

Inhaltsübersicht**Seite**

§ 1 Privative Tariftreue als Gestaltungsinstrument	27
A. Begriff.....	27
B. Abgrenzung	28
I. Private Einwirkungssubjekte.....	28
II. Indienstnahme privater Marktmacht	34
III. Tarifvergleich und Wettbewerbsbeschränkung als Ziel	34
C. Systematik.....	35
I. Einwirkungssubjekte und -objekte.....	35
II. Handlungsformen.....	35
III. Tariftreuestrenge	36
IV. Durchsetzungswege	37
V. Zwischenergebnis	41
D. Ziel	41
I. Überbietung geltender Arbeitsbedingungen	41
II. Kein zeitarbeitsspezifisches Problem	45
E. Ergebnis	47
 § 2 Kollektivarbeitsrechtliche Regelbarkeit	 48
A. Tarifrecht.....	48
I. Normativer Vertrag.....	48
II. Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung.....	56
III. Zwischenergebnis	73
B. Betriebsverfassungsrecht	73
I. Mitbestimmte Betriebsvereinbarung.....	73
II. Regelung durch freiwillige Betriebsvereinbarung.....	79

Inhaltsverzeichnis**Seite**

Gliederung	7
Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	23

§ 1 Privative Tariftreue als Gestaltungsinstrument..... 27

A. Begriff.....	27
B. Abgrenzung.....	28
I. Private Einwirkungssubjekte	28
1. Gewerkschaften	28
2. Betriebsräte	30
3. Kombinationsformen	31
4. Dritte	32
5. Anders: Öffentlich-rechtliche Tariftreueverlangen	32
6. Transnational: International Framework Agreements.....	33
II. Indienstnahme privater Marktmacht.....	34
III. Tarifgleichheit und Wettbewerbsbeschränkung als Ziel	34
C. Systematik.....	35
I. Einwirkungssubjekte und -objekte.....	35
II. Handlungsformen.....	35
III. Tariftreuestrenge	36
1. Abstufungen	36
2. Abweichungen	37
IV. Durchsetzungswege.....	37
1. Hinwirkungspflicht	37
a. Tariftreueverpflichtung.....	37
b. Flankierend: Ausfallhaftung der Entleiher	39
2. Vergabevoraussetzung	40
3. Ungeregelte Verpflichtungen	41
V. Zwischenergebnis.....	41
D. Ziel.....	41
I. Überbietung geltender Arbeitsbedingungen	41
1. Bestehende Mindestlohnregelungen	42
2. Reichweite möglicher Tariferstreckung	42
3. Equal Pay	44

4.	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	44
5.	Konstitutive und deklaratorische privative Tariftreue	45
II.	Kein zeitarbeitsspezifisches Problem	45
1.	»Leiharbeit fair gestalten«	45
2.	Ausweichform: Industriedienstleistung	46
3.	Zwischenergebnis	47
E.	Ergebnis	47
§ 2	Kollektivarbeitsrechtliche Regelbarkeit	48
A.	Tarifrecht	48
I.	Normativer Tarifvertrag	48
1.	Tariffähigkeit	48
2.	Tarifmacht	49
a.	Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Tarif- treueschuldner	49
aa.	Individualnormen	49
bb.	Betriebsnormen	50
cc.	Betriebsverfassungsrechtliche Normen	53
b.	Verträge mit Zulieferern und Dienstleistern	53
c.	Zwischenergebnis	54
3.	Tarifzuständigkeit	54
4.	Tarifgebundenheit	55
5.	Tarifvertrag zugunsten Dritter	55
6.	Zwischenergebnis	56
II.	Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung	56
1.	Umfassende Vereinbarungsmacht	56
2.	Erstreckung bei Verbandskoalitionsvereinbarungen	57
a.	Vertretungslösung	57
aa.	Vertretungsmacht bei Verbandskoalitions- vereinbarung	57
bb.	(Konkludente) Genehmigung durch faktische Befolgung	59
cc.	Stellvertretungsrechtliche Folgen	60
b.	Verpflichtungsermächtigung	61
c.	Verbandsgewalt	62
aa.	Verbandszweck	62
bb.	Verleiten zum Satzungsbruch	63
d.	Zwischenergebnis	65
3.	Keine zwingende Geltung normativer Regelungen	65
4.	Schuldrechtliche Pflichten aus den Heimattarifver- trägen	66

a.	Paradebeispiel: Stahltarif Nordwestdeutschland.....	66
b.	Durchführungspflicht	68
c.	Friedenspflicht.....	68
aa.	Privative Tariftreue als Arbeitskampfmittel	69
[1]	Boycottwirkung	70
[2]	Arbeitsbedingungen Dritter	70
[3]	Zwischenergebnis	72
bb.	Verstoß gegen die Friedenspflicht	72
d.	Zwischenergebnis	72
III.	Zwischenergebnis.....	73
B.	Betriebsverfassungsrecht.....	73
I.	Mitbestimmte Betriebsvereinbarung.....	73
1.	Teilzuständigkeit des Betriebsrats des Tariftreuegläubigers	73
2.	Mitbestimmungsrechte des Entleiherbetriebsrats	75
a.	Vergütung.....	75
b.	Einstellung.....	75
aa.	Anwendbarkeit des § 99 BetrVG	75
bb.	Zustimmungsverweigerung	76
c.	Tarifliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte.....	78
3.	Zwischenergebnis	78
II.	Regelung durch freiwillige Betriebsvereinbarung	79
III.	Regelungsabrede	80
IV.	Faktische Durchsetzung	80
C.	Ergebnis	81

