

Franziska Grethe*

Die Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen

Abstract

Der nachfolgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, inwiefern der Abschluss von (Haus-)Tarifverträgen, die auf das Marktverhalten eines Unternehmens zuzugreifen versuchen, möglich ist. Dabei stehen sich die Berufsfreiheit des Unternehmers und die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien diametral entgegen. Grundsätzlich denkbar sind nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls schuldrechtliche Tarifverträge und außertarifvertragliche Vereinbarungen. Jene verstoßen jedoch regelmäßig gegen Art. 12 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Grenze, sodass Arbeitskämpfe zur Durchsetzung der tariflichen Regelungen unzulässig sind. Im Gegensatz dazu sind freiwillig geschlossene Tarifverträge vielmehr Ausdruck der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und somit zulässig.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und arbeitet als studentische Hilfskraft bei Herrn Prof. *Dr. Marc-Philippe Weller* an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen des Seminars im Schwerpunkt „Arbeit und soziale Sicherung“ unter der Leitung von Herrn Prof. *Dr. Sebastian Krebber* im WS 2015/16 an der Universität Freiburg angefertigt.

I. Einleitung

Tarifverträge zeichnen sich in klassischer Weise – und im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht des freien Marktes – durch das „Gegenmachtprinzip“ zwischen Gewerkschaft- und Arbeitgeberseite aus.¹ Diese bilden gem. Art. 9 Abs. 3 GG Koalitionen und haben zum Ziel, Verträge auszuhandeln, die frei von staatlicher Einflussnahme über die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Arbeitnehmer bestimmen sollen.² Was ist aber mit Tarifverträgen, die vielmehr das Marktverhalten von Unternehmen zu steuern versuchen, also das Spektrum des klassischen Regelungsbereichs von Arbeitsbedingungen verlassen? Ausgangspunkt ist dementsprechend zunächst die Frage, ob und inwiefern ein solcher „unüblicher“ Tarifvertrag geschlossen werden kann.

Zur Veranschaulichung werden zuerst die in diesem Beitrag näher untersuchten Beispielfälle erläutert (**II.**). Sodann gilt es herauszuarbeiten, was genau unter dem Marktverhalten von Unternehmen zu verstehen ist und ob dieses von der Reichweite der Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien, mithin von den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, erfasst wird (**III. 1.**). Dann ist fraglich, ob diese entsprechenden Inhalte normativ oder schuldrechtlich tarifvertraglich geregelt werden können und für wen sie Wirkung entfalten (**III. 2.**). Zudem wird untersucht, ob hier eine tarifliche Regelungssperre greift oder vielmehr die Möglichkeit besteht, fernab des Tarifrechts marktsteuernde Inhalte vertraglich zu vereinbaren (**III. 3.**). Fraglich ist zudem, ob solche (Tarif-)Verträge mittels Arbeitskampf erstritten werden dürfen (**III. 4.**) und welchen verfassungsrechtlichen Grenzen sie unterliegen (**III. 5.**). Zuletzt soll noch ein Blick auf das Europarecht geworfen werden (**III. 6.**).

Um eine Ausuferung der Thematik zu vermeiden, beschränkt sich dieser Beitrag auf die Untersuchung der Fragestellung beim Abschluss von Haustarifverträgen. Da es den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, wird zudem weder näher auf die Anwendbarkeit des Kartellrechts³ noch auf das Betriebsverfassungsrecht im Hinblick auf die Rechte des Betriebsrates eingegangen.

¹ *Breideneichen*, Gütermarktregelnde Tarifvereinbarungen und Tarifreueerklärungen, Legitimation innerhalb des Kartells-, Verfassungs- und Europarechts, 2004, S. 12.

² BVerfGE 44, 322 (340 f.).

³ Trotz weitreichender Problematik zwischen den Grenzen von Wettbewerbs- und Tarifvertragsrecht findet dieses auf Haustarifverträge keine Anwendung, v. *Wallwitz*, Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages; Wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge und das Kartellverbot des Art. 85 EGV, 1997, S. 65; *Krause*, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit bei und zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes Rechtsgutachten für HSI, 2. Aufl. 2012, S. 103.

II. Beispielsfälle

Zur Veranschaulichung der hier untersuchten Fragestellung wird auf zwei Beispielsfälle zurückgegriffen: Zum einen soll die Regelung eines bestimmten Einsatzes und einer bestimmten Vergütung von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb durch die Tarifparteien des Entleiherbetriebs beleuchtet werden (im Folgenden „Leiharbeitnehmer“).⁴ Zum anderen wird näher auf das tarifpolitische Treueverlangen seitens der Gewerkschaft eingegangen.⁵ Dieser Fall findet sich z.B. bei Wäschereien. Hier wird versucht, das Unternehmen bei seinen Auftragsvergabeentscheidungen auf bestimmte Gewerkschaftsziele hin zu drängen; explizit soll der Unternehmer nur solche Vertragspartner wählen, die ihrerseits tariflich gebunden sind (im Folgenden „Wäschereien“).⁶

III. Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen

1. Zuständigkeit der Tarifparteien

Um die Wirksamkeit der hier zu untersuchenden Tarifverträge zu prüfen, ist zunächst entscheidend, ob diese in die Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien fallen und insofern von der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG erfasst werden. Die Verfassung schützt nicht nur die Bildung von Koalitionen, sondern auch deren Betätigungsfreiheit.⁷ Die Tarifautonomie ist wesentlicher Bestandteil der koalitionsspezifischen Betätigungsfreiheit und eröffnet den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit zum autonomen Abschluss von Tarifverträgen.⁸ Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst zum einen den Zweck der Koalitionen, zum anderen die Grenzen der Kompetenz der Tarifautonomie.⁹

a) Marktverhalten von Unternehmen

Gegenstand dieses Beitrags ist die Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen. Um die Reichweite des Koalitionszwecks hier bestimmen zu können, ist entscheidend, welche

⁴ Airbus-Zeitarbeits-Tarifvertrag zwischen Airbus Deutschland und der IG Metall vom 1.4.2003; vgl. Verbandstarifvertrag der nordwestdeutschen Eisen- und Stahlindustrie.

⁵ IG Metall Wäschereitarifverträge, wobei sich hier das Problem seit Einführung eines Mindestlohnvertrags 2009 weitestgehend erübrigt hat; §§ 4 Nr. 6, 6 Abs. 7 AentG.

⁶ Ausführlich zu „Sauber waschen mit Tarif“ *Rieble*, Unternehmerischer Marktmachteinsatz zur tarifpolitischen Lenkung von Kunden/Lieferanten, ZAAR 2010, 103 (106 f.).

⁷ *Weyand*, Die tarifliche Mitbestimmung im Bereich der Arbeitsorganisation, AuR 1991, 65 (67).

⁸ BVerfGE 4, 96 (106); BAGE 62, 171 (184).

⁹ *Geiselhart*, Tarifliche Regelungsmacht bei Haustarifverträgen und Unternehmerfreiheit, 2013, S. 23; *Dietrich*, in: *ErfK, GG*, 15. Aufl. 2015, Art. 9 Rn. 72.

Sachverhalte unter das *Marktverhalten* von Unternehmen im kollektiven Arbeitsrecht zu subsumieren sind. Unter Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf einem Markt gemeint, durch die ein Unternehmer auf andere Marktteilnehmer einwirkt.¹⁰ In Betracht kommen hier unternehmerische Entscheidungen, die sich im Arbeits- bzw. Gütermarkt widerspiegeln. Der Unternehmer nimmt quasi eine „janusköpfige“ Doppelstellung ein, indem er auf der einen Seite als Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt, auf der anderen Seite im Außenverhältnis unternehmerisch auf dem Gütermarkt tätig wird.¹¹ Davon abzugrenzen sind Tätigkeiten, die lediglich das individualarbeitsrechtliche Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betreffen und keine Außenwirkung auf einen Markt haben, wie Lohnregelungen oder Regelungen über die Dauer der Arbeitszeit.¹² Fraglich ist, welche Sachverhalte konkret unter den Begriff Marktverhalten fallen. Zu unterscheiden sind hier das Arbeits- und das Gütermarktverhalten des Arbeitgebers.

aa) Arbeitsmarktverhalten

Das Arbeitsmarktverhalten des Unternehmens ist maßgeblich geprägt von der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung im innerbetrieblichen Bereich, die sich auf dem Arbeitsmarkt lediglich widerspiegelt.¹³ Es kann dann betroffen sein, wenn die Gewerkschaft versucht, solche Regelungen über das Verhalten des Unternehmens auf dem Arbeitsmarkt zu treffen, dass dieses seine Nachfrage nach eigenen Arbeitskräften aufrechterhält.¹⁴ Der Arbeitgeber kann zum Beispiel dazu verpflichtet sein, nur bestimmte Arbeitnehmer einzustellen oder in seinem Arbeitsvertragsverhalten so konditioniert werden, dass hier Mindest- und Höchstlöhne, etwa von den leitenden Arbeitnehmern, festgelegt sind.¹⁵ Darunter fallen zudem Standortfestlegungen, Produktionslinien sowie die Festlegung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen.¹⁶

bb) Gütermarktverhalten

Hingegen zeichnet sich das Gütermarktverhalten eines Unternehmens dadurch aus, dass es sich im Außenverhältnis auf den Güter- und Dienstleistungsmarkt erstreckt und damit Wettbewerbsparametern ausgesetzt ist.¹⁷ Es handelt sich also weder um Individualarbeitsbedingungen noch um betriebliche Fragen. Das

¹⁰ Köhler, in: KB UWG, 29. Aufl. 2001, § 4 UWG Rn. 11, 34.

¹¹ Breideneichen (Fn. 1), S. 14.

¹² Köhler (Fn. 10), Rn. 11.34.

¹³ v. Wallwitz (Fn. 3), S. 45 f.

¹⁴ Franzen, Kampfmitteleinsatz für außertarifliche Regelungen, ZAAR 27 (2012), 119 (123).

¹⁵ Löwisch/Rieble, in: TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1151.

¹⁶ Ebd., § 1 Rn. 216; 1151; Franzen (Fn. 14), 123.

¹⁷ v. Wallwitz (Fn. 3), S. 42 f.

