eingreift. Dies bedeutet, daß man nicht begrifflich nach der Regelungstechnik – normativ oder schuldrechtlich –, sondern wertend danach abgrenzt, ob die Art und Weise des Zustandekommens einer solchen Regelung die Außenschranken der Koalitionsfreiheit im Einzelfall noch einhält³⁷.

Für eine solche Differenzierung zwischen Regelbarkeit und Erkämpfbarkeit im Zusammenhang mit schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen finden sich – anders als beim normativen Teil – auch Hinweise in der Rechtsprechung des BAG: So hat es in einem Urteil aus den 1970er Jahren darauf hingewiesen, daß die Pflicht des Arbeitgebers, betriebsbedingte Kündigungen zurückzunehmen, normativ in einem Tarifvertrag nicht geregelt werden konnte. Ob dies schuldrechtlich regelbar war, hat das Gericht ausdrücklich offengelassen und jedenfalls die Erstreikbarkeit dieses Kampfziels verneint³⁸. Damit hält es das Gericht – anders als beim normativen Teil des Tarifvertrags – für möglich, zwischen Regelbarkeit und Erkämpfbarkeit zu unterscheiden³⁹.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Differenzierung zwischen schuldrechtlicher und normativer Regelung eher eine rechtstechnische und begriffliche Frage ist. Diese darf man auch vor dem Hintergrund europäischer Entwicklungen nicht überbetonen⁴⁰. Aufgrund der neueren

35 Ein unzulässiges Streikziel führt zur Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks, vgl. *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 24 Rn. 11 mit Fn. 30; BAG 4.5. 1955 – 1 AZR 493/54, BAGE 2, 75, 80 = AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3).

36 Siehe oben III.

37 Ähnlich *Otto* (Fn. 13), § 5 Rn. 21.

38 BAG 14.2. 1978 – 1 AZR 76/76, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter 6 b).

39 Ebenso die Bewertung dieses Urteils von *Otto* (Fn. 13), § 5 Rn. 21.

40 Siehe dazu nur *Franzen*, Arbeitskampf und Europa, EuZA 3 (2010), S. 453 ff.

Rechtsprechung des EGMR⁴¹ zur Auslegung der Koalitionsfreiheit der EMRK (Art. 11 EMRK) erscheint es nicht ausgeschlossen, daß der deutschrechtliche Grundsatz der Tarifbezogenheit des Arbeitskampfs konventionsrechtlich stärker unter Druck gerät⁴².

d) Fazit

Insgesamt sprechen die vorgetragenen Argumente dafür, auch die von mir oben gebildete zweite Fallgruppe der tarifnormüberschreitenden Koalitionsvereinbarung, die noch „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG betrifft, für erstreikbar zu halten⁴³. Damit sind Koalitionsvereinbarungen der ersten beiden von mir gebildeten Fallgruppen grundsätzlich erstreikbar.

V. Das Beispiel außertariflicher Regelungen über Standortentscheidungen

1. Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

Was bedeutet dies nun für unsere Fragestellung? Ich möchte dies am Beispiel der „Standortentscheidung“ deutlich machen. Gewerkschaft und Arbeitgeber können vereinbaren, daß der Arbeitgeber eine bestimmte geplante Betriebsänderung nicht vornimmt, etwa einen Standort nicht aufgibt oder beibehält, oder die Fremdvergabe unterläßt. Insoweit kann man allerdings zunächst fragen, ob sich die Tarifvertragsparteien hierbei im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG bewegen. Es geht hier nicht mehr um die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit im Betrieb geleistet wird, sondern um die vorgelagerte Frage, ob ein Marktteilnehmer – der Arbeitgeber als Unternehmer – Arbeitskräfte nachfragt und damit überhaupt Arbeitsbedingungen schaffen will. Deshalb kann man daran zweifeln, ob solche Regelungen noch im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG liegen. Die herrschende Auffassung macht sich diesen Gedanken bekanntlich nicht zu eigen⁴⁴. So hält *Gamillscheg* die Stillegung eines

41 EGMR 12.11. 2008 – Nr. 34503/97, AuR 2009, 269; EGMR 21.4. 2009 – Nr. 68959/01, AuR 2009, 274.

42 BAG 10.12. 2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter B I 3 a).

43 Ebenso die wohl herrschende Auffassung: *Gamillscheg* (Fn. 12), S. 1070; *Grub* (Fn. 22), S. 121 f.; *Karsten*, Schuldrechtliche Tarifverträge und außertarifliche Sozialpartnervereinbarungen, 2004, S. 315; *Otto* (Fn. 13), § 5 Rn. 21; *Seiter* (Fn. 32), S. 489 f., 492 f.

44 Siehe beispielsweise *Dieterich*, in: ErfK (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 74 f.; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 2007, S. 59 ff.

Betriebs für einen Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz verliert, für eine „Arbeits- und Wirtschaftsbedingung ersten Ranges“⁴⁵.

2. Regelung durch Tarifnormen

Hält man Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich für eröffnet, kann ein Streik um die Pflicht des Arbeitgebers, einen Standort beizubehalten oder nicht aufzugeben, zulässig sein, wenn die angestrebte Regelung als Tarifnorm gestaltbar ist. Die einzig denkbare Normenart wäre eine sogenannte Betriebsnorm, eine Norm über betriebliche Fragen. Die Reichweite von Betriebsnormen ist äußerst umstritten und noch nicht in allen Einzelheiten geklärt. Wenn man mit *Dieterich* beispielsweise Fragen der Gestaltung des Betriebs im weitesten Sinne einbezieht⁴⁶, könnte man über das Mittel der Betriebsnorm in der Tat zu einer tariflich normativen Regelbarkeit von derartigen Fragen der Beschäftigungssicherung gelangen. So hat das BAG vor kurzem ausdrücklich offengelassen, ob das Verbot des „Outsourcing“ in einer Betriebsnorm geregelt werden könne⁴⁷. Betriebsnormen gehen über den Inhalt des einzelnen individuellen Arbeitsverhältnisses hinaus und regeln das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Belegschaft⁴⁸. Es sollen solche Arbeitsbedingungen durch Betriebsnormen einer tariflichen Regelung zugeführt werden können, die aus dem Betrieb als organisatorische Einheit resultieren. Es geht also um Arbeitsbedingungen, die nicht individuell zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgehandelt werden können, weil diese Arbeitsbedingungen in einer Wechselbeziehung zu den Arbeitsbedingungen der anderen Arbeitnehmer stehen und daher nur in dieser Wechselbezüglichkeit geregelt werden können⁴⁹. Betriebsnormen setzen aber die Existenz des Betriebs und des betrieblichen Rechtsverhältnisses voraus und betreffen damit nicht die unternehmerische Vorfrage, welcher Betrieb oder Betriebsteil erhalten oder geschlossen wird⁵⁰. Damit ist die Frage der Standorterhaltung als solche nicht durch Tarifnormen regelbar.

Dieser Befund dürfte übrigens der Grund dafür sein, daß die Gewerkschaften bei Konflikten über Standortentscheidungen jedenfalls in den bekannt gewordenen Fällen stets Tarifforderungen aufgestellt haben, welche eindeutig im normativen Teil des Tarifvertrags regelbar waren, wie etwa For-

45 *Gamillscheg* (Fn. 12), S. 220.

46 *Dieterich*, Zur Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen, Festschrift Däubler, 1999, S. 451, 458 ff.

47 BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 (Fn. 1), Rn. 25.

48 *Reim*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 317; *Löwisch/Rieble* (Fn. 33), § 1 Rn. 105.

49 *Löwisch/Rieble* (Fn. 33), § 1 Rn. 106.