§ 3 Wettbewerbsrechtliche Grenzen..... 82

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

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

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

3.	Boykottverbot und sonstige Verhaltensverbote.....	149
a.	Boykott	149
b.	Veranlassung zu verbotenem Verhalten	151
aa.	Lockmittel	151
bb.	Zweck	152
c.	Unerlaubte Zwangsausübung	154
d.	Zwischenergebnis	155
4.	Zwischenergebnis.....	155
III.	Exkurs: Mithaftung Nichterfasster.....	155
IV.	Zwischenergebnis.....	157
B.	Lauterkeits- und Zivilrecht	157
I.	Lauterkeitsrechtliche Behinderungstatbestände.....	157
II.	Zivilrechtliches Wettbewerbsrecht.....	158
1.	Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	158
2.	Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung.....	159
3.	Zwischenergebnis.....	159
C.	Ergebnis	160
§ 4	Autonomieschutz.....	161
A.	Vertragsrechtliche Grenzen	161
I.	Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	161
1.	Anwendbarkeit.....	161
a.	Klauseln von Unternehmen.....	161
b.	Klauseln sonstiger »Veranlasser«.....	162
2.	Einbeziehungskontrolle	163
3.	Inhaltskontrolle.....	163
a.	Anwendungsbereich	163
aa.	Keine deklaratorischen Klauseln	163
bb.	Keine Leistungsbeschreibungen.....	164
b.	Unangemessene Benachteiligung	165
aa.	Maßstab.....	165
bb.	Klauseln	166
[1]	Tariftreueauferlegungspflicht.....	166
[a]	Kein Leitbild und keine Verletzung von Kardinalpflichten	167
[b]	Vergleich mit der Weitergabe von Compliance-Richtlinien	167

	[c] Vergleich mit Landestariftreuegesetzen	168
	[d] Interessenabwägung.....	169
	[2] Nachunternehmerweitergabe	171
	[3] Ausfallhaftung.....	171
	c. Zwischenergebnis	173
	4. Rechtsfolge: Unwirksamkeit	173
II.	Sittenwidrigkeit	173
	1. Knebelung und Ausnutzung von Übermacht	173
	2. Schädigung Dritter	175
III.	Zwischenergebnis.....	175
B.	Individualautonomie	175
I.	Tariftreueschuldner	175
	1. Negative Koalitionsfreiheit	175
	2. Berufsfreiheit.....	176
II.	Arbeitnehmer des Tariftreueschuldners	177
	1. Individuelle Koalitionsfreiheit	177
	2. Berufsfreiheit.....	177
III.	Tariftreuegläubiger	178
	1. Gesellschaftsrechtlicher Schutz	178
	a. Konzernrecht	178
	b. § 117 AktG.....	179
	aa. Punktueller Schutz beeinflusster Aktiengesell- schaften.....	179
	bb. Einflussnahme	180
	cc. Rechtswidrigkeit	181
	dd. Schaden.....	182
	ee. Vorsatz.....	183
	ff. Durchsetzung.....	183
	c. Zwischenergebnis	184
	2. Berufsfreiheit.....	184
IV.	Zwischenergebnis.....	185
C.	Tarifautonomie der Verbände des Tariftreueschuldners.....	185
I.	Tarif als kollektive Ordnung.....	186
II.	Überschreitung statt Unterschreitung	187
III.	Verdrängungswirkung	187

IV. Rechtfertigung.....	189
V. Zwischenergebnis.....	189
D. Ergebnis	189

§ 5 Unionsrechtlicher Schutz individueller Marktfreiheiten..... 191

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

[1]	Schutz der Leiharbeitnehmer	211
[2]	Verwirklichung des Binnenmarktes.....	213
[3]	Kein Widerspruch zum Inlandskonzept der Leiharbeitsrichtlinie.....	213
[4]	Gebot aus Dienstleistungsfreiheit	214
[5]	Reichweite der Regelungswirkung	215
cc.	Zwischenergebnis	216
c.	Kein Schutz reiner Inlandssachverhalte	216
d.	Zwischenergebnis	217
2.	Tatbestand	218
a.	Beschränkungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Leih- arbeitsrichtlinie	218
b.	Abstrakte Beschränkung der Dienstleistungs- freiheit	218
c.	Verlust komparativer Lohnkostenvorteile und Leiharbeitsbegrenzung	219
d.	Zwingende Bestimmungen des deutschen Arbeits- rechts.....	220
aa.	Grundsätzliche Geltung des Heimatarbeits- rechts.....	220
bb.	Überschreitung zwingender Arbeitsbe- dingungen	221
[1]	Allgemeine Arbeitsbedingungen im Sinne des § 2 AEntG.....	222
[2]	Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, §§ 3 ff. AEntG	223
[a]	Erstreckung	223
[b]	Leiharbeitnehmergleichstellung	224
[c]	Folge	225
[3]	Equal Pay-Grundsatz	225
[a]	Streit um international zwingende Geltung	225
[b]	Kein Gebot aus Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie.....	226
[c]	Zwingende Geltung als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit	227
[d]	Lohnkostensteigerung durch Tariftreue- forderung.....	230
[e]	Zwischenergebnis	232
[4]	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrund- satz	232
cc.	Zwischenergebnis	232