Gütermarktverhalten des Unternehmens ist zum Beispiel dann betroffen, wenn die Gewerkschaft das Nachfrageverhalten des Unternehmens auf dem Gütermarkt in Bezug auf das Einkaufsverhalten hinsichtlich der Arbeitsmittel beeinflussen möchte.¹⁸ Auch geht es um die Frage, mit welchen Vertragspartnern der Arbeitgeber zusammenarbeitet sowie um Sachverhalte, die zum Beispiel Fremdvergaben betreffen.¹⁹ Zudem fällt darunter die Rekrutierung von Leiharbeitnehmern, da hier das Arbeitnehmer entleihende Unternehmen bezogen auf den Verleiher (der die arbeitsmarkttypischen Risiken trägt) auf dem Gütermarkt auftritt, um seine Nachfrage nach Arbeitnehmern zu stillen.²⁰ Dasselbe gilt für den oben (unter B.) bereits angesprochenen Versuch der Gewerkschaft, Regelungen über die Vergütung der Leiharbeitnehmer zu treffen, indem die Gewerkschaft des Entleiherbetriebs versucht, den Entleiher dazu zu verpflichten, den Equal-Pay-Grundsatz von Leiharbeitnehmern innezuhalten. Durch diesen Grundsatz soll sichergestellt werden, dass die Leiharbeitnehmer während ihres Einsatzes im Entleiherbetrieb den gleichen Entgeltbedingungen ausgesetzt sind, wie die dortigen Stammarbeitnehmer in vergleichbarer Position.²¹ Ferner sei hier der Versuch einer Gewerkschaft genannt, den Arbeitgeber dazu anzuhalten, nur solche Wäschebetriebe zu beauftragen, die ihrerseits an den Wäschetarif mit derselben Gewerkschaft gebunden sind.²²

b) Koalitionszweck

Um untersuchen zu können, ob marktbezogene Inhalte durch Koalitionen tariflich geregelt werden können, ist zunächst fraglich, ob solche Inhalte von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst sind. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ durch die Vereinigungen.

aa) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Maßgeblich ist, was man unter „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ versteht. Nach h.M. sind damit alle Bedingungen gemeint, unter denen abhängige Arbeit geleistet sowie eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird und die der generellen Regelung durch Tarifvertrag zugänglich

¹⁸ *Franzen* (Fn. 14), 122.

¹⁹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1153; *Rieble* (Fn. 6), 114.

²⁰ *Franzen* (Fn. 14), 124; *Rieble* (Fn. 6), 114 Rn. 33.

²¹ BT-Drucks. 15/25, 5.11.2002, S. 39.

²² *Rieble* (Fn. 6), 106; *Giesen*, Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten, ZAAR 27 (2012), 57 (61).

sind.²³ Dabei ist das Begriffspaar als funktionale Einheit zu verstehen.²⁴ So fallen darunter die nach § 1 TVG erfassten Regelungsgegenstände von Arbeitsbedingungen. Da Art. 9 Abs. 3 GG die Regelungsbefugnis lediglich generalklauselartig auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschränkt,²⁵ können von der Zuständigkeit der Koalitionen zunächst nur allgemeine Lebenssachverhalte, die die private Lebensführung ohne Bezug zum Arbeitsleben betreffen, ausgenommen werden.²⁶ Fraglich ist, ob rein wirtschaftliche, unternehmerische Entscheidungen, die das Marktverhalten des Unternehmens prägen, von der Tarifautonomie erfasst sind. Reine Gütermarktregelungen sind den Tarifvertragsparteien verfassungsrechtlich verwehrt.²⁷ Wirtschaftsbedingungen des Unternehmens können einer tariflichen Regelung nur dann unterliegen, wenn sie einen erkennbaren Bezug zu Arbeitsbedingungen aufweisen.²⁸ Sofern eine unternehmerische Entscheidung abhängige Arbeit mitbetrifft, kann eine Zuständigkeit der Koalitionen also grundsätzlich in Betracht kommen. Der Grenzverlauf zwischen Tarifautonomie und unternehmerischer Entscheidung ist jedoch schwer zu ziehen und bedarf im Folgenden weiterer Erörterung.

bb) Marktverhalten und Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Fraglich ist, inwiefern das Marktverhalten des Unternehmens vom Schutzbereich der Tarifautonomie erfasst wird und damit in den Zuständigkeitsbereich der Tarifparteien fällt.

(1) Meinungsspektrum

Teilweise wird vertreten, dass von dem Begriff „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ alle Maßnahmen umfasst werden, die als arbeitsrechtliche und soziale Daten gelten.²⁹ Durch die tarifvertragliche Festsetzung dieser Daten wird auf die unternehmerische Entscheidung dergestalt Einfluss genommen, dass sie Auswirkungen festlegt, die die unternehmerische Maßnahme im arbeitsrechtlichen Bereich hat, ohne dabei aber die Entscheidungsmöglichkeit des Unternehmers rechtlich zu beseitigen.³⁰ Andere gehen im Einklang mit der

²³ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung, 1997, S. 219 ff.; *Dietrich* (Fn. 9), Art. 9 Rn. 23; *Geiselhart* (Fn. 9), S. 23.

²⁴ *Dietrich* (Fn. 9), Art. 9 Rn. 72 f.; *Gamillscheg* (Fn. 23), S. 219 ff.; *Geiselhart*, (Fn. 9), S. 23.

²⁵ BVerfGE 4, 96 (108 f.).

²⁶ *Dietrich* (Fn. 9), Art. 9 Rn. 74.

²⁷ *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 63.

²⁸ *Wiedemann*, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, 231 (231 f.).

²⁹ *Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, 46. DJT 1966, 97 (163).

³⁰ *Ebd.*, S. 162.

h.M. der Frage nach, ob die unternehmerische Maßnahme im Einzelfall den Rechtskreis des Arbeitnehmers unmittelbar tangiert oder lediglich mittelbar aufgrund einer Reaktion des Marktes.³¹ Tarifpolitische Gegenstände müssen einen erkennbaren Bezug zum Rechtskreis des Arbeitnehmers aufweisen.³² Darunter zu verstehen sei die Gesamtheit aller rechtlichen und sozialen Belange des Arbeitnehmers, die sich aus der abhängigen Arbeit ergeben.³³ In die allgemeine Geschäftspolitik dürften sich die Tarifparteien jedoch nicht einmischen.³⁴ Gleichwohl sei ihre Kompetenz aber auch nicht nur auf die Folgen der unternehmerischen Entscheidung beschränkt, sondern könne sich bereits auf die soziale Kehrseite als Teilinhalt der unternehmerischen Entscheidung erstrecken.³⁵ Danach beschränke sich die Zuständigkeitsbefugnis der Koalitionen auf den Gütermarkt, solange ein inhaltlicher Konnex zu arbeitsrechtlichen Fragen bestehe.³⁶ Wiederum andere Vertreter formulieren den von der Tarifautonomie umfassten Umfang der unternehmerischen Entscheidung sehr weit.³⁷ Weder der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG noch die Entstehungsgeschichte könnten eine präzise Auslegung ermöglichen.³⁸ Die unbestimmte grundrechtliche Formulierung erlaube keine abschließende Bestimmung des Autonomiebereichs der unternehmerischen Entscheidung.³⁹ Daher falle all das unter den Gegenstand tariflicher Bestimmungen, was auch nur entfernt dem Schutz der Arbeitnehmer diene.⁴⁰ Nach der Rspr. muss dem Unternehmer ein gewisser Kernbereich zur autonomen Betätigung seiner unternehmerischen Entscheidungen zustehen.⁴¹ Sodann könne eine weitere Differenzierung nur über den Grad der Auswirkungen der unternehmerischen Entscheidung auf den Arbeitnehmer erfolgen.⁴² Die Regelungskompetenz der Tarifparteien sei immer dann gegeben, wenn sich die wirtschaftliche und soziale

³¹ *Wiedemann*, Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, in: FS-Riesefeld, 1993, S. 301 (303); *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie, dargestellt am Funktionszusammenhang von Unternehmens-, Betriebs- und Tarifautonomie, SAR Band 86, 1987, S. 82 f.; *Beuthien*, Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1984, 1 (12).

³² *Wiedemann* (Fn. 28), 232; *ders.* (Fn. 31), S. 302.

³³ *Wiedemann* (Fn. 31), S. 303.

³⁴ *Ebd.*

³⁵ *Wiedemann* (Fn. 28), 233; *Beuthien* (Fn. 31), 15.

³⁶ *Wiedemann* (Fn. 31), S. 303; *Beuthien*, Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 1 (8 f.).

³⁷ *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 1973, S. 328 ff.

³⁸ *Weyand* (Fn. 7), 68.

³⁹ *Ebd.*

⁴⁰ *Ebd.*, S. 70; *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 1983, S. 92.

⁴¹ BVerfGE 29, 260 (266 f.); 50, 290 (366).

⁴² BAGE 64, 284 (296).

Seite nicht trennen ließen⁴³ und die Unternehmensentscheidung die rechtlichen, sozialen oder wirtschaftlichen Belange der Arbeitnehmer in ihrer abhängigen Beschäftigung berührt.⁴⁴

(2) Stellungnahme

Bisher konnte bei dieser Problematik weder das Schrifttum noch die Rspr. eine wirklich abschließende Definitionsbestimmung liefern. Der Unternehmer entscheidet zunächst einmal autonom über Investitionen, Produktion und Vertrieb.⁴⁵ Die Schwierigkeit der Bestimmung der Reichweite der Tarifautonomie liegt darin, den tarifernen Kernbereich der unternehmerischen Entscheidung abzugrenzen.⁴⁶ Insbesondere in den Fällen, in denen die unternehmerische Maßnahme am Markt und deren arbeitsrechtliche Folgen kaum mehr zu trennen sind, fällt diese Grenzziehung schwer.⁴⁷ Entscheidend ist jedoch, dass in diesen Fällen – neben dem marktregelnden Inhalt – der notwendige arbeitsrechtliche Bezug anerkannt ist, was sich in der Begriffswahl des janusköpfigen Tarifvertrags gerade widerspiegelt.⁴⁸ Eine zu enge Auslegung des Merkmals der „Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ kann daher nicht überzeugen. Wäre der Bereich lediglich auf Lohn- und Arbeitsbedingungen beschränkt, wäre der Begriff „Wirtschaftsbedingungen“ überflüssig.⁴⁹ Der Gesetzgeber hat bewusst eine offene Begriffsdefinition gewählt, um den Tarifparteien die Möglichkeit zur autonomen Anpassung an soziale Gegebenheiten zu lassen.⁵⁰ Dem Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegt kein alternatives, sondern vielmehr ein kumulatives Verständnis zugrunde.⁵¹ Letztlich ist es am überzeugendsten, Art. 9 Abs. 3 GG so zu verstehen, dass solche Wirtschaftsbedingungen erfasst werden, in denen sich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer mit den unternehmerischen Wirtschaftsbedingungen des Arbeitgebers in irgendeiner Form überschneiden.⁵² Das reicht soweit, dass wann immer eine Maßnahme des Unternehmers Auswirkungen auf die Arbeit hat, sie potenzieller Gegenstand kollektivrechtlicher Regelung ist und nicht aus dem Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG

⁴³ BAGE 64, 284 (296).

⁴⁴ BAG, NZA 1990, 886 (889).

⁴⁵ Beuthien (Fn. 31), 13.

⁴⁶ Wiedemann (Fn. 28), 236.

⁴⁷ Ebd., S. 239.

⁴⁸ Breidenrechen (Fn. 1), S. 23.

⁴⁹ Hendriks, Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht, 1976, S. 86.

⁵⁰ Weyand (Fn. 7), 68; v. Wallwitz (Fn. 3), S. 41; Zeibig/Zachert, in: Kempfen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 944.