50 *Fischinger*, Arbeitskampf bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 37; *Krause* (Fn. 44), S. 59.

derungen nach längeren Kündigungsfristen, Abfindungszahlungen und Qualifizierungsmaßnahmen⁵¹.

3. Regelung durch schuldrechtliche Vereinbarung

Nach der oben vorgestellten Auffassung, welche die Erkämpfbarkeit schuldrechtlicher Abreden auf normativ regelbare Gegenstände begrenzen will⁵², wären schuldrechtliche Abreden über Standortverlagerung oder -erhaltung bereits mangels tariflich normativer Regelbarkeit nicht erstreikbar. Nach der von mir vertretenen weiteren Auffassung können alle schuldrechtlichen Abreden, die sich Art. 9 Abs. 3 GG zuordnen lassen, grundsätzlich erstreikt werden. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt, weil insoweit die Außenschranken der Koalitionsfreiheit – vor allem Grundrechte des Streikgegners und insbesondere die durch Art. 12 GG geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit – berücksichtigt werden müssen. Dogmatisch muß man also praktische Konkordanz herstellen zwischen Koalitionsbetätigungsfreiheit/Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit (Art. 12 GG).

Art. 12 GG schützt die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und garantiert ohne Einschränkungen die Gründungs- und Beendigungsfreiheit, also die autonome Entscheidung der Frage, ob und wie lange eine Person das Unternehmerrisiko tragen will⁵³ – in den Worten des BAG:

„Die Geschäftsleitung entscheidet unternehmensautonom beispielsweise über Investitionen, Produktion und Vertrieb. Sie trifft grundsätzlich die Entscheidung darüber, welche Geld- und Sachmittel zu welchem Zweck eingesetzt werden und ob, was und wo hergestellt wird.“⁵⁴

Eine schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung, welche einem Unternehmen vorschreibt, die Produktion an einem bestimmten Standort aufrechtzuerhalten, berührt diese verfassungsrechtliche Gewährleistung. In solchen Fällen muß ein verhältnismäßiger Ausgleich hergestellt werden zwischen der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie. Hierbei darf weder die Unternehmensautonomie noch die Tarifautonomie so ausgeübt werden, daß die jeweils andere grundrechtliche Gewährleistung völlig leerläuft. Vielmehr sind beide Gewährleistungen so auszudeuten, daß beide jeweils bestmöglich wirksam werden⁵⁵. Diese Aufgabe erfordert es,

51 Siehe beispielsweise den Sachverhalt von BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 16).

52 Siehe oben IV 2 b.

53 Walker, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501, 513.

54 BAG 3.4. 1990 – 1 AZR 123/89, AP Nr. 56 zu Art. 9 GG (unter B II 1, Bl. 5 R).

55 BAG 3.4. 1990 – 1 AZR 123/89 (Fn. 54).

neben dem Inhalt einer möglichen kollektivvertraglichen Regelung auch die Art und Weise ihres Zustandekommens einzubeziehen. Die Tarifautonomie umfaßt im Grundsatz die Gewährleistung des Arbeitskampfs. Um Tarifverträge schließen zu können, muß der Gesetzgeber ein effektives Tarifvertragssystem zur Verfügung stellen. Arbeitskämpfe wiederum haben dienende Funktion im Hinblick auf die Herbeiführung von Tarifverträgen⁵⁶. Dies heißt jedoch nicht, daß für jede kollektivvertraglich zulässige Regelung Arbeitskampfmaßnahmen verfassungsrechtlich zwingend eröffnet sein müßten⁵⁷. Einschränkungen der grundsätzlich gewährleisteten Arbeitskampfbefugnis kommen dort in Betracht, wo die anvisierte tarifliche Regelung Grundrechtspositionen der Arbeitgeberseite tangiert.

Der Eingriff in die arbeitgeberseitig betroffene Grundrechtsposition, wie etwa Art. 12 GG bei Koalitionsvereinbarungen über die Aufrechterhaltung des Standorts, muß dann geeignet, erforderlich und proportional sein im Hinblick auf den durch die tarifliche Regelung herbeizuführenden Zweck. Dabei ist diese Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht nur auf den Inhalt der jeweiligen Regelung – wie dies die herrschende Auffassung im wesentlichen tut –, sondern auch auf die Art und Weise ihres Zustandekommens hin vorzunehmen und dabei die latente, durch den abstrakten Streikdruck vorhandene Drucksituation zu berücksichtigen. Dabei ist ein Eingriff in arbeitgeberseitige Grundrechte durch schuldrechtliche Regelungen umso eher akzeptabel, als die entsprechende Regelung nicht durch Streikandrohung erzwungen und gegen den Willen des Arbeitgebers herbeigeführt werden kann, sich also als echte „freiwillige“ Regelung darstellt. So betrachtet erscheint ein Verbot eines Arbeitskampfs als milderer, die Tarifautonomie weniger belastendes Mittel als der Ausschluss jeglicher Tarifierungsbefugnisse wegen Verstoßes gegen Grundrechte der Arbeitgeberseite, insbesondere wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG. Ein Verbot des Arbeitskampfs optimiert also beide betroffenen Grundrechtspositionen – die Tarifautonomie und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit⁵⁸.

Demgegenüber wollen namentlich *Dieterich*⁵⁹ und *Krause*⁶⁰ im Kern danach differenzieren, ob es sich auf Seiten des Arbeitgebers um eine echte Berufswahlentscheidung handelt oder vielmehr lediglich eine Berufsausübungsregelung betroffen ist: Der einzelne Unternehmer müsse frei ohne Streikdruck entscheiden können, ob er seinen Beruf ausüben und welches

56 Siehe *Gamillscheg* (Fn. 12), S. 1071.

57 Ebenso *Buchner*, Unternehmensbezogene Tarifverträge – tarif-, verbands- und arbeitskampfrechtlicher Spielraum, DB 2001, Beilage 9 S. 1, 6 ff.; im Ansatz auch *Gamillscheg* (Fn. 12), S. 340; *Rolfs/Clemens*, DB 2003, 1678.

58 Ebenso im Ergebnis bereits *Buchner*, DB 2001, Beilage 9, S. 1, 6 ff.; *Franzen*, in: *Rieble* (Fn. 15), S. 141, 146 ff., 155 ff.; *Walker*, ZfA 2004, 501, 532.

59 *Dieterich*, in: *ErfK* (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 75, 116.

60 *Krause* (Fn. 44), S. 97 ff.

unternehmerische Ziel er dabei mit welchen Mitteln verfolgen wolle. Bei Großunternehmen und Kapitalgesellschaften hätten Standortentscheidungen regelmäßig jedoch keine solch existentielle Bedeutung⁶¹. Vor diesem Hintergrund hält *Krause* im Ergebnis Streiks gegen Standortschließungen dann für zulässig, wenn „das Unternehmen floriert und die räumliche Verlagerung des Standorts lediglich dazu dient, zur Steigerung des Betriebsergebnisses teure gegen billige Arbeitnehmer auszutauschen“⁶². Diese Differenzierung zwischen Großunternehmen und Einzelunternehmen halte ich nicht für überzeugend. Es geht nicht um die Frage, ob die Standortentscheidung existentielle Bedeutung hat, sondern um die Frage, ob diese Entscheidung durch Streikdruck seitens der Arbeitnehmer beeinflusst werden darf. Eine Differenzierung nach den Gründen der unternehmerischen Entscheidung müßte Motivforschung betreiben – und das in der zugespitzten Konfliktsituation einer beginnenden kollektiven Maßnahme. Im übrigen wird dabei zu wenig berücksichtigt, daß die Gründe für eine unternehmerische Entscheidung auch im kündigungsschutzrechtlichen Kontext regelmäßig nicht überprüft werden⁶³.

