

Arbeitsrecht und Wettbewerb

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einleitung

In einer Festschrift für Gabriel Aubert mitzuschreiben, ist für den, der den Jubilar kennt, eine Selbstverständlichkeit. Gleichzeitig ist es aber schwierig, sich mit dem Gedanken vertraut zu machen, dass auch er nun schon zu den „Ruheständlern“ gehört, eine Vorstellung, die man bisher spontan von sich gewiesen hätte. Doch als älterer Kollege kann ich versichern: Es gibt ein interessantes Leben nach der Altersgrenze. Man kann sogar zu neuen Ufern aufbrechen und morgens jagen, mittags fischen und abends Theaterkritiker sein – ganz so wie es eine etwas in den Hintergrund getretene Utopie für alle Mitglieder der Gesellschaft gewollt hat und da und dort auch immer noch will.

Festschriften geben die Gelegenheit, über Fragen nachzudenken, die in den alltäglichen Auseinandersetzungen eher am Rande stehen oder völlig untergehen. Im Folgenden soll deshalb das Verhältnis des Arbeitsrechts zum Wettbewerb thematisiert werden. Stehen beide in einem harmonischen Ergänzungsverhältnis zueinander oder gibt es einen Kampf um Einflussphären? Welche Regeln gelten, wenn sich zwei Gewerkschaften im selben Betrieb um mehr Mitglieder streiten oder wenn 20 Bewerber gerne eine bestimmte Stelle hätten? Dabei sollen die deutschen Erfahrungen im Vordergrund stehen; andere können besser beurteilen als der Verfasser, inwieweit es in der Schweiz vergleichbare Probleme und/oder andere Lösungen gibt.

II. Die unterschiedlichen Werte – individuelles Erwerbsstreben gegen Solidarität?

Wer im Wettbewerb steht bemüht sich, „besser“ als seine Konkurrenten zu sein. Was das konkret bedeutet, richtet sich nach dem Urteil der Marktgegenseite, das seinerseits durch viele Faktoren bis hin zur umfassenden Werbung mit großen Markennamen beeinflusst wird. Um „besser“ zu sein, muss man sein eigenes Interesse in den Vordergrund stellen.

Wer neue Ideen hat, kann einen besonders deutlichen Vorsprung gewinnen. Insoweit ist es nicht falsch, von „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ zu sprechen.¹

Der Wettbewerb zwingt den Unternehmer, Kosten zu minimieren. Dies kann durch eine bessere Organisation, durch billigeren Einkauf, aber auch durch Senkung des Aufwendungen für Löhne erreicht werden. Letzteres steht insbesondere im Dienstleistungssektor im Vordergrund, wo gleichzeitig Innovationen nur selten eine Rolle spielen.

Der Wettbewerb existiert als Phänomen nicht nur auf dem Markt für Waren und Dienstleistungen. Auch der Arbeitsmarkt ist wettbewerblich strukturiert; der Fall zahlreicher Bewerber um eine Stelle wurde schon erwähnt, doch existiert dieselbe Situation, wenn es um den innerbetrieblichen Aufstieg geht und nur wenige zum Zuge kommen können. Dies wirkt hinein bis ins Privatleben: Wer hat das größere und schnellere Auto? Wer wurde im Fernsehen interviewt? Bei Politikern und Bankvorständen soll dem Vernehmen nach auch die Zahl der Sicherheitsbeamten eine Rolle spielen – nur wer wirklich wichtig ist, wird rund um die Uhr bewacht.

Das Arbeitsrecht ist anderen Zielen verpflichtet. Es will den abhängig beschäftigten Menschen schützen, zuerst (auch historisch) seine Gesundheit, dann seine Persönlichkeit unter Einschluss von gleichheitswidriger Benachteiligung, schließlich das Recht, seine Interessen gemeinsam mit anderen zu vertreten. Schutzziel ist weiter die Sicherung eines angemessenen Lebensstandards für den Arbeitenden und seine Familie – insgesamt kann man dies mit den Schlagworten „decent work“ und „decent wages“ zusammenfassen.²

Die arbeitsrechtlichen Normen ziehen dem Wettbewerb Grenzen. Kein Unternehmen soll dadurch einen Preisvorteil erlangen, dass es verbotene Nacht- und Sonntagsarbeit praktiziert oder sich über verbindliche Tarifverträge hinwegsetzt. Aber auch Arbeitnehmer dürfen bei einer Bewerbung nicht etwa zu erkennen geben, die Höchstarbeitszeit und die Begrenzung von Schadstoffexpositionen seien für sie ohne Interesse, und der Mindestlohn dürfe ebenfalls „kein Dogma“ sein. Neben dem Gesetz sind Tarifverträge (in schweizerischer Terminologie: Gesamtarbeitsverträge) die wichtigste Marktkorrektur,

¹ S. das gleichnamige Buch von Hayek, 1968

² Eingehender dazu die Beiträge in: Rigaux/Buelens/Latinne (eds.), From Labour Law to Social Competition Law? 2014

weil sie durch Parteien ausgehandelt werden, die sich im Prinzip „auf Augenhöhe“ begegnen. Angesichts des hinter ihnen stehenden Streikrechts können sie substantielle Verbesserungen der Situation abhängiger Beschäftigter bringen und haben dies in der Vergangenheit auch getan.