⁵¹ Weyand (Fn. 7), 68.

⁵² Beuthien (Fn. 31), 14.

fällt.⁵³ So kann der gewährleistete Regelungsbereich nicht ausufern, sondern ist vielmehr an die arbeitsrechtlichen Parameter gebunden.⁵⁴ Somit sind janusköpfige Maßnahmen, d.h. Marktregelungen mit arbeitsrechtlichem Zusammenhang, vom sachlichen Umfang der Koalitionsfreiheit erfasst.⁵⁵

cc) Beispielfälle

(1) „Leiharbeitnehmer“

Hinsichtlich der Bedingungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb ist fraglich, ob unter Berücksichtigung des Umstands, dass zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer gerade kein klassisches Arbeitsverhältnis besteht, eine Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien des Entleiherbetriebs gegeben sein kann. Hier wird seitens der Gewerkschaft versucht, die Personalbeschaffung in eine bestimmte Bahn zu lenken,⁵⁶ zum Beispiel über die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes. Dabei soll unmittelbar das Vertragsverhältnis zwischen Entleiher und Verleiher, mittelbar das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und angestellten Leiharbeitnehmern sowie das Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer geregelt werden.⁵⁷ Im Folgenden wird nicht näher auf das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und angestelltem Leiharbeitnehmer, sondern auf mögliche Regelungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer eingegangen. Teilweise wird angenommen, hier ginge es seitens des Entleihers lediglich um die Unterstützung der Regulierung fremder Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Leiharbeitnehmer,⁵⁸ zumal sich die Frage der Art und Weise der Zusammenarbeit des Unternehmers mit seinem Vertragspartner der arbeitsrechtlichen Kollektivregelungsbefugnis entziehe.⁵⁹ Eine Regelung, die den Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb bestimmt, betrifft letztlich aber auch die Arbeitsorganisation in diesem Betrieb und hat so eine unmittelbare Auswirkung auf die Stammebelegschaft.⁶⁰ Zudem geht es bei der Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes auch um die Verfolgung von Eigeninteressen der Stammebelegschaft, Spannungen und Verdrängungsängsten

⁵³ Hensche, Tarifvertrag und Unternehmenspolitik, Von der Unantastbarkeit der Unternehmerfreiheit, AuR 2004, 443 (448).

⁵⁴ Hendriks (Fn. 49), S. 87.

⁵⁵ Kulka, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandeln, RdA 1988, 338 (345); Wiedemann (Fn. 28), 239; v. Wallwitz (Fn. 3), S. 42.

⁵⁶ Krause (Fn. 3), S. 45.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ So Franzen (Fn. 14), 124.

⁵⁹ Grds. ablehnend Rieble (Fn. 6), 114.

⁶⁰ Geiselhart (Fn. 9), S. 28; Krause (Fn. 3), S. 44 f.

gegenüber den Leiharbeitnehmern vorzubeugen.⁶¹ Eine Einwirkung auf den „fremdnützigen“ Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kann nicht schon deshalb zum Ausschluss aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit hin zur ausschließlichen Regulierung durch die Dienstleistungsmärkte führen.⁶² Fälle, in denen die Gewerkschaft versucht, auf das Nachfrageverhalten des Unternehmens Einfluss zu nehmen, sind von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt, da es hier um Wahrung und Förderung der eigenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geht.⁶³ Gegenstand eines Tarifvertrags kann also die Regelung der Kriterien sein, nach denen der Verleiher vom Entleiherbetrieb (zur Umsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes) auszuwählen ist.⁶⁴ Der Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG bzgl. der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb ist folglich gegeben.

(2) „Wäscherei“

Verlangt die Gewerkschaft vom Unternehmen lediglich Vertragspartner zu beauftragen, die ihrerseits die tariflichen Standards ihrer Branche einhalten (sog. Tarifpolitisches Treueverlangen), so sind die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen des Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich der Beeinflussung des Gütermarktverhaltens des Unternehmens mittelbar betroffen.⁶⁵ Solche tarifpolitische Regelungen sind folglich nach Art. 9 Abs. 3 GG zulässig.

a) Fazit

Der Koalitionszweck ist weit zu verstehen. Tarifverträge, die die Steuerung des Marktverhaltens des Unternehmens zum Gegenstand haben, sind vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG zur „Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ erfasst und können hier nicht von vorneherein ausgeschlossen werden. Dass solche Regelungen erhebliche Auswirkungen auf die unternehmerische Entscheidung und damit auf den Gütermarkt haben, steht dem nicht entgegen.⁶⁶ Das von der unternehmerischen Entscheidung geprägte Marktverhalten kann möglicherweise vielmehr über die Grundrechtspositionen, zum Beispiel Art. 12 Abs. 1 GG, im Wege der Abwägung adäquat vor einer überschießenden Tarifautonomie geschützt werden. Der Zuständigkeitsbereich der Koalitionen schließt Fragen zur Regelungen des Marktverhaltens von Unternehmen ein,

⁶¹ Krause (Fn. 3), S. 86 f., 114.

⁶² Krause, Tarifverträge zu Wiederherstellung von Equal-Pay, AuR 2012, 55 (58); ders. (Fn. 3), S. 76.

⁶³ Franzen (Fn. 14), 123.

⁶⁴ Berg, Die Auswirkungen der Leiharbeit auf die gewerkschaftliche Interessenvertretung, JbArbR 46 (2008), S. 69 (85).

⁶⁵ Franzen (Fn. 14), 123.

⁶⁶ Jarass, Tarifverträge und Verfassungsrecht; Grundlagen, dargestellt am Beispiel des Streits um den Ladenschluss, NZA 1990, 505 (506).

solange diese in einem inneren Zusammenhang zu den Arbeitsbedingungen stehen.⁶⁷ Durch diesen weitgefassten Zuständigkeitsbereich hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Koalitionsbetätigung eine dynamische, auf die jeweilige Situation ausgerichtete Arbeits- und Sozialpolitik darstellen soll.⁶⁸ Eine grundsätzliche Regelungskompetenz der Koalitionen für Tarifverträge, die das Marktverhalten des Unternehmen (in den oben genannten Beispielfällen) steuern, ist gem. Art. 9 Abs. 3 GG gegeben. Davon zu trennen ist die Frage der Beschränkung der Reichweite der tarifvertraglichen Ausgestaltungsfreiheit der Parteien hinsichtlich dieser Sachverhalte.⁶⁹ Diese gilt es im Folgenden zu erörtern.

2. Tarifliche Regelbarkeit

Tarifverträge bestehen grundsätzlich aus einem normativen und einem schuldrechtlichen Teil.

a) Normative Regelungsbefugnis

Die Normsetzungsbefugnis ist in § 1 TVG statuiert. Nach § 1 TVG können die Tarifvertragsparteien Inhalts-, Abschluss-, Beendigungs- und (betriebs-) verfassungsrechtliche Normen zur Regelung der Arbeitsbedingungen festlegen sowie Vereinbarungen über gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG treffen, die sodann normative, unmittelbare und zwingende Wirkung auf die Tarifvertragsparteien entfalten (siehe § 4 Abs. 1, Abs. 2 TVG).⁷⁰ Umstritten ist, ob die in § 1 TVG aufgelisteten Regelungsbefugnisse abschließenden oder lediglich beispielhaften Charakter haben.

aa) Abschließende Regelungsbefugnis?

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die in § 1 TVG aufgelisteten Normgruppen seien nicht abschließend zu verstehen.⁷¹ Es müsse deshalb auf die Generalklausel der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gem. Art. 9 Abs. 3 GG zurückgegriffen werden.⁷² Dies leuchtet jedoch nicht ein. Hätte der Gesetzgeber lediglich eine beispielhafte Aufzählung gewollt, hätte er das sprachlich zum Ausdruck gebracht, wie beispielsweise in § 88 BetrVG durch das Wort „insbesondere“.⁷³ Zwar wurde das TVG vor dem Grundgesetz

⁶⁷ Hendriks (Fn. 49), S. 101.

⁶⁸ Weyand (Fn. 7), 68.

⁶⁹ Wiedemann (Fn. 31), 307.

⁷⁰ Krebber, in: AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, TVG, § 1 Rn. 1 f.

⁷¹ Gamillscheg (Fn. 23), S. 539; Weyand (Fn. 7), 71 f.

⁷² Gamillscheg (Fn. 23), S. 539.

⁷³ Löwisch/Rieble (Fn. 15), Gdl. Rn. 135.

verabschiedet.⁷⁴ Dieser Umstand schließt jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber die Normwirkung des TVG abschließend regeln wollte. Der Katalog des § 1 TVG hat daher abschließenden Charakter.⁷⁵ Die Normsetzungsbefugnis ergibt sich folglich aus den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Arbeitsbedingungen.⁷⁶

bb) Inhaltsnormen

(1) „Leiharbeitnehmer“

Beim Airbus-Zeitarbeitstarifvertrag wurde Airbus dazu verpflichtet, durch Vereinbarung mit verschiedenen Verleiherfirmen sicherzustellen, dass die Leiharbeitnehmer von ihrem jeweiligen Arbeitgeber die bei Airbus betriebsübliche Vergütung erhalten.⁷⁷ Die Besonderheit liegt darin, dass die Regelungen zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern mit dem entleihenden Unternehmen festgelegt wurden. Problematisch ist, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer eben kein Arbeitsvertrag besteht, sondern lediglich ein tatsächliches Arbeitsverhältnis.⁷⁸ Ein Tarifvertrag bindet auf der Tarifseite nur denjenigen Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.⁷⁹ Als Inhaltsnormen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG können grundsätzlich keine Sachverhalte erfasst sein, die die Tätigkeit als solche bzw. deren Umfang abstrakt regeln oder die Produktionsmethoden erfassen.⁸⁰ Leiharbeitnehmer unterfallen somit nur den tariflichen Inhaltsnormen im Verleiher-, nicht im Entleiherbetrieb.⁸¹ Für die Regelung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer fehlt dem Entleiher schlichtweg die Tariftmacht.⁸² Ein solcher Zeitarbeitstarifvertrag kann folglich keine normative Regelung entfalten.⁸³

bb) „Wäscherei“

Die Gewerkschaft will in diesen Fällen auf die Auswahl der Geschäftspartner des Unternehmers Einfluss nehmen. Auch wenn die oben skizzierte Unternehmensentscheidungen bezogen auf das Marktverhalten unter den

⁷⁴ *Gamillscheg* (Fn. 23), S. 539.

⁷⁵ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 135; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, erläutert anhand aktueller tarifpolitischer Fragen, 1992, S. 102.

⁷⁶ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 135 f.

⁷⁷ *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, ZAAR 15 (2009), 65 (75); Zusatztarifvertrag Airbus Deutschland und IG Metall vom 1.4.2003.

⁷⁸ *Krause* (Fn. 3), S. 57.

⁷⁹ *Ebd.*, S. 56.

⁸⁰ *Weyand* (Fn. 7), 71.