Schließlich ist folgendes zu bedenken: In derartigen Situationen, in denen es um die Sicherung eines Standorts geht, kann die Gewerkschaft aufgrund des BAG-Urteils zur Zulässigkeit eines Streiks um einen Tarifvertrag sozialplanähnlichen Inhalts⁶⁴ in jedem Fall stets erkämpfbare Tarifvertragsforderungen aufstellen und damit einen Verhandlungsprozeß in Gang setzen. Ein weitergehender Zugriff auf die genuine unternehmerische Entscheidung als solche wäre daher in keiner Weise erforderlich, um berechnete Interessen der Arbeitnehmer zu artikulieren.

VI. Kartellrechtliche oder allgemein zivilrechtliche Schranken?

Koalitionsvereinbarungen der dritten Fallgruppe sind von vornherein außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG angesiedelt. Sie sind damit nicht unzulässig. Es gilt nur nicht die Privilegierung des Art. 9 Abs. 3 GG und damit unter Umständen die Möglichkeit der kampfwisen Durchsetzung. Vielmehr gelten die allgemeinen, auf alle Privatrechtssubjekte anwendbaren Regeln – das heißt im vorliegenden Kontext Kartellrecht und allgemeines Zivilrecht. Dasselbe gilt für Koalitionsvereinbarungen, welche auf das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf den Gütermärkten zugreifen wollen.

61 *Dieterich*, in: *ErfK* (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 116.

62 *Krause* (Fn. 44), S. 129.

63 Siehe nur *Oetker*, in: *ErfK* (Fn. 3), § 1 KSchG Rn. 239 mit weiteren Nachweisen.

64 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 16).

1. Kartellrecht

Über die Abgrenzung von Kartellrecht und Tarifvertragsrecht/Arbeitskampfrecht handelte das 6. Ludwigsburger Rechtsgespräch am 27.11.2009⁶⁵. Wie insbesondere *Ackermann* dort dargelegt hat, läuft die Trennlinie zwischen Kartellrecht und Tarifvertragsrecht/Arbeitskampfrecht anhand der Grenze des Art. 9 Abs. 3 GG:

„Auf den deutschen Arbeitsmarkt bezogen, schirmt Art. 9 Abs. 3 GG auf der Grundlage der hier vertretenen Albany-Konzeption [gemeint ist die entsprechende Rechtsprechung des EuGH⁶⁶] 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“⁶⁷.

„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 herunterzubrechen ist, darf intervenieren.“⁶⁸

Damit kommt Kartellrecht in der von mir gebildeten dritten Fallgruppe – Koalitionsvereinbarungen außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG – grundsätzlich zur Anwendung. Dasselbe gilt regelmäßig für diejenigen Fälle, in denen die Gewerkschaften das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf den Gütermärkten durch Koalitionsvereinbarungen beeinflussen wollen⁶⁹. In beiden Fällen befinden wir uns grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG. § 21 GWB untersagt hierbei den Boykott als Mittel wirtschaftlicher Auseinandersetzung für Unternehmen und Vereinigung von Unternehmen. Nach ganz herrschender Auffassung trifft diese Voraussetzung auf Gewerkschaften nicht zu⁷⁰. Allerdings kann auf eine mögliche Sanktionierung eines Boykotts durch § 826 BGB oder durch § 823 Abs. 1 BGB (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) zurückgegriffen werden.

65 Siehe den Tagungsband Kartellrecht und Arbeitsmarkt (Fn. 6).

66 EuGH 21.9. 1999 – C-67/06, Slg. 1999, I-5863 (Albany); ebenso EuGH 21.9. 1999 – C-115-117/97, Slg. 1999, I-6025 = NZA 2000, 201 (Brentjens’); EuGH 21.9. 1999 – C-219/97 – Slg. 1999, I-6121 (Drijvende Bokken); EuGH 21.9. 2000 – C-222/98, Slg. 2000, I-7111 (van der Woude).

67 *Ackermann*, GWB-Novelle und kartellrechtlicher Geltungsanspruch, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 6), S. 19, 36 Rn. 27.

68 *Ackermann*, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 6), S. 19, 35 Rn. 25.

69 Siehe oben II.

70 Siehe nur *Rieble*, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 6), S. 103, 116 Rn. 42.

2. Allgemeines Zivilrecht: § 826 BGB beziehungsweise § 823 Abs. 1 BGB

a) Keine Privilegierung von Koalitionsvereinbarungen außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH ist ein Boykottaufruf grundsätzlich rechtswidrig und kann durch Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein⁷¹. Diese restriktive Haltung wurde inzwischen insbesondere aufgrund der Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) relativiert⁷². So wurden Verbraucherboykotte teilweise als rechtmäßig erachtet, wenn und soweit es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelte⁷³. Diese Wertungen können in den uns interessierenden Fallgestaltungen nicht angewandt werden.

Allerdings verlangt der Umstand Berücksichtigung, daß vorliegend eine Gewerkschaft agiert, welche sich auf die Koalitionsbetätigungsfreiheit berufen kann. Nach der Rechtsprechung des BAG steht der Gewerkschaft eine Einschätzungsprärogative zu für die Beurteilung der Frage, mit welchen Mitteln sie die Koalitionszwecke verfolgt⁷⁴. Allerdings besteht unter dem Aspekt der Koalitionszweckverfolgung von vornherein kein Bedürfnis, Koalitionsvereinbarungen zu privilegieren, die außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG liegen – also die von mir gebildete dritte Fallgruppe der Koalitionsvereinbarung. Die Gewerkschaft handelt hier wie jedes Privatrechtssubjekt und muß sich somit den hierauf anwendbaren Wertungskriterien stellen. Dasselbe gilt, wenn die Gewerkschaft das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf den Gütermärkten beeinflussen will, ohne daß dies dem Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zugeordnet werden könnte⁷⁵.

71 Vgl. BGH 10.5. 1957 – I ZR 234/55, BGHZ 24, 200, 206; BGH 26.10. 1951 – I ZR 8/51, BGHZ 3, 270, 281.

72 Vgl. BGH 21.6. 1966 – VI ZR 261/64, BGHZ 45, 296, 308; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 216 f.: Aufruf zum Boykott stelle nicht schon per se einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb dar.

73 Siehe dazu etwa *Möllers*, Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts – Brent Spar und Mururoa, NJW 1996, 1374 ff.

74 Siehe nur BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03, AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter B II 2 b); BAG 19.7. 2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Rn. 11.

75 Siehe oben II.

b) Auf die Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zielende Koalitionsvereinbarungen

Anders verhält es sich aber möglicherweise, wenn es funktional um die Unterstützung fremder Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geht. Die Gewerkschaft will mit ihrer Maßnahme – Boykott oder Aufruf zur Arbeitsniederlegung – ein Unternehmen dazu bewegen, nur Kunden oder Lieferanten zu beauftragen, welche die in diesem Wirtschaftszweig üblichen Tarifstandards beachten. Insoweit muß man wiederum zwischen mehreren Fällen unterscheiden.

Unproblematisch ist aus meiner Sicht zunächst der Fall, daß der potentielle Kunde oder Lieferant diese Regelungsstandards ohnehin kraft Gesetzes oder eigener Tarifbindung einhalten muß. Ein dementsprechendes Tariftreueverlangen wäre nur deklaratorisch⁷⁶ und daher nicht sittenwidrig, weil nur verlangt wird, was der Rechtsordnung ohnehin entspricht. Allerdings ist die Durchsetzung von Rechtsansprüchen mit Hilfe von Streiks nach ganz herrschender Auffassung nicht zulässig⁷⁷. Diese Wertung muß auch hier gelten. Im übrigen steht einer Gewerkschaft gegen ein tarifgebundenes Unternehmen, das sich weigert, den mit dieser Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag anzuwenden, ein Unterlassungsanspruch zu⁷⁸. Handelt also in beiden Bereichen dieselbe Gewerkschaft – wie das beispielsweise bei der IG Metall-Aktion „Saubere waschen mit Tarif“ der Fall war –, hat die Gewerkschaft rechtliche Möglichkeiten, die Einhaltung tarifvertraglicher Standards zu erzwingen. Ein Kampfmittleinsatz scheidet dann von Rechts wegen aus.