Wie weit der arbeitsrechtliche Schutz reicht, kann von Staat zu Staat verschieden sein. In Europa hat sich ein Modell ergeben, das gesetzliche Rahmenbedingungen setzt und mit Hilfe von Kollektivverträgen einen Mindestinhalt der Arbeitsverträge fixiert. Dies bedeutet zugleich, dass das Günstigkeitsprinzip eine höhere Vergütung und bessere Arbeitsbedingungen zulässt, um die dann ein Wettbewerb zwischen den Beschäftigten möglich ist.

In Mexiko wurde in den 1920-er Jahren der Gedanke entwickelt, die Gewerkschaft im wörtlichen Sinne zu einem Anbieter der Arbeitskraft der ganzen Belegschaft eines Betriebes oder eines Unternehmens zu machen. Die Arbeitgeberseite sollte einen „Gesamtlohn“ bezahlen, der dann intern unter die Arbeitenden zu verteilen war; eine vertragliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer würde nicht mehr bestehen.³ Dies hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt, doch kannte man in Europa das sog. Kameradschaftsgedinge im Bergbau, das im Prinzip genauso strukturiert war.⁴ Hier war der Wettbewerb unter den einzelnen Beschäftigten aufgehoben, was aus heutiger Sicht bei vielen eher Unbehagen auslöst.

Eine etwas weniger weitgehende „Vergemeinschaftung“ gibt es im kollektiven Arbeitsrecht der USA. Ist eine Gewerkschaft in dem dafür vorgesehenen Verfahren zur Repräsentantin der Belegschaft gewählt worden, so hat sie ein ausschließliches Verhandlungsrecht. Der Arbeitgeber würde sich Sanktionen wegen antigewerkschaftlichen Verhaltens aussetzen, wollte er sich über dieses „Exclusivity-Prinzip“ hinwegsetzen und mit einzelnen Beschäftigten über Löhne und Arbeitsbedingungen verhandeln.⁵ Inwieweit nach abgeschlossenem Kollektivvertrag doch höhere Vergütungen vereinbart werden können, scheint nicht recht geklärt zu sein; praktisch verhindern lässt sich Derartiges vermutlich nicht. Dennoch macht es einen

³ Lombardo Toledano, La libertad sindical en México, 1926

⁴ Dazu Reinhard Hoffmann, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, 1968, S.

⁵ Gould, A primer on American Labor Law, 1993, p. 60 et seq.; Getman/Pogrebin, Labor Relations. The Basic Processes, Law and Practice, 1988, p. 96 et seq.

Unterschied, ob das Günstigkeitsprinzip allgemeine Anerkennung findet oder ob es gewissermaßen unter der Hand praktiziert werden muss.

In Deutschland stellt sich zunächst die Frage, ob das im GWB niedergelegte Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden auch auf dem Arbeitsmarkt gilt; ist dies nicht der Fall, muss man nach den Grenzen zwischen dem Markt für Güter und Dienstleistungen auf der einen Seite und dem Arbeitsmarkt auf der anderen Seite fragen. Weiter ergibt sich das Problem, ob Vorgänge auf dem Arbeitsmarkt nach dem Gesetz über unlauteren Wettbewerb (UWG) beurteilt werden können.

Zum zweiten ist das Problem der Erörterung bedürftig, nach welchen Regeln sich der Wettbewerb zwischen Organisationen, insbesondere Gewerkschaften, und zwischen Individuen vollziehen muss, sofern die allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts keine Anwendung finden.