⁸¹ *Thüsing*, in: *Thüsing/Braun*, Tarifrecht, Handbuch, 1. Aufl. München 2011, 5. Kap. LeihAN Rn. 1.

⁸² *Rieble* (Fn. 77), 75.

⁸³ *Ebd.*; *Krause*, Tarifverträge zu Wiederherstellung von Equal-Pay, AuR 2012, 55 (56).

Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG fallen, können sie nicht durch normativen Tarifvertrag bestimmt werden.⁸⁴ So zählen diese Arbeits- und Gütermarktverhalten weder zu Individualarbeitsbedingungen noch handelt es sich um betriebliche Fragen. Es ist demnach nicht unter § 1 Abs. 1 TVG regelbar.⁸⁵ Aufgrund des abschließenden Charakters des TVG können Inhalte, die ein solches Marktverhalten des Unternehmens betreffen, somit nicht mit normativer Regelungsbefugnis im Tarifvertrag vereinbart werden.

cc) Betriebsnormen

(1) „Leiharbeiter“

Betriebsnormen nach § 1 Abs. 1 TVG regeln die Organisationsgewalt des Arbeitgebers bzw. Fragen der Betriebsgestaltung.⁸⁶ Gem. § 3 Abs. 2 TVG genügt hierbei die Tarifbindung des Arbeitgebers, um den betroffenen Normen im Betrieb Geltung zu verschaffen.⁸⁷ Teilweise wird vertreten, die Frage der Vertragspartnerwahl und Aushandlung von Vertragsbedingungen entziehe sich gänzlich den Regeln des TVG, da hier allein das Marktverhalten des Unternehmers auf dem Gütermarkt betroffen sei.⁸⁸ Da aber zum Beispiel Leiharbeiter im Betrieb des Entleihers unmittelbar arbeiten, können diese nicht grundsätzlich von der Geltung der Betriebsnormen ausgenommen sein.⁸⁹ Knüpft die Norm an die Eingliederung an, so kann sie zudem für die Leiharbeiter Wirkung entfalten.⁹⁰ Allerdings unterfallen den Betriebsnormen nur solche Regelungen, die im Betrieb einheitlich gelten können.⁹¹ Damit sind die Normen gemeint, die nicht das individuelle Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gegenstand haben. Dies ist zum Beispiel bei tariflichen Zeitarbeitshöchstquoten der Fall, da bei der Festlegung über den Leiharbeitereinsatz letztlich über die Zusammensetzung der Belegschaft im Betrieb entschieden wird und somit über die Arbeitsorganisation.⁹² Bezogen auf den Equal-Pay-Grundsatz ist die Entgelthöhe eine den Inhaltsnormen zugewiesene Regelungsmaterie, die nur zwischen beidseitig gebundenen Vertragspartnern gelten kann.⁹³ Somit lässt sich die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes in keine Betriebsnorm fassen.

⁸⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 215.

⁸⁵ *Ebd.*, § 1 Rn. 1151; 1153; *Giesen* (Fn. 22), 61.

⁸⁶ *BAG*, NZA 1987, 233 (234); *Weyand* (Fn. 7), 71.

⁸⁷ *Rieble* (Fn. 77), 76.

⁸⁸ *Rieble* (Fn. 6), 114.

⁸⁹ *Rieble* (Fn. 77), 77.

⁹⁰ *Thüsing* (Fn. 81), 5. Kap. LeihAN Rn. 1; *Geiselhart* (Fn. 9), S. 34.

⁹¹ *BAG*, NZA 1990, 850 (888 f.).

⁹² *BAG*, NZA 1991, 675 (677); *Geiselhart* (Fn. 9), S. 34; *Krause* (Fn. 3), S. 79 ff.

⁹³ *Krause* (Fn. 3), S. 67; *Rieble* (Fn. 77), 77.

(2) „Wäscherei“

Für das Tariftreueverlangen seitens der Gewerkschaft gilt das, was unter den Inhaltsnormen gesagt wurde. Die Vertragspartnerwahl kann weder mittels Inhalts- noch Betriebsnorm normativ tariflich geregelt werden.

a) *Schuldrechtliche Regelungsbefugnis*

Fraglich ist, ob gleiches für die schuldrechtliche Regelungsbefugnis gilt. Schuldrechtliche Abreden über die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag können in Haustarifverträgen von Arbeitgeber und der Gewerkschaft geschlossen werden und entfalten keine Rechtsnormqualität gem. § 4 Abs. 1 TVG.⁹⁴ Solche schuldrechtlichen Vereinbarungen entfalten Rechte und Pflichten nur für die Vertragspartner.⁹⁵ Mangels normativer Wirkung bedarf es jedoch der Umsetzung in das Arbeitsverhältnis oder schuldrechtlich durch entsprechende Bezugnahme Klauseln der Tarifvertragsparteien.⁹⁶ Ob es sich bei der zwischen den Tarifvertragsparteien geschlossenen Vereinbarung um eine normative oder schuldrechtliche Bestimmung handelt, ist mittels Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁹⁷

aa) Tarifliche Regelungssperre

Strittig ist, ob schuldrechtliche Verpflichtungen mittels Tarifvertrag eingegangen werden können, wenn sie normativ bereits nicht regelbar sind oder ob hier vielmehr eine tarifliche Regelungssperre greift.⁹⁸ Teilweise wird vertreten, dass was normativ nicht regelbar ist, auch nicht schuldrechtlich vereinbart werden könne.⁹⁹ Der Begriff der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ sei als funktionale Einheit zu verstehen, aufgrund derer die schuldrechtliche Gestaltungsbefugnis nicht weiter reichen könne als die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, sonst drohe eine strukturelle Überprivilegierung.¹⁰⁰ Dem ist nicht zuzustimmen. § 1 Abs. 1 TVG statuiert keine Regelungssperre für nicht tarifliche Arbeitsbedingungen, sondern formuliert lediglich einen abschließenden Katalog für solche mit normativem Charakter.¹⁰¹ Über schuldrechtliche Regelungen außerhalb der Tarifordnung enthält das TVG

⁹⁴ *Franzen*, in: *ErfK zum Arbeitsrecht*, 15. Aufl. 2015, TVG, § 4 Rn. 1; *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 136.

⁹⁵ *Geiselhart* (Fn. 9), S. 37; *Franzen* (Fn. 94), TVG, § 1 Rn. 91.

⁹⁶ *Franzen* (Fn. 94), TVG, § 1 Rn. 80.

⁹⁷ *BAG*, NZA 2011, 808 (Ls.).

⁹⁸ Diskussion im Zusammenhang mit Differenzierungsklauseln *Giesen* (Fn. 22), 63 f.

⁹⁹ So *ebd.*, S. 64 ff., 73 bzgl. Steuerung unternehmerischen Verhaltens.

¹⁰⁰ *Ebd.*, 66 ff., 73; *Mayer-Maly*, Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 1965, 829 (833).

¹⁰¹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 136; § 1 Rn. 1116.

keine Aussage.¹⁰² Im Übrigen leuchtet es nicht ein, weshalb ein Unternehmen mit jedwedem Dritten eine schuldrechtliche Vereinbarung schließen darf, jedoch nicht mit einer Gewerkschaft.¹⁰³ Um die Reichweite der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis bestimmen zu können, muss sich vielmehr an Art. 9 Abs. 3 GG orientiert werden: Fällt der vorliegende Sachverhalt noch unter das Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, darf dieser Inhalt tarifnormübergreifend geregelt werden.¹⁰⁴ Den Koalitionen bleibt so die Möglichkeit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mittels koalitionsspezifischen Schuldrechtsvertrags zu regeln.¹⁰⁵

bb) Beispielfälle

Fraglich ist, wie sich die schuldrechtliche Regelungsbefugnis im Zusammenhang mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern und mit der tarifreuen Vertragspartnerwahl verhält.

(1) „Leiharbeitnehmer“

Weil schuldrechtliche Vereinbarungen nicht normativ gelten, können sie nur mit dem Entleiher direkt getroffen werden. Im Hinblick auf den Equal-Pay-Grundsatz ist fraglich, ob der Entleiher dazu verpflichtet werden kann, diesen im obligatorischen Teil des Tarifvertrags festzuschreiben und bei Nichteinhaltung dem Leiharbeitnehmer gegenüber zu haften.¹⁰⁶ Diese Koalitionsverträge können bei Haustarifverträgen den Leiharbeitnehmern als Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter abgeschlossen werden. Eine solche Vertragskonstellation liegt vor, wenn der Dritte (hier der Leiharbeitnehmer) keine primären Leistungsansprüche erhält, der Versprechende (Entleiher) aber Verhaltenspflichten schuldet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen können.¹⁰⁷ Dasselbe gilt für die tarifvertragliche Vereinbarung des Entleihers mit dem Verleiher, die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb unter den dort geltenden Tarifbedingungen arbeiten zu lassen.¹⁰⁸

¹⁰² *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1116.

¹⁰³ *Rieble* (Fn. 6), 109.

¹⁰⁴ *Zachert*, *Jenseits des Tarifvertrags- sonstige Kollektivvereinbarungen der Koalitionen*, NZA 2006, 10 (13); *Kühning/Bertelsmann*, *Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit, Arbeitskampf aus Anlass von Standortentscheidungen* NZA 2005, 1017 (1019).

¹⁰⁵ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 136; *Jacobs*, *Tarifvertragsrecht*, 1. Aufl. 2007, § 4 Rn. 165.

¹⁰⁶ *Krause* (Fn. 3), S. 75 f.

¹⁰⁷ *Gruneberg*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 328 Rn. 13; *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).

¹⁰⁸ *Hensche/Heuschmid*, in: Däubler, *Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 3. Aufl. 2012, TVG § 1 Rn. 793; *Thüsing* (Fn. 81), 5. Kap. LeihAN Rn. 2.

(2) „Wäscherei“

Fraglich ist, ob es sich der Befugnis der Tarifvertragsparteien entzieht, schuldrechtlich tarifvertraglich Einfluss auf die Auswahl der Geschäftspartner der Unternehmer in der Hinsicht zu nehmen, dass sich die Unternehmensleitung dazu verpflichtet, nur tarifgebundene Auftragnehmer auszuwählen, zum Beispiel tarifgebundene Wäschereien. Dem ist nicht so. Zwar ist das Gütermarktverhalten des Unternehmens dem normativen Teil des Tarifvertrags verschlossen, schuldrechtlich kann sich der Arbeitgeber hingegen auch in seinem Marktverhalten, konkret bei der Auswahl seiner Vertragspartner, binden.¹⁰⁹

c) Personelle Reichweite

Inwieweit Nichtorganisierte von den Vereinbarungen der Koalitionen im Bereich ihrer Tarifautonomie betroffen sein können, ist Frage der Auslegung des TVG im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG und bedarf besonderer Rechtfertigung.¹¹⁰ Das BAG betont den Grundsatz, dass die Tarifparteien bei arbeitsverhältnisbezogenen Regelungen zunächst keine Normsetzungsmacht gegenüber Außenseitern haben.¹¹¹ Eine Verpflichtung zur Übernahme von Vertragsinhalten in Arbeitsverhältnisse ist jedoch seit jeher möglich und Kernbestandteil des deutschen Tarifrechts.¹¹² Außenseiterklauseln in diesem Sinne sind Vereinbarungen in Tarifverträgen, wonach nichtorganisierte Arbeitnehmer (Außenseiter) den Organisierten gesamtvertraglich oder im Hinblick auf einzelne Regelungen gleichgestellt werden.¹¹³ Teilweise werden solche Klauseln für unzulässig gehalten.¹¹⁴ Diese Ansicht ist jedoch überholt.¹¹⁵ Die Gewerkschaft fordert regelmäßig auch die Außenseiter zum Arbeitskampf auf, für die entsprechend grundsätzlich die Möglichkeit bestehen muss, von der geforderten Vereinbarung erfasst zu sein.¹¹⁶ Somit sind Außenseiterklauseln, jedenfalls solange sie für den nichtorganisierten Arbeitnehmer vorteilhaft sind, zulässig.¹¹⁷ Solche Abreden gehören in den Bereich der Arbeits- und

¹⁰⁹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 1153.