Im Ergebnis ebenso zu behandeln ist der Fall, daß die Gewerkschaft verlangt, die Auftragsvergabe von der Mitgliedschaft des Kunden oder Lieferanten in einem bestimmten tarifschließenden Arbeitgeberverband abhängig zu machen⁷⁹. Eine solche Forderung löst einen unzumutbaren Beitrittsdruck aus und verstößt daher bereits gegen die negative oder positive Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG⁸⁰.

76 Vgl. Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 6), S. 103, 119 f. Rn. 47.

77 Siehe nur Dieterich, in: ErfK (Fn. 3), Art. 9 GG Rn. 118 mit weiteren Nachweisen.

78 BAG 20.4. 1999 – 1 ABR 72/98, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG.

79 Ebenso Rieble, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 6), S. 103, 115 f. Rn. 36 f.

80 Ebenso die Wertung des BAG (10.12. 2002 – 1 AZR 96/02 [Fn. 42]): Kampfziel, Arbeitgeber an einen bestimmten Arbeitgeberverband zu binden, verstößt gegen die Koalitionsfreiheit; ebenso BAG 19.9. 2006 – 1 ABR 2/06, AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; BAG 26.8. 2009 – 4 AZR 290/08, NJW 2010, 1017.

Schwieriger ist die Lage, wenn die gewerkschaftliche Forderung auf das Ausschließen von Kunden und Lieferanten zielt, welche die einschlägigen Tarifverträge der Branche (zulässigerweise) nicht anwenden, wie seinerzeit wohl bei der bereits erwähnten IG Metall-Kampagne „Saubere waschen mit Tarif“⁸¹. Hier geht es um die Durchsetzung von tariflichen Standards in Unternehmen, welche diese Standards nicht anwenden müssen. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit solcher Maßnahmen können aus meiner Sicht Wertungskriterien herangezogen werden, welche nach der Rechtsprechung des BAG die Zulässigkeit von Unterstützungstreiks begründet haben⁸². Wir haben es hierbei mit einer vergleichbaren Situation zu tun. Beim Unterstützungstreik benutzt die Gewerkschaft den bestreikten Arbeitgeber und seine Einflußmöglichkeiten auf das Kampfgeschehen im Hauptkampfgebiet, um dessen Ausgang zu beeinflussen und die dort aufgestellten Tarifforderungen durchzusetzen. In unserem Fall geht es zwar nicht um die Konstellation der Neu- oder Andersregelung von Tarifstandards, sondern vielmehr um die Anwendung bereits geltender tariflicher Regelungen durch noch nicht dazu bereite Unternehmen. In beiden Fällen setzt die Gewerkschaft auf den Einfluß des direkt angegangenen Unternehmens als Adressaten des Boykottaufrufs beziehungsweise Unterstützungstreiks. Die Grundwertungen sind in beiden Fällen dieselben: Die Zulässigkeit des Unterstützungstreiks soll die Funktionsdefizite der Tarifautonomie im eigentlichen Regelungsbereich überwinden helfen. Dieser Gedanke kann auf die hier vorliegende Situation der Steuerung des Nachfrageverhaltens durch tarifpolitische Tariftreue übertragen werden. Außerdem muß man folgenden Erst-recht-Schluß erwägen: Die Gewerkschaft könnte zulässigerweise ein nicht tarifgebundenes Zuliefer- oder Kundenunternehmen bestreiken mit dem Ziel, daß dieses einen Haustarifvertrag abschließt, der die Regelungen des geltenden Verbandstarifvertrags übernimmt⁸³. Hierfür wäre grundsätzlich auch der Aufruf zu einem Unterstützungstreik in dem Unternehmen denkbar, welches die entsprechenden Aufträge vergibt. Die Beeinflussung des Nachfrageverhaltens dieses Unternehmens – notfalls auch durch Androhung von Arbeitsniederlegungen – ist nun aber im Verhältnis zu einem Unterstützungstreik wohl in jedem Fall ein milderes und dieses schonenderes Mittel. Das angegangene Unternehmen hat es vollständig in der Hand, ob es dem gewerkschaftlichen Ansinnen nachkommt und damit die Drohung abwendet. Diese Situation ist beim Unterstützungstreik gerade nicht gegeben.

81 Siehe oben II.

82 Vgl. BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 7).

83 Weitergehend sogar BAG 18.2. 2003 – 1 AZR 142/02, AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf: Zulässig sei ein Verweisungstarifvertrag; zustimmend BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 74).

Das BAG hat die Zulässigkeit solcher Unterstützungstreiks davon abhängig gemacht, wie nah oder fern der Unterstützungstreik zum eigentlichen Hauptstreik steht⁸⁴. Für diese Beurteilung hat das BAG Umstände herangezogen wie die wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem bestreikten Arbeitgeber und dem Adressaten des Hauptarbeitskampfs, die Zuständigkeit derselben Gewerkschaft, Dauer und Umfang des Unterstützungstreiks und des Hauptstreiks. Von diesen Kriterien sind nicht alle auf unsere Situation übertragbar, wohl aber etwa die Zuständigkeit derselben Gewerkschaft und der Gedanke, daß der Unterstützungstreik nicht an die Stelle des Hauptstreiks treten darf. Überträgt man diese Wertungen, ergibt sich folgendes: Ein solches tarifpolitisches Tariftreueverlangen kann dann zulässig sein, wenn die Gewerkschaft ihre eigenen tariflichen Standards stützen will und eine entsprechende Forderung gegenüber dem Kunden-/Lieferantenunternehmen gestellt hat, etwa die tariflichen Standards dieser Branche ebenfalls anzuwenden. Das Tariftreueverlangen der Gewerkschaft muß sich also als echte Unterstützung der tariflichen Standards im eigentlichen Regelungsgebiet verstehen und darf nicht an die Stelle einer originären Tarifpolitik in diesem Bereich treten.

VII. Zusammenfassende Thesen

1. a) Wollen die Gewerkschaften das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf den Gütermärkten durch kollektive Maßnahmen steuern, befinden wir uns in Bezug auf die mit solchen Anliegen konfrontierten Unternehmen und deren Arbeitnehmer regelmäßig nicht mehr im Anwendungsbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG. Eine Privilegierung gewerkschaftlicher Maßnahmen unter diesem Aspekt entfällt von vornherein.

b) Soweit das Regelungsziel der Gewerkschaften allerdings funktional auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in Drittunternehmen (Kunden/Lieferanten) gerichtet ist, ist der Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der dort betroffenen Arbeitnehmer eröffnet. Dies erinnert an die Situation des Unterstützungstreiks. Diese Wertung ist bei der zivilrechtlichen Beurteilung entsprechender Maßnahmen (§ 826 BGB, § 823 Abs. 1 BGB: Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) zu berücksichtigen.

2. a) Wollen die Gewerkschaften das Nachfrageverhalten der Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt beeinflussen, ist der Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich eröffnet. Dies gilt beispielsweise für grundlegende Standortentscheidungen der Unternehmen.