e.	Keine primärrechtlich gebotene Gleichbehandlung ..	233
f.	Zwischenergebnis	234
3.	Rechtfertigung.....	234
a.	Materielle Maßstabsabsenkung	234
b.	Personale Maßstabsabweichung.....	235
c.	Gründe des Allgemeininteresses	236
aa.	Schutz der Leiharbeitnehmer	236
bb.	Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz	237
cc.	Notwendigkeit des reibungslosen Funktio- nierens des Arbeitsmarktes	238
dd.	Verhütung von Missbrauch	238
ee.	Ungeschriebene Gründe des Allgemein- interesses.....	239
d.	Erhöhte Anforderungen an Stimmigkeit	240
e.	Keine Gleichstellung nach Art. 5 Abs. 1 Leih- arbeitsrichtlinie	242
f.	Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie	243
g.	Zwischenergebnis	245
4.	Zwischenergebnis.....	245
V.	Zwischenergebnis.....	246
B.	Primärrecht.....	246
I.	Dienstleistungsfreiheit	246
1.	Anwendbarkeit.....	246
a.	Sekundärrechtliche Vorgaben	246
b.	Keine unionsprimärrechtliche Bereichsausnahme.....	247
aa.	Die ausgeschlossenen Bereiche des Art. 153 Abs. 5 AEUV	247
bb.	Unionsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen	248
2.	Anwendungsbereich.....	249
a.	Schutzbereich	249
b.	Adressatenstellung.....	251
aa.	Unmittelbare Drittwirkung bei kollektiven Marktverhaltensregeln	251
bb.	Verpflichtete	254
[1]	Gewerkschaft und Arbeitgeberverband.....	254
[2]	Betriebsrat und Unternehmen	255
cc.	Kein Vorrang der Wettbewerbsregeln.....	256
dd.	Zwischenergebnis	259
c.	Zwischenergebnis	259

3.	Tatbestand	259
a.	Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	259
b.	Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit	260
c.	Zwischenergebnis	261
4.	Rechtfertigung	261
a.	Schutz der Arbeitnehmer	261
b.	Erhöhte Anforderungen an Stimmigkeit	262
c.	Höchstvorgaben der Entsenderichtlinie	262
d.	Zwischenergebnis	262
5.	Zwischenergebnis	262
II.	Warenverkehrsfreiheit	263
1.	Anwendbarkeit	263
2.	Anwendungsbereich	263
a.	Schutzbereich	263
b.	Adressaten	264
aa.	Bisherige Rechtsprechung des EuGH	265
bb.	Kritik in der Literatur	266
cc.	Lösung und neue Rechtsprechung des EuGH	266
dd.	Zwischenergebnis	267
3.	Tatbestand	268
a.	Mengenmäßige Ein- oder Ausfuhrbeschränkung	268
b.	Maßnahmen gleicher Wirkung	268
aa.	Einfuhrfreiheit	268
	[1] »Dassonville«	268
	[2] »Keck und Mithouard«	269
	[3] Marktzugangsregelung	271
	[4] Zu ungewisse und indirekte Wirkung?	271
	[5] Zwischenergebnis	272
	bb. Ausfuhrfreiheit	272
c.	Zwischenergebnis	274
4.	Rechtfertigung	274
a.	Ausnahmen nach Art. 36 Satz 1 AEUV	274
b.	Zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse	275
5.	Zwischenergebnis	275
III.	Arbeitnehmerfreizügigkeit	275
1.	Anwendbarkeit	275
2.	Anwendungsbereich	276
a.	Schutzbereich	276
aa.	Sachlicher Schutzbereich	276
	[1] Arbeitnehmerbegriff	276
	[2] Grenzüberschreitender Sachverhalt	277
	[3] Zugang zum Aufnahmestaat	277

[a]	Leiharbeitnehmer	278
[b]	Sonstige Entsendefälle	278
[4]	Zwischenergebnis	281
bb.	Persönlicher Schutzbereich	281
b.	Adressatenstellung	282
c.	Zwischenergebnis	282
3.	Tatbestand	283
a.	Grundsatz der Inländergleichbehandlung	283
b.	Beschränkungsverbot	283
4.	Rechtfertigung	284
a.	Schutz der (Leih-)Arbeitnehmer	284
b.	Keine Perversion des Schutzgedankens der Arbeit- nehmerfreizügigkeit	286
5.	Zwischenergebnis	287
IV.	Zwischenergebnis	287
C.	Ergebnis	287
§ 6	Zusammenfassung und Ergebnisse	288
Literaturverzeichnis	293