¹¹⁰ BVerfGE 44, 322 (348); *Waltermann*, Zu den Grundlagen der Tarifautonomie, ZfA 2000, 53 (75).

¹¹¹ BAG, NZA 2011, 920 (924).

¹¹² *Thüsing*, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 861.

¹¹³ *Thüsing* (Fn. 81), 5. Kap. Außenseiterklausel Rn. 1; *Lorenz*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2012, TVG § 3 Rn. 274.

¹¹⁴ *Mayer-Maly* (Fn. 100), 833.

¹¹⁵ BAG, NJW 1968, 1903 (Ls.); *Lorenz* (Fn. 113), § 3 Rn. 274; *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 243.

¹¹⁶ *Thüsing* (Fn. 112), § 1 Rn. 862.

¹¹⁷ *Zeibig/Zachert* (Fn. 50), § 1 Rn. 955; *Lorenz* (Fn. 113), § 3 Rn. 274; *Thüsing* (Fn. 112), § 1 Rn. 965.

Wirtschaftsbedingungen und können als Vertrag zugunsten Dritter unmittelbare Ansprüche der Außenseiter begründen.¹¹⁸ Betriebsnormen nach § 1 Abs. 1 TVG gelten hingegen einheitlich in den jeweiligen Betrieben, unabhängig vom Organisationsgrad der Belegschaft.¹¹⁹

d) Fazit

Demnach können zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen schuldrechtliche Tarifverträge geschlossen werden. Einstellungshöchstquoten von Leiharbeitnehmern können sogar als Betriebsnormen normativ geregelt werden. Mittels Außenseiterklauseln können nicht organisierte Arbeitnehmer von solchen tarifvertraglichen Regelungen erfasst werden.

3. Tariflicher Rechtsformzwang

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach einem tariflichen Rechtsformzwang, d.h., ob die Tarifvertragsparteien darüber hinaus Inhalte vertraglich festlegen können, die weder normativ noch schuldrechtlich tariflich regelbar sind. Solche Koalitionsvereinbarungen sind grundsätzlich nicht unzulässig.¹²⁰ Die Tarifvertragsparteien können frei entscheiden, ob sie zur „Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ Tarifverträge oder sonstige schuldrechtliche Abreden abschließen möchten.¹²¹ Wird der Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verlassen, fußen diese jedoch nicht mehr auf der Privilegierung des Art. 9 Abs. 3 GG,¹²² sondern leiten sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG ab und stellen somit kein koalitionspezifisches Recht der Betätigungsfreiheit dar.¹²³ Die Tarifparteien sind umfassend rechtsfähig und können schuldrechtliche Verträge außerhalb der Tarifautonomie abschließen.¹²⁴ Mittels Bezugnahmeklausel können sich die Arbeitsvertragsparteien diesem Regelwerk im jeweiligen Arbeitsvertrag unterwerfen.¹²⁵ Darüber hinaus kann durch den echten Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB jedem dritten Arbeitnehmer Ansprüche erwachsen,

¹¹⁸ Thüsing (Fn. 112), § 1 Rn. 965.

¹¹⁹ Wiedemann, Der nicht organisierte Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 2007, 65 (68); Streit zu personellen Grenzen bei Betriebsnormen; Loritz, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers, 1990, S. 41 ff.

¹²⁰ Franzen (Fn. 14), 136; a.A. Mayer-Maly, Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966, 1067 (1069).

¹²¹ Däubler, in: Däubler Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn. 872.

¹²² Zeibig-Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 947; Franzen (Fn. 94), TVG § 1 Rn. 3.

¹²³ Meike (Fn. 31), S. 154; Franzen (Fn. 14), 128 f.

¹²⁴ Rieble (Fn. 6), 115.

¹²⁵ Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1119.

wodurch der Arbeitgeber unmittelbar vertraglich verpflichtet wird.¹²⁶ Diese Koalitionsverträge können bei Haustarifverträgen zum Beispiel den Leiharbeitnehmern als echte Verträge zu Gunsten Dritter gem. § 328 BGB Ansprüche gegenüber dem Entleiher begründen.¹²⁷ Grundsätzlich muss mittels Auslegung (nach §§ 133, 157 BGB) geklärt werden, ob ein normativer bzw. schuldrechtlich wirkender Tarifvertrag oder eine sonstige nicht tarifliche schuldrechtliche Vereinbarung vorliegt und die Parteien sich rechtlich mittels Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB binden wollen.¹²⁸ Aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse kommt diesen schuldrechtlichen Vereinbarungen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers keine unmittelbare Wirkung zu; vielmehr steht § 328 BGB neben diesem und kann mittels Bezugnahmeklausel übernommen werden.¹²⁹ Die Arbeitnehmer können die Gewerkschaft mittels Vollmacht (nach §§ 167 ff. BGB) darüber hinaus dazu ermächtigen, schuldrechtliche Verträge zu schließen, die zum Inhalt Regelungen haben, die tariflich nicht regelbar wären.¹³⁰ Beispiele hierfür sind unter anderem Vereinbarungen zum Umweltschutz, Produktgestaltungen, Festlegung von Produktpaletten und die Preisgestaltung.¹³¹ Danach ist auch die Festlegung der Auftragsvergabe des Unternehmens nach tarifpolitischen Zwecken, wie oben ausgeführt, zum Beispiel bei der Auftragsvergabe tarifgebundener Wäschereien, möglich.¹³² Darüber hinaus kann ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter geschlossen werden, der dem Dritten zwar keinen eigenen Leistungsanspruch verschafft, jedoch einen vertraglichen Schadensersatzanspruch.¹³³ Ein solcher schuldrechtlicher Vertrag wurde durch die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie geschlossen. Dieser beinhaltete die Verpflichtung des Entleihers, darauf hinzuwirken, dass dem Leiharbeiter während seines Einsatzes im Entleiherbetrieb seitens seines Verleihers das dort gewährte entsprechende Entgelt bezahlt werde.¹³⁴

4. Streikrecht

Die Tarifautonomie umfasst die Gewährleistung des Arbeitskampfes.¹³⁵ Alles was tariflich normativ regelbar ist, kann auch Gegenstand eines Arbeitskampfes

¹²⁶ Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1121; Zeibig/Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 941.

¹²⁷ Rieble (Fn. 77), 79, Rn. 31, Krause (Fn. 3), S. 76.

¹²⁸ BAG, NZA 2005, 178 (180 f.); 1998, 654 (657 f.); Zeibig/Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 988.

¹²⁹ Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1129.

¹³⁰ Giesen (Fn. 22), 77.

¹³¹ Franzen (Fn. 14), 129.

¹³² Rieble (Fn. 6), 115.

¹³³ BAGE 59, 177 (186); BGHZ 49, 350 (353).

¹³⁴ Zeibig/Zachert (Fn. 50), § 1 Rn. 988.

¹³⁵ Franzen (Fn. 14), 135.

sein.¹³⁶ Dementsprechend können Zeitarbeitshöchstquoten, die via Betriebsnormen beschlossen werden, erstreikt werden.

a) *Schuldrechtliche Tarifverträge*

Fraglich ist, ob schuldrechtliche Tarifvereinbarungen erstreikt werden dürfen. Teilweise wird vertreten, das Streikrecht beschränke sich auf die durch § 1 TVG geregelten Normen und sei deshalb für schuldrechtliche Vereinbarungen in den Tarifverträgen nicht gegeben.¹³⁷ Der Ausgangspunkt sei Art. 9 Abs. 3 GG und nicht § 1 TVG.¹³⁸ Ebenso wie bei der Argumentation gegen eine tarifliche Regelungssperre von schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen, kann auch hier ein Ausschluss des Streikrechts nicht überzeugen. Schuldrechtliche Koalitionsverträge werden vielfach über Regelungstatbestände jenseits der klassischen Arbeitsbedingungen geschlossen; ein Streikverbot hierfür würde die Möglichkeiten der Gewerkschaften übermäßig einengen.¹³⁹ Solange der Regelungsinhalt von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird, besteht die Möglichkeit der Durchsetzung der Interessen der Arbeitnehmer durch Arbeitskampf.¹⁴⁰ Bezogen auf das in diesem Beitrag untersuchte Beispiel der „Leiharbeiter“ steht die Friedenspflicht aus den Tarifverträgen mit der Verleiherseite dem Streikrecht nicht entgegen, solange es sich um die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes auf Entleiherseite handelt.¹⁴¹ Demnach können tarifvertragliche Regelungen (über schuldrechtliche Vereinbarungen) zur Leiharbeit mit dem Entleiher (zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes) auch via Streik grundsätzlich durchgesetzt werden.¹⁴² Dasselbe muss für den Einfluss auf die tariftreue Vertragspartnerwahl gelten. Grundsätzlich besteht daher für schuldrechtliche Tarifvereinbarungen das Recht zu streiken.¹⁴³ Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt, da hier die Außenschranke der Koalitionsfreiheit, insb. das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht des bestreikten Unternehmens auf unternehmerische Entscheidungsfreiheit, Grenzen aufzeigen kann.¹⁴⁴ Dies gilt es im Folgenden zu erörtern.

¹³⁶ BAGE 46, 322 (357).

¹³⁷ Greiner, „Tarifsozialplan“ bei Betriebsübergang?, NZA 2008, 1274 (1277); Giesen (Fn. 22), 69 f.; Mayer-Maly (Fn. 120), 1069.

¹³⁸ Giesen (Fn. 22), 69.

¹³⁹ Franzen (Fn. 14), 130.

¹⁴⁰ Franzen (Fn. 14), 147.

¹⁴¹ Berg (Fn. 64), 87; einschränkend Krause (Fn. 3), S. 130.

¹⁴² Berg (Fn. 64), 86.

¹⁴³ Franzen (Fn. 14), 134; Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 1167; Krause (Fn. 3), S. 126.