84 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 7), Rn. 45.

b) Soweit die Gewerkschaften dieses Nachfrageverhalten durch Tarifnormen im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG beeinflussen wollen, können entsprechende Regelungen nach der Rechtsprechung des BAG erstreikt werden. Dies gilt etwa für längere Kündigungsfristen, Abfindungszahlungen und Qualifizierungsmaßnahmen (Stichwort: Tarifvertrag sozialplanähnlichen Inhalts).

c) Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen können grundsätzlich insoweit erstreikt werden, wie sich deren Inhalt dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG zuordnen läßt. Allerdings müssen insoweit die Außengrenzen der Koalitionsbetätigungsfreiheit beachtet und kollidierende Grundrechte Dritter, insbesondere die in Art. 12 GG geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit, beachtet werden. Dies führt dazu, daß schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen, welche die Standortentscheidung als solche beeinflussen sollen, nicht mit Kampfmaßnahmen erzwungen werden können.

Diskussion

Hermann Reichold, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Ich bedanke mich ganz herzlich beim Kollegen *Martin Franzen* für dieses differenzierte Referat einer durchaus gerade in der Praxis besonders strittigen Frage: Wo kann ich ohne Risiko streiken? Das BAG ist in seiner derzeitigen Zusammensetzung des 1. Senats im Zweifel dazu geeignet, solche kritischen Rückfragen zu erleichtern. Dieses vorweg.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard Karls Universität Tübingen:

Ich weise darauf hin, dass ich nur selten hier bin, rechnen Sie es bitte um auf alle Veranstaltungen, dann ist meine Quote – so hoffe ich – erträglich. Herr *Franzen*, Sie haben sich die Plattform für Ihre Lösung durch drei Schritte geschaffen. Sie sagten als erstes – und das kam immer wieder und ist mir besonders unter die Haut gegangen –, es seien überholte Lehren, die meinten, in solchen Fällen sei gar kein Arbeitskampf erlaubt. Ich nehme das zur Kenntnis, obwohl ich hin und wieder anderes lese und auch immerzu selber schreibe.

Das Zweite: Sie haben dann die Frage gestellt: Was ist denn nun Art. 9 Abs. 3 GG? Was gibt er denn? Sie haben eine genetische und teleologische Auslegung nicht vorgenommen, sondern Sie haben sich auf den Wortlaut gestützt. Das ist allerdings auch das einzige, was Ihnen dann noch bleibt: Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Nun nehmen Sie aber einmal die Wirtschaftsbedingungen – ich lasse die Arbeitsbedingungen ganz weg: Wo sollte dort eine Grenze der Regelungsmacht sein? Wenn Sie jetzt noch ein bisschen *Gamillscheg* hinzunehmen, den ich sehr verehere, mit Ihrem Spruch, dann ist doch schlechthin alles da drin. Irgendwie hängt alles mit der Wirtschaft zusammen, alles ist regelbar. Da werden Sie keine plausible Grenze mehr finden. Sie machen es dann, indem Sie die berühmte praktische Konkordanz nehmen. Die praktische Konkordanz, die an sich – bisher dachte ich immer, das bleibt im Bereich des öffentlichen Rechts, das wir Zivilrechtler ja nicht so schrecklich ernst nehmen, gerade weil es so diffus ist – wenn Sie das nun hineinholen in das Zivilrecht, holen Sie genau das alles hinein. Dann haben Sie ein Konglomerat von beliebigen Topoi. Dann können Sie einmal den einen nehmen und ein bisschen mehr betonen, dann den anderen. Das ergibt durchaus vernünftige Lösungen. In vielem bin ich ganz und gar Ihrer Meinung im Ergebnis. Nur die Lösung ist dann bare Willkür. Steht ein anderer vorn am Katheder, der dieselben Topoi nimmt, kann er völlig anders entscheiden. Um den nächsten Schritt von Ihnen zu nehmen: Dass dann allerdings die schuldrechtlichen Rege-

lungen auch jederzeit in demselben Belieben erkämpfbar sind, das ist einfach die logische Konsequenz. Ich würde vielleicht doch noch einmal dafür plädieren, gleich vorn anzufangen und zu überlegen, was heißt denn die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen als eine Materie, die nicht nur erlaubt, dass die beiden – die Tarifpartner – das regeln, sondern dass sie das unter manchmal sehr schmerzhafter Inanspruchnahme der gesamten Bevölkerung – denken Sie nur an die Streiks in Nahverkehrsbetrieben – regeln dürfen. Vielleicht wäre es gut, vorn schon die Weichen richtig zu stellen und einmal zu fragen, was das eigentlich soll. Denn – noch einmal – zu der praktischen Konkordanz: Da können Sie natürlich noch die unternehmerische Freiheit, die aber auch der praktischen Konkordanz unterliegt, mit hinzunehmen. Das Ganze umgerührt erlaubt Ihnen jede Entscheidung.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Vielen Dank, Herr *Picker*. Ihr Beispiel mit den Streiks in Nahverkehrsbetrieben trifft nicht unser Thema. Da sind wir uns einig, dass das Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG sind. Solche Streiks in Verkehrsbetrieben haben eine starke Außen- und Drittwirkung. Über Art. 9 Abs. 3 GG müssen wir leider immer sprechen. Ich habe versucht, Ihnen in der kurzen Zeit vorzuführen, wie die wohl herrschende Meinung das sehen würde. Wir können schon ein paar Grenzen einziehen bei Art. 9 Abs. 3 GG. Man versucht das immer irgendwie auszulegen und zu entwickeln. Sie kennen die Formel: die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird und die sich regulierend auf den Arbeitsmarkt auswirkt. Reine Wirtschaftsbedingungen sind an sich nicht erfasst, aber es gibt vielfältige Berührungspunkte wie etwa die Arbeitszeitgestaltung. Das war aber auch meine These. Ich war durchaus der Auffassung, dass es Regelungen gibt, die den Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG verlassen. Ich sehe, ehrlich gesagt, keine andere Möglichkeit als so vorzugehen, weil das unser Ausgangspunkt ist. Wir können die Verfassung nicht außen vor lassen. Ich gebe außerdem zu bedenken, dass internationale Entwicklungen auch in die Richtung tendieren, dass wir sehen oder klären müssen, was bedeutet Koalitionsfreiheit insbesondere im Sinne der EMRK. Ich weiß nicht, ob hier ein sehr stark vertragsbezogenes Modell – wie Sie das entwickeln, Herr *Picker*, so verdienstvoll das ist – anschlussfähig ist. Da habe ich meine Zweifel. Deshalb sehe ich keine andere Möglichkeit als so vorzugehen, wie ich vorgegangen bin, und das natürlich versuchen, zu konkretisieren. Dass es darauf ankommt, welche Institution über die Reichweite des Terminus „Arbeits- und Wirtschaftsbedingung“ entscheidet, ist offenkundig. Deshalb ist auch die Richterauswahl so wichtig.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Ich möchte an diese Grundsatzdiskussion nicht noch einmal anschließen, obwohl ich auch die Gegenthese vertrete, aber ich glaube, das habe ich hier in anderen Zusammenhängen schon oft genug gesagt. Ich meine auch, dass der Vortrag, bei allem Respekt, für mich noch einmal deutlich gemacht hat, warum in der Tat die Methodik fragwürdig ist. Denn ich weiß jetzt zum Beispiel überhaupt nicht, was erstreikbar ist und was nicht. Ich glaube, schon dieser Aspekt der Rechtssicherheit ist nicht zu unterschätzen. Ich hätte aber konkret noch eine Frage, *Martin*, wenn es um die tarifnormüberschreitenden Koalitionsvereinbarungen geht. Warum soll die Erstreikbarkeit auch in diesem Bereich möglich sein? Da kam bei mir als Argument nur an, dass sonst aufgrund der berühmt-berüchtigten Rühreitheorie für die armen Gewerkschaften der ganze Arbeitskampf unwirksam wäre. Das ist nun wahrlich kein Argument, das könnte man bei jeder – ich will einmal sagen – an der Grenze und im Graubereich befindlichen Tarifforderungen behaupten. Das ist das allgemeine Risiko, weshalb man dann noch einmal über die Rühreitheorie nachdenken müsste. Ich sehe deshalb nur – um es in aller Schärfe zu sagen – ein rein zirkuläres Argument.

Dann hätte ich noch eine Frage zu der letzten Folie, weil mir dort die Bezüge nicht klar waren. Jetzt geht es um die Parallele zum Unterstützungstreik, die ich übrigens in der Analyse sehr hilfreich finde. Es ging um die Erstreikbarkeit in den Bereichen, in denen die Gewerkschaft verlangt, dass nur Kunden/Lieferanten beauftragt werden dürfen, welche die tarifvertraglichen Standards ihrer Branche einhalten. Wer wird denn jetzt genau in Bezug genommen?

Martin Franzen:

Die Kunden/Lieferanten natürlich.

Thomas Lobinger:

Das heißt, wenn diese Kunden und Lieferanten – wenn ich es richtig in Erinnerung habe – ohnehin tarifgebunden sind, dann ist es kein Regelungstreik, dann ist es ein Rechtsstreik, der unwirksam ist. Wenn es ein Arbeitskampf ist, der dazu dient, den Nichttarifgebundenen zur Einhaltung dieser Standards zu zwingen, ist das dann zulässig oder ist es unzulässig? Wenn der Kunde/Lieferant nicht seinerseits Mitglied in einem Arbeitgeberverband ist, also nicht tarifgebunden ist, und ich ihn dazu

zwingen will, dass er dessen Tarifvertrag gleichwohl übernimmt oder jedenfalls anwendet.

Martin Franzen:

Aus meiner Sicht muss man die Wertungskriterien aus dem Unterstützungstreik hier mit berücksichtigen. Dann kann man nicht von vornherein sagen, dass es zulässig ist oder nicht zulässig ist. Man muss diese Kriterien berücksichtigen. Das kann dann zulässig sein.

Thomas Lobinger:

Der wird jetzt gezwungen, einen Tarifvertrag zu übernehmen, der zwar in seiner Branche herrscht, den er aber bewusst nicht übernehmen wollte. Und dazu wird er selbst dann gezwungen, wenn möglicherweise seine Arbeitnehmer sagen: „Das ist wunderbar, das ist genau der richtige Weg, unsere Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten oder zu stärken. Deswegen haben auch wir als Arbeitnehmer uns ganz überwiegend entschieden, gerade nicht in die Gewerkschaft einzutreten. Wir leben damit nämlich eigentlich sehr gut. Wir bekommen noch einen AT-Aufschlag oder sonst irgendwas.“ Und jetzt kommen nicht einmal die 10 % Gewerkschafter, die dort beschäftigt sind, und fangen mit dem Arbeitskampf an, sondern jetzt kommt aus einer ganz anderen Branche jemand und zwingt auch die Arbeitnehmer zu einem Glück, das sie gar nicht haben wollten.

Martin Franzen:

Grundvoraussetzung wird immer sein, dass es dieselbe Gewerkschaft ist. So fremd wird das nicht sein. Die Wertungskriterien des Unterstützungstreiks sind offene, wenn ich das – nur um Missverständnissen vorzubeugen – einmal sagen darf. Das sind relativ offene Kriterien; da kommt es auch immer auf die Nähe zum Hauptkampf an.

Thomas Lobinger:

Wie ist denn das noch handhabbar, gerade auch für die Gewerkschaften? Will ich als eine solche jetzt „Rabatz“ machen, um in einer Branche die Standards einer anderen herzustellen, woher soll ich denn dann wissen, ob ich nicht möglicherweise gerade einen rechtswidrigen Arbeitskampf anleiere?

Martin Franzen:

Vielen Dank, lieber *Thomas*, für die kritischen Hinweise. Die erste Frage bezog sich darauf, mit welchem Argument die Koalitionsvereinbarungen erkämpfbar sein sollen, die unter Art. 9 Abs. 3 GG fallen. Aus meiner Sicht kann man das so begründen: Im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG – wenn wir uns in dem Regelungsbereich befinden – hat die Gewerkschaft nach meiner Sicht oder auch nach Sicht der überwiegenden Auffassung und auch nach der Rechtsprechung die Möglichkeit, auch das Instrument des Streiks einzusetzen. Es besteht eine gewisse Einschätzungsprärogative nach der Rechtsprechung, in welchen Bereichen sie das tut. Soweit Art. 9 Abs. 3 GG reicht, soweit besteht auch grundsätzlich die Möglichkeit der kampfwesen Durchsetzung. Das ist das Argument.

Dr. Gerd Benrath, Arbeitgeberverband des privaten Bankgewerbes e.V., Berlin:

Zu dem Thema ein guter Hinweis meines Nachbarn, den ich weitergeben möchte: Ein Unterstützungstreik verlangt einen Hauptstreik. Die Konstellation scheint mir gar nicht so sehr gegeben bei dem, was Sie vorstellen, jedenfalls was bei mir im Kopf entsteht. Wenn ich eine Gewerkschaft habe, die quasi ein Tariftreuegesetz etablieren will – so wie das die Länder machen nur eben nach dem Motto: „Wenn Du einkaufst, Kamerad, machst Du es so als ob Du das Land Berlin wärst und hältst Dich an tarifliche Vorgaben der jeweiligen Lieferantenbranche.“ Da haben wir nicht das Thema – und deshalb ist der Hinweis gut –, dass der Arbeitnehmer gerade dabei ist, *via* Arbeitskampf Ihre Interessen durchzusetzen, sondern da kommt der große Bruder, der in Liebe und Macht versucht, etwas zu tun. Der kleine Bruder ist gar nicht am Zanken, sondern er fühlt sich wohl, jedenfalls in der Konstellation wie Professor *Lobinger* das sagt. Deshalb: aufpassen mit dem Argument!

Martin Franzen:

Das ist richtig. Ich habe auch nur versucht vorzutragen, dass wir eine Parallele ziehen müssen. Dass wir hier einen Sachverhalt haben, der nach gleichen Wertungen verlangt. Das bedeutet, dass im Hauptkampfgebiet, wo aus Ihrer Sicht Ruhe herrscht, eben nicht Ruhe herrschen darf. Zur Unterstützung von tarifpolitischen Forderungen in diesem Gebiet kann die Gewerkschaft auch solche Maßnahmen ergreifen. Das ist meine These. Darum geht es nur, wenn ich sage: „Wir müssen Wertungen, die den Unterstützungstreik zulässig machen“ – er ist nicht generell zulässig, sondern nur nach einem beweglichen System – „hier übertragen.“ Das war meine Auffassung, mehr nicht.