¹⁴⁴ Franzen (Fn. 14), 134 f.

b) Außertarifvertragliche schuldrechtliche Vereinbarungen

Da außertarifvertragliche schuldrechtliche Vereinbarungen nicht unter dem Schutz des Koalitionszwecks aus Art. 9 Abs. 3 GG stehen, ist hier das Streikrecht grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁴⁵ Die Gewerkschaft handelt hier wie jedes andere Privatrechtssubjekt und ist so den hierauf anwendbaren Wertungskriterien des Zivilrechts (und des Kartellrechts) unterstellt.¹⁴⁶ Unter Zugrundelegung der Annahme einer Versagung der Möglichkeit, schuldrechtlich tarifvertragliche Regelungen zur Steuerung der tariftreuen Vertragspartnerwahl zu vereinbaren (a.E. hier „Wäscherei“ III. 2. a) bb) (2)), ist fraglich, ob in diesen Fällen für die Möglichkeit des Arbeitskampfes ähnliche Kriterien wie zur Zulässigkeit von Unterstützungstreiks herangezogen werden können. Die Gewerkschaft setzt hier auf den Einfluss des direkt bestreikten Unternehmens als Adressat des Streiks; die Zulässigkeit des Unterstützungstreiks soll hier die Funktionsdefizite der Tarifautonomie im eigentlichen Regelungsbereich überwinden.¹⁴⁷ Dabei ist die mittels Androhung von Arbeitsniederlegungen erzeugte Einflussnahme auf das Nachfrageverhalten des Unternehmens, zum Beispiel für die Auswahl von tarifgebundene Wäschereien, im Verhältnis zum Unterstützungstreik ein weitaus schonenderes Mittel, da hier das angegangene Unternehmen – anders als beim Unterstützungstreik – entscheiden kann, ob es dem Gesuch der Gewerkschaft nachkommt oder nicht.¹⁴⁸ Da für die Zulässigkeit eines Unterstützungstreiks die Nähe zum Hauptstreik entscheidend ist,¹⁴⁹ gilt, dass ein solches tarifpolitisches Treuverhalten nur dann zulässig sein kann, wenn die Gewerkschaft ihre eigenen Tarifstandards stützen will.¹⁵⁰ Das ist für die Auswahl von tarifgebundenen Wäschereien aber gerade der Fall. Die IG Metall wollte hier die Auftragsvergabe auf solche Wäschereien beschränken, die ihrerseits an die IG Metall-Tarifverträge gebunden sind. Insofern kann man in diesem Fall von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Arbeitskampfes ausgehen.

5. Verfassungsrechtliche Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Regelung des Marktverhaltens von Unternehmen

Untersucht werden soll nun, welchen Wirksamkeitshemmnissen Tarifverträge unterliegen. Es stellt sich die Frage, ob und inwiefern Tarifverhandlungen über das Marktverhalten von Unternehmen geführt und somit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit beschnitten werden darf. Hierin könnte ein Verstoß

¹⁴⁵ *Franzen* (Fn. 14), 129.

¹⁴⁶ *Ebd.*, S. 138.

¹⁴⁷ *Ebd.*, S. 140.

¹⁴⁸ *Ebd.*

¹⁴⁹ BAG, NZA 2007, 1055 (Ls).

¹⁵⁰ *Franzen* (Fn. 14), 141.

gegen höherrangiges Recht liegen. Die unternehmerische Freiheit könnte der Tarifautonomie entgegenstehen.

a) *Verstoß gegen externe Grenzen*

Fraglich ist, ob ein normativer bzw. schuldrechtlicher Tarifvertrag gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.

aa) Bindung an Grundrechte

Dazu müssten die Tarifvertragsparteien an die Grundrechte gebunden sein. Dabei gelten die Grundrechtsschranken für den Haustarifvertrag ebenso wie für den Verbandstarifvertrag.¹⁵¹ Aufgrund der schuldrechtlichen und normativen Doppelnatur der Tarifverträge ist sodann fraglich, ob die Grundrechtsschranken hier unmittelbare oder mittelbare Bindungswirkung entfalten.

(1) Unmittelbare Bindung

Teilweise wird vertreten, die Tarifvertragsparteien seien unmittelbar an die Grundrechte gebunden.¹⁵² Zum einen seien die Tarifnormen aufgrund der normativen Wirkung der §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG als Gesetzgebung i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG anzusehen und so in gleichem Maße wie der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden.¹⁵³ Auch wird zum Teil in § 1 Abs. 1 TVG eine gesetzliche Anordnung der Grundrechtsbindung gesehen,¹⁵⁴ oder die Begründung mittels Eingliederung der Tarifnormen in die Normenhierarchie¹⁵⁵ bzw. der sozialen Macht der Verbände gegenüber deren Mitgliedern¹⁵⁶ gesucht.

(2) Mittelbare Bindung

Dem widerspricht die wohl h.M. in der Literatur und neuere Rechtsprechung: Die Tarifvertragsparteien seien keine Staatsgewalt und als Grundrechtsträger nur mittelbar an die Grundrechte gebunden.¹⁵⁷ Ansatzpunkt ist vor allem die sog. Schutzgebotslehre von *Canaris*¹⁵⁸ und dem *BVerfG*¹⁵⁹. Da Tarifverträge keine Akte öffentlicher Gewalt sind, unterlägen diese keiner unmittelbaren Grundrechtsbindung; die Schutzfunktion der Grundrechte sei vielmehr

¹⁵¹ *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 718.

¹⁵² Frühere Rspr. BAGE 1, 258 (262 ff.).

¹⁵³ BAGE 1, 258 (262 ff.); 4, 240 (250 ff.).

¹⁵⁴ *Löwisch*, Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien, RdA, 2000, 310 (314).

¹⁵⁵ *Säcker/Oetker* (Fn. 75), S. 243.

¹⁵⁶ *Käppler*, Tarifvertragliche Regelungsmacht, NZA 1991, 745 (749).

¹⁵⁷ BAGE 88, 118, (123 f.); *BAG*, NZA 2004, 1399 (1399); *Spelge*, in: AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, GG Art. 9 Rn. 66.

¹⁵⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201 (228).

¹⁵⁹ BVerfGE 81, 242 (254 f.); 89, 214 (229 f.).

mittelbar zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Der h.M. ist zu folgen. Somit ergibt sich grundsätzlich eine mittelbare Grundrechtsbindung für Tarifverträge.

(3) Maßstab der Grundrechtsbindung

Fraglich ist, an welchem Maßstab sich die mittelbare Grundrechtsbindung orientiert. Teilweise wird von einer gegenüber der unmittelbaren Grundrechtsbindung geringeren Kontrollintensität ausgegangen.¹⁶¹ Die Kompetenzen der Tarifvertragsparteien reichen im Hinblick auf die auszuhandelnden Tarifinhalte um einiges weiter als die hoheitlichen, sodass lediglich ein Mindestschutz in Form eines Untermaßverbots gewährleistet sei.¹⁶² Andere legen hier keinen geringeren Kontrollmaßstab zugrunde, sondern halten die Tarifvertragsparteien im Hinblick auf die Normsetzung ebenso schutzwürdig wie gegenüber staatlichen Regelungen.¹⁶³ Gegen eine zu weite Einschränkung der Kontrollintensität der Grundrechtsbindung und damit für eine weitere Öffnung des Handlungsspielraums der Tarifvertragsparteien spricht deren Befugnis, Regelungen zu treffen, die der Staat eben nicht festlegen darf.¹⁶⁴ Letztlich entscheidend ist der Ausgleich der jeweiligen betroffenen Grundrechtsgüter, sodass weder die Tarif- noch die Unternehmensautonomie leerläuft.¹⁶⁵

(4) Besonderheiten bei schuldrechtlichen Verträgen

Da die oben geführte Diskussion im Zusammenhang mit den normativen Regelungen von Tarifverträgen geführt wird, stellt sich die Frage, wie sich die Grundrechtsbindung zum schuldrechtlichen Teil verhält. Auch hier gelten die Vereinbarungen mittels Verbandsgewalt gegenüber den Vertragsparteien, sodass eine unmittelbare Bindung der Grundrechte von vornherein ausscheidet.¹⁶⁶ Vielmehr lässt sich eine mittelbare Grundrechtsbindung über die zivilrechtliche Generalklausel in den §§ 138, 242 BGB herleiten.¹⁶⁷ Eine mittelbare Grundrechtsbindung gilt auch für die privatrechtlichen Schuldverträge, die zwischen den Koalitionen beschlossen werden.¹⁶⁸ Teilweise wird der haustarifvertragsabschließende Arbeitgeber jedoch als nicht grundrechts-

¹⁶⁰ Jarass/Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 42; Löwisch/Rieble (Fn. 15), § 1 Rn. 582.

¹⁶¹ Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129 (134).

¹⁶² Ebd.; Zachert, Elemente einer Dogmatik der Grundrechtsbindung der Tarifparteien, AuR 2002, 330 (331).

¹⁶³ Franzen, Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte? dargestellt am Beispiel von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung, ZAAR 2 (2005), 142 (148).

¹⁶⁴ BAG, NZA 2007, 343 (345).

¹⁶⁵ BAG, NZA 1990, 886 (889).

¹⁶⁶ Franzen (Fn. 94), TVG, § 1 Rn. 86; Löwisch/Rieble, (Fn. 15), § 1 Rn. 589.

¹⁶⁷ Säcker/Oetker (Fn. 75), S. 249.

¹⁶⁸ Säcker/Oetker (Fn. 75), S. 249.

schutzwürdig angesehen, da ihm durch die autonome Vertragsgestaltung die für seine Schutzbedürftigkeit notwendige Fremdbestimmung seitens des Arbeitgeberverbandes fehle.¹⁶⁹ Dem ist – neben eines durch den Wegfall der Grundrechtsbindung drohenden schrankenlosen Überhangs der Tarifautonomie – allerdings entgegen zu halten, dass die besondere Schutzwürdigkeit zudem aus der Streikgefahr entspringt, die beim Verbandstarif, wie auch beim Haustarifvertrag, für den Arbeitgeber besteht und durch die sich ein strukturelles Übergewicht seitens der Gewerkschaft ergibt, welche die Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers mithin beim Haustarifvertrag begründet.¹⁷⁰ Somit sind schuldrechtliche Regelungen des Tarifvertrags und die privatrechtlichen Schuldverträge mittelbar an die Grundrechte gebunden.

bb) Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Zu klären ist, ob in der tarifrechtlichen Regelung des Marktverhaltens von Unternehmen ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG des Unternehmers liegt. Die Unternehmerfreiheit, die dem Marktverhalten von Unternehmen zu Grunde liegt, ergibt sich aus den Schutzbereichen der Art. 12 Abs. 1, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁷¹ Der Schutzbereich der Tarifautonomie ergibt sich wie bereits dargestellt aus Art. 9 Abs. 3 GG. Bei freiwillig geschlossenen Haustarifverträgen kann die tarifvertragliche Bindung des Arbeitgebers nicht als Einschränkung der Unternehmensautonomie betrachtet werden. Vielmehr übt der Arbeitgeber in der Gestaltung der Kooperationsbedingungen mit der Arbeitnehmerseite gerade seine Berufsfreiheit aus.¹⁷² Ein Eingriff in Art 12 Abs. 1 GG liegt hier nicht vor.¹⁷³ Fraglich ist, ob sich im Falle eines drohenden Streiks rechtlich etwas anderes ergibt. Dies soll im Folgenden erörtert werden und spielt maßgeblich bei der Rechtfertigung eines möglichen Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG eine Rolle. Durch Art. 12 GG wird generell die Freiheit der Auswahl und Ausübung jeglicher erwerbsbezogener Tätigkeiten als Teilhabe am Wettbewerb geschützt.¹⁷⁴ Im Einzelnen zählen dazu die Organisations-, Entgelt-, Vergütungs-, Arbeitsvertrags- und die Wettbewerbsfreiheit des Unterneh-

¹⁶⁹ Reuter, Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregeln, ZfA 1978, 1 (41 f.); Weyand, Die tarifvertragliche Mitbestimmung unternehmerischer Personal- und Sachentscheidungen, 1989, S. 114.