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

Martin, das habe ich alles verstanden, aber ich habe natürlich Einwände: Erst einmal kann man grundsätzlich fragen, ob nicht die Beschränkung der Tarifmacht auf die Regelungsgegenstände des TVG mit der normativen Begrenzung eine Einheit mit der Arbeitskampfordnung bildet. Ob also Tarifmonopol und Kampfmonopol zusammenfallen – und tariffähigen Verbänden vorbehalten sind. Natürlich ist das einfachrechtlich oder richterrechtlich denkbar, dass man das macht, dass man sagt: „Koalitionsbetätigung und Ausgestaltung sieht eben anders aus.“ So könnte man auch den Demonstrationsstreik womöglich zulassen. Das ist im Moment auch nur ein einfachrechtliches Verbot des Demonstrationsstreiks. Ich habe das Richterrecht immer so verstanden, dass man es als Einheit sieht und dass deswegen die *Franzen*-Variante c nicht in Betracht kommt. Du hast auch aus meiner Sicht ein ganz gefährliches Sachargument benutzt, denn Du hast gesagt: „Die armen Gewerkschaften können niemals neuartige Regelungskomplexe angehen, weil sie dann befürchten müssen, vom Rechtsstaat sanktioniert zu werden.“ Ich glaube, ehrlich gesagt, das ist genau umgekehrt. Man bekommt in Deutschland bei keinem Arbeitsrichter eine Streikabwehrverfügung, wenn die tarifliche Regelbarkeit des Gegenstands nur einigermaßen umstritten und im Übrigen genau mit dem Argument, sonst könnten die Gewerkschaften niemals etwas ausprobieren. Eine präventive Tarifforderungszulässigkeitsfeststellungsklage gibt es nicht. Deswegen lässt man den Kampf zu und wenn der Arbeitgeber hinterher sagt: „Es hat sich herausgestellt, das war nicht tariflich regelbar, jetzt möchte ich Schadensersatz“, dann fehlt es bei der Gewerkschaft am Verschulden. Insofern ist der experimentelle Freiraum, den schon ein etwas engeres Verständnis von normativer Wirkung im Arbeitskampf gibt, schon sehr weit. Aber Du sagst: „Das reicht nicht, da muss noch ein Schnaps oben drauf.“ Dann hast Du eine – aus meiner Sicht – schwierige Verhaltensweise: Erst schüttetest Du die Büchse der Pandora aus, sagst: „Schuldrechtlich dritte Ebene ist erkämpfbar“ und dann sammelst Du es wieder ein, indem Du sagst: „Aber jetzt im Einzelfall – Laval, Viking, Art. 12 GG – schützen wir doch ein bisschen die Unternehmerfreiheit“, indem wir sagen: „Es ist doch nicht erkämpfbar.“ Ehrlich gesagt: Das macht natürlich effektive Streikabwehr vollkommen unmöglich. Wenn erst einmal alles irgendwie erkämpfbar ist und nur noch einer Abwägung im Einzelfall vielleicht einmal die privative Tariftreue nicht geht, aber auch nur nach einer Abwägung von Konzernverflechtung, wirtschaftlicher Abhängigkeit mit Blick auf diffuse Unterstützungserwägungen des 1. Senats – dann wird es erst Recht überhaupt kein Arbeitsgericht mehr geben, das eine Untersagungsverfügung erlässt. Das heißt dann: Gewerkschaften können für alles strei-

ken; die Rechtsordnung spielt keine Rolle, weil ich keine Untersagungsverfügung bekomme, weil sie den Gewerkschaften wehtun könnte und keinen Schadensersatz bekomme, weil es nie ein Verschulden gibt. Das heißt, Du hast dann über die Grauzone letztlich die totale Kampffreiheit.

Hermann Reichhold:

Soweit nicht die Friedenspflicht in offensichtlicher Weise noch besteht.

Volker Rieble:

Nur die Friedenspflicht kann dann noch schützen. Das ist auch schon entwertend.

Martin Franzen:

Vielen Dank, lieber *Volker*, für die Fundamentalkritik. Die Diskussion geht um diesen Punkt c. Ich glaube nicht, dass wir langfristig den Tarifbezug des Streiks werden halten können. Das ist meine Prognose. Ich glaube, das ist eine deutschrechtliche Engführung. Ich meine, Ausgangspunkt ist die Reichweite der Koalitionsfreiheit und soweit muss grundsätzlich auch gestreikt werden können. Die ganzen Punkte, lieber *Volker*, die Du angesprochen hast, sind alle beachtenswert und gewichtig und bedenkenswert, aber ich denke, solange Streiks noch mit Arbeitnehmern, die sich beim Streik selbst schädigen und Opfer bringen müssen, geführt werden, solange das der Fall ist – was nach der Flashmob-Entscheidung möglicherweise nicht mehr der Fall ist –, brauchen wir keine so großen Sorgen haben, denn da wird rationales Verhalten durchaus an den Tag gelegt werden. Da werden, denke ich, die Arbeitnehmer sich nicht verkämpfen wegen solcher Koalitionsvereinbarungen, die möglicherweise für sie auch gar keinen besonderen Ertrag bringen. Da wäre ich deshalb vorsichtig und auch die Parallele zum Unterstützungstreik soll man nicht überbewerten oder den Untergang des Abendlands an die Wand malen. Es müssen sich Leute finden, die für Dritte Opfer bringen wollen und ich glaube, die Bereitschaft ist nicht sehr ausgeprägt. Da brauchen wir – glaube ich – nicht so viel Sorge haben von den Folgen her. Aber vom dogmatischen Ausgangspunkt meine ich, die These, dass nur alles erstreikbar ist, was in Tarifnormen gegossen werden kann, das, glaube ich, wird die Zeit nicht halten, darüber werden wir hinwegkommen. Davon bin ich überzeugt.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Ich muss noch einmal in die gleiche Kerbe hauen. Ich bin mir aber nicht ganz sicher, ob ich Dich richtig verstanden habe. Ich denke, Du hast es vorhin wunderbar auf den Punkt gebracht, es ging aber etwas unter. Du hast gesagt, es sind keine Betriebsnormen, und das zu Recht. Und warum? Weil die Entscheidung, dass es überhaupt den Betrieb gibt, all diesen arbeitsrechtlichen Regelungen logisch vorausliegt. Das Arbeitsrecht ist akzessorisch; zunächst geht die unternehmerische Betätigung voraus und das Arbeitsrecht knüpft dann daran an. Die unternehmerische Entscheidung ist rein logisch deshalb einer arbeitsrechtlichen Regelung nicht vernünftig zugänglich. So müssen wir auch die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verstehen, und daran ist das Streikrecht schlicht auszurichten. Das Argument hast Du gebracht, aber gleich verworfen. Zu sagen: „Deutschrechtlich mag das so sein, aber europäisch können wir uns damit nicht durchsetzen“, scheint mir nicht weiterzuhelfen. Wenn wir uns gleich selbst aufgeben, haben wir in diesen Prozess nichts mehr einzubringen.

Hermann Reichold:

Es ist europarechtlich möglicherweise nicht haltbar. Sie haben gerade gesagt „deutschrechtlich“. Deutschrechtlich ist es wohl haltbar, aber nicht europarechtlich. Ich würde jetzt sagen: ein kurzes Stichwort noch. Herr Kollege *Krause*, bitte kurz und komplex.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Es geht nur darum, dass ich *Martin Franzen* ein wenig beispringen möchte, weil ich mich zu diesen Fragen ebenfalls geäußert habe. Was bewegt mich oder was bewegt uns in diesem Zusammenhang? Sicherlich, wir haben diese Fragen schon heute Morgen ventiliert und kommen eigentlich immer wieder auf dasselbe Problem zurück: Sinn und Zweck der Tarifautonomie. Dass es nicht nur um den Wortlaut geht, das ist klar; er ist so schwammig, dass man daraus nahezu alles und jedes herleiten kann, und in der Tat können sich diejenigen, nach denen jede Entscheidung, die im Unternehmen getroffen wird, schon unter Art. 9 Abs. 3 GG fällt, in gewisser Weise zumindest auf den Wortlaut berufen. Das heißt, wir müssen noch etwas stärker schauen, was ist eigentlich die Funktion der Tarifautonomie? Noch einmal: Die eher – ich weiß nicht, ob man das sagen kann – konservativere Konzeption, die hier teilweise vorgestellt wurde, ist ein in sich geschlossenes Gedankengebäude. Das verdient durchaus Anerken-

nung, keine Frage. Ich frage mich nur, ob das ausreicht? Ob man also sagen kann: Die Tarifautonomie setzt erst in dem Augenblick ein, in dem es um die Austauschbedingungen innerhalb einzelner Individualarbeitsverhältnisse geht und die Funktion der Tarifautonomie besteht nur darin, Arbeitszeit, Arbeitsentgelt und was noch unmittelbar darum herum angesiedelt ist, zu regulieren. Mir scheint es so zu sein, dass das Ausgreifen auf gewisse Entscheidungen, die für die Arbeitnehmer und für deren Lebensschicksal von existenzieller Bedeutung sind, nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Damit geraten wir natürlich, den Einwänden müssen wir uns stellen, ich oder auch *Martin Franzen*, in sehr schwierige Abgrenzungsprobleme, zu denen diejenigen nicht kommen, die eine engere Konzeption vertreten. Das ist in jeder Hinsicht konzidiert. Ich will auch gar nicht sagen, dass wir den Stein der Weisen gepachtet haben, nur scheint es mir doch so zu sein, dass eine sehr restriktive Sichtweise den Gegebenheiten, vor denen wir stehen, nicht hinreichend Rechnung trägt.