¹⁷⁰ Geiselhart (Fn. 9), S. 50.

¹⁷¹ BVerfGE 50, 290 (339 ff.).

¹⁷² Krause (Fn. 3), S. 90; Walker, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501 (531).

¹⁷³ Wolter, Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218 (222); Walker (Fn. 172), 531.

¹⁷⁴ Schmidt, in: ErfK zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, GG, Art. 12 Rn. 9.

mers.¹⁷⁵ Demzufolge ist davon auch das Marktverhalten zur Betätigung des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbs sowie der Arbeitsorganisation erfasst, sodass hier grundsätzlich ein Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG des Unternehmers vorliegt, wenn er die eben genannten Freiheiten nicht mehr autonom ausüben kann. Das gilt entsprechend zum Beispiel für die Vereinbarung von Höchstquoten beim Einsatz von Leiharbeitnehmern. Die tarifliche Begrenzung im Entleiherbetrieb in Form einer Besetzungsquote greift in die Autonomie des Unternehmers dergestalt ein, dass er über den Geld/Sachmittel- und Personaleinsatz nicht mehr gänzlich frei entscheiden kann.¹⁷⁶ Muss der Unternehmer aufgrund des Verbots, mehr Leiharbeiter einzusetzen, auf andere Alternativen zurückgreifen, ist er erheblich in seiner Entscheidungsbefugnis eingeschränkt.¹⁷⁷ Dasselbe ergibt sich bei der Beeinflussung der Vertragspartnerwahl. Auch für die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes und damit der Beschneidung der Arbeitgeberautonomie, über seine Geldmittel frei zu entscheiden, kann nichts anderes gelten.¹⁷⁸ Somit bedarf es bei einer Kollision der vorliegenden Grundrechtspositionen aus der Tarif- und Unternehmerfreiheit eines sachgerechten Ausgleichs im Wege einer praktischen Konkordanz.¹⁷⁹

cc) Rechtfertigung des Eingriffs

Fraglich ist, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers gerechtfertigt sein kann. Dazu ist zu untersuchen, inwieweit die geschützten Grundrechte der unternehmerischen Freiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und die Tarifautonomie gem. Art. 9 Abs. 3 GG in diesem Zusammenhang zu einem Ausgleich zu bringen sind. Die Ausübung des einen Grundrechts darf dabei nicht das Leerlaufen des anderen zur Folge haben, sodass der jeweilige Kern erhalten bleiben muss.¹⁸⁰ Der Unternehmer muss grundsätzlich frei darüber entscheiden können, ob er seinen Beruf ausübt und welche unternehmerischen Ziele er dabei mit welchen Mitteln verfolgt.¹⁸¹ Daher könnte das Druckmittel eines erzwungenen Tarifvertrags diesem Kernbereich seiner unternehmerischen Freiheit entgegenstehen. Teilweise wird vertreten, die Möglichkeit des Arbeitskampfes stünde für alle tariflich regelbaren Inhalte offen.¹⁸² Dadurch würde der Gewerkschaft jedoch ein ausuferndes Recht zur zwangsweisen Durchsetzung eines eigentlich freiwillig geschlossenen Haustarifvertrags

¹⁷⁵ BVerfGE 50, 290 (363); *Geiselhart* (Fn. 9), S. 61 f.

¹⁷⁶ LAG, NZA-RR 2003, 592 (594); *Geiselhart* (Fn. 9), S. 79.

¹⁷⁷ *Geiselhart* (Fn. 9), S. 79.

¹⁷⁸ A.A. *Krause* (Fn. 3), S. 95.

¹⁷⁹ BVerfGE 39, 1 (43); *Schmidt* (Fn. 174), GG, Einl. Rn. 51.

¹⁸⁰ BAGE 64, 284 (295); *BAG*, NZA 1990, 886 (889).

¹⁸¹ *BAG*, NZA 1990, 886 (889); *Franzen* (Fn. 14), 134.

¹⁸² *Däubler* (Fn. 37), S. 428 f.; *Meik* (Fn. 31), S. 51 f.; wohl auch BAGE 46, 322 (357).

gewährt werden, was im Widerspruch zur grundrechtlich gewährten Unternehmerfreiheit stünde.¹⁸³ Bei konsequenter Anwendung dieser Ansicht könnte man den Tarifparteien zur Vermeidung des Zugriffs auf die unternehmerischen Entscheidungen mittels Arbeitskampf bereits die tarifliche Regelungsbefugnis für derartige Sachverhalte entziehen.¹⁸⁴ Dies kann aber nicht überzeugen (**III. 2. b.**). Fraglich ist hier also lediglich die Eingriffsintensität, d.h., ob die zwangsweise Durchsetzung eines Arbeitskampfes, geschützt durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, hier unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG eingreift.

(1) „Leiharbeiter“

Fraglich ist, wie sich die widerstreitenden Grundrechtspositionen bei einer normativ tariflichen Vereinbarung von Höchstquoten bei der Leiharbeit verhalten. Die tarifliche Begrenzung im Entleiherbetrieb in Form einer Quote greift in die Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers ein (**I. 5. a) bb**). Die Gewerkschaft übt hier einen erheblichen Einfluss auf die Personalentscheidungsfreiheit des Arbeitgebers aus. Demgegenüber könnte eine derartige Begrenzungsquote der Leiharbeiter – quasi als Besetzungsregel – dem Schutz der Stammarbeiter dienen.¹⁸⁵ Hierzu könnte man den Überforderungs- und Bestandsschutz anführen. Die Stammarbeiter würden durch eine Leiharbeiterquote davor geschützt, belastende Einarbeitungsaufgaben übernehmen zu müssen oder nach und nach durch Leiharbeiter ausgetauscht zu werden.¹⁸⁶ Allerdings ist die Entscheidung über die (Neu-) Besetzung von Arbeitsplätzen gerade Ausdruck der Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers.¹⁸⁷ Mithin überwiegt hier letztlich die grundrechtlich geschützte Unternehmerfreiheit gegenüber der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft.

Im Hinblick auf die Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes versucht die Gewerkschaft auf das Vertragsverhalten zwischen Entleiher und Verleiher dergestalt Einfluss zu nehmen, dass der Entleiher auf die Einhaltung des Equal-Pay-Grundsatzes durch den Verleiher hinwirkt. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit für den Eingriff in die Ausübung der Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers ist hier nicht ersichtlich. Vielmehr müsste die Gewerkschaft mit der Verleiherseite entsprechende Verträge abschließen, um die Einhaltung des Grundsatzes adäquat sicherzustellen. Im Bezug auf den Einsatz von Leiharbeitern kann lediglich der Schutzgedanke der Stammarbeiter seitens der

¹⁸³ Geiselhart (Fn. 9), S. 110 f.

¹⁸⁴ Vgl. *ebd.*, S. 111.

¹⁸⁵ *Ebd.*, S. 80 f.

¹⁸⁶ *Ebd.*

¹⁸⁷ Geiselhart (Fn. 9), S. 80 f.

Gewerkschaft ins Gewicht fallen. Das Recht der Gewerkschaft, hier einen Arbeitskampf zu führen, überwiegt in der Abwägung mit dem Grundrecht des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG nicht, zumal ein Verbot des Arbeitskampfes hier als deutlich milderes Mittel anzusehen ist, als ein gänzlich Verbot des Abschlusses von solchen tariflichen Befugnissen.¹⁸⁸ Vielmehr optimiert ein Verbot des Streikrechts beide hier betroffenen Grundrechtspositionen, die Tarifautonomie und die unternehmerische Freiheit.¹⁸⁹ Damit würde die kampfwise Durchsetzung tariflicher Regelungen zum Einsatz von Leiharbeitnehmern rechtswidrig in die Berufsfreiheit des entleihenden Arbeitgebers eingreifen.¹⁹⁰

(2) „Wäscherei“

Zweifelsohne kann für die Beeinflussung der Vertragspartnerwahl nichts anderes gelten. Der Arbeitgeber ist hier massiv im Kern in seiner Ausgestaltung der Unternehmerfreiheit beschnitten. Dies könnte nur durch eine ebenso schützenswerte Grundrechtsposition gerechtfertigt werden. Diese liegt hier jedoch nicht vor. Zwar gilt die tariftreue Auftragsvergabe dem Schutz der (hier in den „Wäschereien“) betroffenen Arbeitnehmer. Letztlich kann der tarifpolitische Zweck zur tariftreuen Vertragsgestaltung diesen massiven Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers jedoch nicht rechtfertigen.¹⁹¹

a) Fazit

Vorliegend überwiegt zwischen den widerstreitenden Positionen mithin das Recht des Unternehmers, sodass bei den hier untersuchten Fällen Streikmaßnahmen der Gewerkschaft sämtlich unrechtmäßig in die Berufsfreiheit des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen würden. Demzufolge wären solche erzwungenen Tarifverträge unwirksam.

6. Europarecht

Zuletzt gilt es herauszufinden, wie sich das geltende Unionsrecht zu Tarif- und sonstigen Verträgen mit marktbezogenem Inhalt verhält.

a) *Europarechtlicher Rahmen für Tarifverträge?*

aa) Europäisches Tarifvertragsrecht?

Tarifverträge müssen neben dem deutschen Recht auch mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar sein und aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs

¹⁸⁸ *Franzen* (Fn. 15), 135.

¹⁸⁹ *Walker* (Fn. 172), 532; *Franzen* (Fn. 14), 135.

¹⁹⁰ *Geiselhart* (Fn. 9), S. 118.