Eduard Picker:

Ich bitte um Nachsicht: Nur ein Wort zu dem Hauptargument, das in Wahrheit immer dahintersteht: Wir können das nationalrechtlich nicht halten, das wird europäischrechtlich überrollt. Lesen Sie nach: Die EU war eine EWG, das ist ihr Ursprung. Lesen Sie nach in den Urkunden und in den ganzen Beratungen, welche Vorstellung sie vom Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hatten und von der darauf gegründeten Regelung des Koalitionswesens. Dann entlarvt sich dieses Argument als nicht haltbar. Die Zukunft gehört ihm wahrscheinlich nicht.

Martin Franzen:

Herr *Picker*, wenn ich dazu kurz etwas sagen darf. Das Unionsrecht scheint mir weniger das Problem zu sein, als vielmehr die Konzeption der EMRK. Wenn ich zu *Hans Hanau* noch etwas sagen darf: Lieber *Hans*, wenn ich Dich richtig verstehe, würdest Du diesen Versuch einer Einschränkung dieses weiten Betriebsnormbegriffs übertragen wollen auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG: Alle vorgelagerten Fragen, die die Existenz des Betriebs, des Unternehmens voraussetzen, die sind nicht erfasst. Selbst wenn man das so annimmt, hat man Schwierigkeiten, andere Fragen zu klären und klare Abgrenzungslinien zu entwickeln. Dann ist man bei dem Thema Standortentscheidungen natürlich heraus. Aber anderen Themen – Gestaltung von Produkten etwa oder der ganze Komplex, den auch *Volker Rieble* heute Vormittag beschrieben hat, Abreden über Demografie – alles das wäre erfasst und ist nicht tariflich normativ regelbar. Ich glaube nicht, dass die Probleme ge-

löst werden, wenn man einfach sagt: „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen setzen immer das Unternehmen voraus.“ Dann hat man stets die Standortfragen ausgenommen. Die sind dann nicht regelbar. Andererseits muss man doch sehen, dass das geradezu klassische Fragen sind, die die Arbeitnehmer auch interessieren, und bei denen sie zur Gewerkschaft sagen: „Nimm meine Interessen wahr.“ Das scheint mir deshalb nicht zielführend zu sein.

Auf *Rüdiger Krause*, glaube ich, brauche ich nicht einzugehen. Ich glaube, da liegen wir auf einer ähnlichen Linie, so dass ich – wenn keine Fragen mehr sind – nur noch danken kann für die engagierte Diskussion. Immerhin habe ich einen gewissen Kontrapunkt gesetzt zu den beiden Referaten heute Morgen. Das war mir auch dann ein gewisses Anliegen. Vielen Dank.

Diskussionsteilnehmer

Benrath, Gerd – Seite 147

Franzen, Martin – Seite 110, 144, 145, 146, 147, 149, 151

Giesen, Richard – Seite 53, 75, 77, 78, 82, 83, 117

Hanau, Hans – Seite 53, 150

Hartmann, Felix – Seite 48, 49, 52, 53, 54

Junker, Abbo – Seite 110, 112, 113, 114, 118

Krause, Rüdiger – Seite 48, 77, 78, 81, 111, 112, 113, 114, 150

Kraushaar, Martin – Seite 54

Krebber, Sebastian – Seite 75, 76

Lefnaer, Harms – Seite 117, 118

Lobinger, Thomas – Seite 50, 79, 114, 145, 146

Meyer, Cord – Seite 48

Picker, Eduard – Seite 51, 80, 81, 143, 151

Reichhold, Hermann – Seite 48, 55, 74, 82, 83, 84, 143, 149, 150

Rieble, Volker – Seite 52, 74, 82, 116, 148, 149

Wessely, Thomas – Seite 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118

Sachregister

Albany 87, 90, 137

Arbeitskampf 41, 68, 69, 70, 125, 129, 135, 137, 143

Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen 20, 62, 66, 72, 74, 88, 110, 122, 138, 139, 144

Behinderungsverbot 107

Betriebsnorm 31, 133, 150, 151

Betriebsratsstärkung 45, 53

Boykottverbot 105, 108, 137, 138

Datenkranztheorie 38

Differenzierungsklausel 63

Erga omnes-Wirkung 50

Erkämpfbarkeit 125, 129

Europäisches Kartellrecht 87, 89

Freiwilligkeitsvorbehalt 125, 131

Friedenspflicht 59, 129, 149

Inhaltsnorm 29

Kartellrechtliche Missbrauchs- kontrolle 90

Kartellverbot 89, 90, 93, 100, 108, 111

- Bewirkte Wettbewerbsbeschränkung 101, 113

- Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung 100

- Effizienzgewinn 104

- Einseitige Wettbewerbsbeschränkungen 115

- Freistellung 103

- Zweiseitige Wettbewerbsbeschränkungen 115

Koalitionsfreiheit 23, 35, 42, 49, 65, 67, 93, 126, 131, 137, 139, 149

Koalitionsvereinbarung

- Allgemeine Handlungsfreiheit 75, 128

- Normativ 18, 28, 34, 40, 42, 61, 63, 64, 65, 69, 70, 76, 125, 129

- Schuldrechtlich 19, 42, 59, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 75, 127, 129, 134, 142

- Tarifnormersetzend 128

- Tarifnormüberschreitend 128, 132, 145

Konkordanz 21, 126, 134, 143

Koppelungsgeschäft 42, 47

Leiharbeit 90, 92, 102, 111, 117, 124, 127

Master Agreement 18, 40, 60

Missbrauchsverbot 107

Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung 43

Nachfrageverhalten

- Arbeitsmarkt 123, 141

- Gütermarkt 122, 137, 1

Normsetzungsbefugnis 18, 29

Opel 18, 29, 39, 52, 53, 60

OT-Gewerkschaft 75, 76, 83

Privilegierung 124, 136, 138, 141**Rechtsformzwang 75, 76**

Rechtsgrundlage 34

Sittenwidrigkeit 27, 140

Solidarnorm 33

Sternvertrag (hub and spoke) 111

Tarifautonomie 20, 25, 35, 134, 150

- Arbeitsorganisation 39
- Besetzungsregelung 17, 40
- Führungsstruktur 61, 62
- Personalbemessungssystem 17, 40
- Personalentscheidungen 61, 62
- Standortentscheidung 37, 39, 81, 132, 136

- Strategisches Unternehmerverhalten 60, 61

- Unternehmensfremde Belange 60, 62

- Wettbewerbsverhalten 92

Tarifdispositivität 64

Tarifsystem 66

Überprivilegierung 68, 72, 83

Unternehmenseigenschaft 94

Unternehmensmitbestimmung 41, 44

Unternehmerische Entscheidungsfreiheit 18, 22, 24, 30, 36, 46, 134

Unterstützungstreik 140, 147, 149

Vertragsfreiheit 67, 72, 74

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6