¹⁹¹ *Lönisch/Rieble* (Fn. 15), § 1 Rn. 973.

des Unionsrechts mithin unionskonform ausgelegt werden.¹⁹² Andererseits darf die Rechtsetzung der EU dabei nicht so weit gehen, dass dadurch die Kollektivvereinbarungsautonomie unangemessen beschnitten würde: Dies ergibt sich aus den sozialpolitischen Zielen der Union nach Art. 151 AEUV und der Bindung an die Grundrechte-Charta (GRC) gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV, Art. 51 GRC, die in Art. 28 GRC die Kollektivvertragsautonomie gewährleistet.¹⁹³ Nach Art. 153 Abs. 5 AEUV kommt der EU in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Koalitions- und Arbeitskampfrechts keine eigenständige Regelungskompetenz zu.¹⁹⁴ Das Tarifvertragsrecht ist stattdessen Angelegenheit der Nationalstaaten.¹⁹⁵ Das Europarecht hält – nicht zuletzt aufgrund der jeweils höchst unterschiedlichen Ausgestaltung der dortigen Systeme der Arbeitsbeziehungen – bisher keinen Rechtsrahmen zur Regelung europäischer Kollektivvereinbarungen bereit.¹⁹⁶ Somit kann das europäische Arbeitsrecht zur Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit von Tarifverträgen mit marktsteuerndem Inhalt bisher keinen adäquaten Regelungsrahmen liefern.

bb) Sozialvereinbarungen mittels sozialen Dialogs

Ein zentrales Werkzeug im Zusammenhang mit europäischen Kollektivverhandlungen stellt im Unionsrecht der „soziale Dialog“ dar. Nach Art. 155 Abs. 1 AEUV können die Sozialpartner mittels des sozialen Dialogs europäische Sozialvereinbarungen schließen.¹⁹⁷ Fraglich ist folglich, welche rechtliche Bedeutung dieser Befugnis zukommt, d.h., ob sich hieraus eventuell doch eine Rechtssetzungskompetenz nach EU-Recht ableiten lässt. Getrennt von der Frage der Regelungsbefugnis ist jedoch zunächst umstritten, wer unter den Begriff „Sozialpartner“ fällt.¹⁹⁸ Teilweise wird vertreten, dass davon nicht nur Akteure auf Unionsebene erfasst seien: Absatz 2 des Art. 155 AEUV spreche lediglich neutral von Sozialpartnern.¹⁹⁹ Zudem würde es der Vereinbarungsautonomie widersprechen, die Sozialpartner auf Unionsebene

¹⁹² *Kocher*, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, Gdl. Rn. 393; Lissabon Vertrag ABl.C-115/344 v. 9.5.2008.

¹⁹³ *Krebber*, Soziale Rechte in der Gemeinschaftsordnung, RdA 2009, 224 (225 f.); *Kocher* (Fn. 192), Gdl. Rn. 395.

¹⁹⁴ *Kocher* (Fn. 192), Gdl. Rn. 395; *Zimmer*, Entwicklungsperspektiven transnationale Kollektivverhandlungen in Europa; Schaffung eines rechtlichen Rahmens für transnationale Kollektivverträge in der Europäischen Union, EuZA 2013, 247 (254); *Löwisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 255.

¹⁹⁵ *Zimmer* (Fn. 194), 247.

¹⁹⁶ *Ebd.*

¹⁹⁷ *Schiek*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2012, TVG Einl. Rn. 754.

¹⁹⁸ *Ebd.*, Rn. 758 ff.

¹⁹⁹ *Ebd.*, Einl. Rn. 802.

derart zu beschränken.²⁰⁰ Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Art. 155 Abs. 1 AEUV bezieht sich nur auf Sozialpartner auf Unionsebene.²⁰¹ Eine Erstreckung auf nationale Tarifvertragsparteien würde der Regelungssperre des Art. 153 Abs. 5 zuwiderlaufen.²⁰² Folglich sind die in diesem Beitrag untersuchten Haustarifverträge von vorneherein nicht von derartigen Sozialvereinbarungen nach Art. 155 Abs. 1 AEUV erfasst.

b) Sonstige Wirkung des Unionsrechts auf nationale Tarifverträge

Grundsätzlich gilt also für die in Deutschland geschlossenen Kollektivverträge das nationale Recht.²⁰³ Möglicherweise entfalten jedoch andere europäische Rechtsnormen Wirkung auf den nach nationalem Recht geschlossenen Tarifvertrag.²⁰⁴ Das Primärrecht der EU wirkt grundsätzlich unmittelbar für die Tarifvertragsparteien ohne zusätzliche Umsetzung in das jeweilige nationale Recht.²⁰⁵ Auf primärrechtlicher Ebene kommt zum einen Art. 28 GRC in Betracht. Dieser gewährleistet ausdrücklich die Kollektivvereinbarungsautonomie.²⁰⁶ Laut *EuGH* können diese Grundrechte die Tarifparteien unmittelbar binden, soweit sie im Anwendungsbereich des Unionsrecht kollektive Regelungen treffen (Art. 153 AEUV).²⁰⁷ Einen konkreteren Regelungsrahmen kann Art. 28 GRC bezogen auf das Koalitionsrecht jedoch nicht gewährleisten, da dem die Regelungssperre des Art. 153 Abs. 5 AEUV entgegensteht.²⁰⁸

Darüber hinaus könnte man daran denken, dass der Koalitionszweck nach Art. 9 Abs. 3 GG auf unionsrechtlicher Ebene an einer strengeren Beurteilung zu bemessen ist, sodass Kollektivverträge, die das Marktverhalten von Unternehmen zu steuern versuchen, vielmehr den Maßstäben der Wettbewerbsfreiheit gem. Art. 101 AEUV unterliegen würden.²⁰⁹ Dies hat der *EuGH* nunmehr verneint.²¹⁰ Vielmehr muss das, was national durch das mitgliedschaftliche Tarifsystem gerechtfertigt ist, auch europarechtlich gelten.²¹¹ Die Reichweite

²⁰⁰ *Schiek* (Fn. 197), Einl. Rn. 802.

²⁰¹ *Krebber*, in: Callies/Ruffert EUV/AEUV-Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 154 Rn. 9.

²⁰² *Ebd.*, Art. 154 Rn. 8.

²⁰³ *Kocher* (Fn. 192), § 4 Rn. 22.

²⁰⁴ Nicht angesprochen wird im Folgenden die Wirkungsreichweite des deutschen Tarifrechts auf ausländische Sachverhalte sowie die Anwendung ausländischer Tarifverträge in Deutschland, hierzu *Kocher* (Fn. 192), § 4 Rn. 24 ff.

²⁰⁵ *EuGH*, NZA-RR 2001, 20 (21 f.); NZA 2008, 124 (127 f.).

²⁰⁶ *Lönisch/Rieble* (Fn. 15), Gdl. Rn. 253; *Kocher* (Fn. 192), § 4 Rn. 18.

²⁰⁷ *EuGH*, NZA 2008, 124 (127 f.).

²⁰⁸ *Krebber* (Fn. 201), Art. 28 EU-GRC Rn. 7.

²⁰⁹ Umfassend zum EGV *Breidenreichen* (Fn. 1), S. 67 ff.

²¹⁰ Vgl. *EuGH*, DB 2000, 826 (827 f.); *Breidenreichen* (Fn. 1), S. 98.

²¹¹ *Breidenreichen* (Fn. 1), S. 98.

des Koalitionsschutzes findet hier unionsrechtlich somit keine andere Beurteilung.

Auf Sekundärebene des EU-Rechts sind keine weiteren Beschränkungen für die in diesem Beitrag untersuchten Tarifverträge ersichtlich.

c) Fazit

Es bleibt mithin abzuwarten, ob die EU in Zukunft einheitliche Regelungen zu transnationalen Kollektivvereinbarungen entwickeln wird. Aus all den oben genannten Normen lässt sich keine hinreichende Rechtsgrundlage für ein europäisches Tarifrecht und damit keinen eigenen rechtlichen Rahmen für Kollektivverträge auf europäischer Ebene ableiten.²¹² Für die in diesem Beitrag untersuchte Frage kann das Unionsrecht also derzeit keine weitergehende Antwort bieten. Somit ist auf die hier erarbeitete Rechtslage nach deutschem Koalitionsrecht zu verweisen.

IV. Gesamtbetrachtung

Zusammenfassend fallen Haustarifverträge, die inhaltlich das Marktverhalten von Unternehmen steuern wollen, zunächst in die Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien und sind mithin vom Koalitionszweck des Art. 9 Abs. 3 GG vom Begriffspaar der „Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ erfasst, solange sie einen arbeitsrechtlichen Bezug aufweisen. Zwar entfällt in den allermeisten Fällen eine normative Regelungsbefugnis. Ausgenommen hiervon sind aber zum Beispiel Zeitarbeitshöchstquoten als Betriebsnormen gem. § 1 Abs. 1 TVG. Den Tarifvertragsparteien bleibt jedoch die Möglichkeit, marktsteuernde Inhalte über schuldrechtliche Tarifverträge festzulegen und über entsprechende Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag auch die nicht organisierten Arbeitnehmer zu binden. Darüber hinaus ist ein Rückgriff auf das allgemeine Vertragsrecht zulässig, der mittels Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB oder mittels Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für die Arbeitnehmer Wirkung entfalten kann. Zudem können außertarifvertragliche Schuldverträge geschlossen werden. Tarifverträge sind inhaltlich mittelbar an die Grundrechte der Tarifvertragsparteien gebunden. Grenzen bietet hier als verfassungsrechtliche Außenbeschränke die Berufsfreiheit des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG, die regelmäßig dem Recht der Gewerkschaft auf Ausübung der Tarifautonomie in den hier aufgeworfenen Fällen vorgeht. Janusköpfige Tarifverträge stellen somit bei Abschlüssen unter Streikdruck rechtswidrige Eingriffe in das von der

²¹² *Zeibig-Zachert* (Fn. 50), § 1 Rn. 987, § 4 Rn. 20; für Betriebsvereinbarungen s. *Rehberg*, Die kollisionsrechtliche Behandlung europäischer Betriebsvereinbarungen, NZA 2013, 73 ff.

unternehmerischen Entscheidung geprägte Marktverhalten des Unternehmers gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar. Dem Recht auf Arbeitskampf zur Durchsetzung der tariflichen Regelungen als Ausdruck der Tarifautonomie steht die Unternehmerfreiheit entgegen, sodass solche Arbeitskämpfe unzulässig sind.²¹³ Das Europarecht stellt zudem bisher keinen Rechtsrahmen für etwaige Kollektivvereinbarungen zur Verfügung. Vielmehr gilt das jeweils nationale Kollektivrecht.

In Bezug auf die Ausgangsfrage, der Wirksamkeit von Tarifverträgen zur Steuerung des Marktverhaltens von Unternehmen, lässt sich festhalten, dass Tarifverträge, die das Marktverhalten von Unternehmen zu steuern versuchen und die unter Streikdruck zustande gekommen sind, regelmäßig unverhältnismäßig in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen. Die Möglichkeit, freiwillige Tarifverträge dieser Art zu schließen, ist damit nicht verwehrt. Vielmehr kommt hier gerade die Berufsfreiheit des Arbeitgebers zum Ausdruck.

²¹³ Geiselhart (Fn. 9), S. 122.