III. Der Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts

1. Kartellrecht und Arbeitsmarkt

Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erfasst Kollektivverträge nicht. Dies war aus dem ursprünglichen Wortlaut des § 1 GWB unschwer herzuleiten, weil sich das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden auf den Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen bezog und weil als Adressaten ausschließlich Unternehmen genannt wurden. Die Amtliche Begründung hatte überdies ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „kooperative Bindungen“ über die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht vom Gesetz erfasst seien.⁶ Die Rechtsprechung folgte dem und überprüfte deshalb einen Tarifvertrag nicht am Maßstab des GWB, der Beginn und Ende der Arbeitszeit im Einzelhandel geregelt und so mittelbar die Öffnungszeiten (und damit einen wichtigen Wettbewerbsparameter) festgelegt hatte.⁷ In einer weiteren Entscheidung wurde dies mit dem Argument gerechtfertigt, die Gewerkschaft sei nicht Anbieter auf dem Dienstleistungsmarkt, sondern erfülle eine von Art. 9 Abs. 3 GG festgelegte Funktion.⁸ Keine Bedenken bestanden auch gegen einen

⁶ BT-Drucksache 2/1158 S. 30

⁷ BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88, AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁸ BAG 10.11.1993 – 4 AZR 316/93, AP Nr. 169 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau

Tarifvertrag, der eine branchenweite Altersversorgung festgelegt hatte und für allgemeinverbindlich erklärt worden war, obwohl er eine bestimmte Versicherungsgesellschaft ausgesucht und damit alle denkbaren anderen Anbieter ausgeschlossen hatte.⁹

Diese relativ stabile Situation wird potentiell dadurch in Frage gestellt, dass in allen Fällen, in denen der zwischenstaatliche Handel betroffen sein könnte, in erster Linie EU-Kartellrecht zur Anwendung kommt. Dieses wird jedoch bislang in gleicher Weise wie das deutsche Recht gehandhabt. Im Fall „Albany“ ging es darum, dass ein Tarifvertrag eine bestimmte Versicherungsgesellschaft mit einer branchenweiten zusätzlichen Altersversorgung betraut hatte und – ähnlich wie im vergleichbaren deutschen Fall – auf alle branchenangehörigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt worden war. Der EuGH vertrat den Standpunkt, Tarifverträge würden „nach Art und Gegenstand“ nicht unter den (damaligen) Art. 85 EG-Vertrag fallen, zumal sie das sozialpolitische Ziel hätten, in der Branche ein bestimmtes Rentenniveau zu sichern.¹⁰ Im Fall van der Woude bestätigte der EuGH diese Rechtsprechung,¹¹ ebenso zuletzt im Fall *Prévoyance*.¹²

Die Freistellung vom Kartellrecht hat ihre Grenzen. Das BAG hat dann eine Ausnahme erwogen, wenn die Tarifparteien „allein in wettbewerbsregelnder Absicht“ handeln, wenn also die Form des Tarifvertrags missbraucht wird.¹³ Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Reihe sich absprechender Unternehmen die Gewerkschaft nur hinzu holt, um z. B. den vereinbarten Produktionsverfahren oder Betriebsnutzungszeiten kartellrechtliche Immunität zu verschaffen. Im Normalfall von Tarifverhandlungen wird schon deshalb kein Missbrauch vorliegen, weil andere als wettbewerbsbezogene Ziele bei weitem im Vordergrund stehen.¹⁴ Derzeit ist ein Verfahren am EuGH anhängig, ob auch Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen vom Kartellverbot ausgenommen sind.¹⁵

⁹ BAG 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, AP Nr. 25 zu § 5 TVG

¹⁰ EuGH 21.9.1999 – C-67/96, AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag

¹¹ EuGH 21.9.2000 – C-222/98, Slg. 2001, I-7111. Einzelheiten bei Kingreen/Pieroth/Haghu, NZA 2009, 870, 872 ff.

¹² EuGH 3.11.2011 – C-437/09, Slg. 2011, I-00973

¹³ BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88, AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

¹⁴ Für die Herausnahme des Arbeitsmarkts aus dem Kartellverbot mit dieser Ausnahme auch Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, 1996, Rn. 457 ff.; Schiek, in: Däubler (Hrsg.) *Kommentar zum TVG*, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn. 463 ff.; Wiedemann, in: Wiedemann (Hrsg.), *Kommentar zum TVG*, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 362; Däubler, *Tarifvertragsrecht*, 3. Aufl. 1993, Rn. 379

¹⁵ C-413/13, abrufbar unter <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/newsletter.html>

Die Herausnahme aus dem GWB und dem EU-Kartellrecht schließt es nicht aus, auf anderer Rechtsgrundlage gegen ungerechtfertigte vertragliche Beschränkungen auf dem Arbeitsmarkt vorzugehen. Darauf ist zurückzukommen.

2. Unlauterer Wettbewerb und Arbeitsmarkt

a) Wettbewerb unter Gewerkschaften

Die Anwendung des UWG ist in erster Linie bei der Werbung zweier konkurrierender Gewerkschaften um Mitglieder zum Problem der Rechtsprechung geworden. Das BAG hat insoweit keinen „Ausnahmebereich“ angenommen, sondern ausschließlich geprüft, ob die Werbung den Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 UWG a. F. bzw. des § 3 UWG n. F. entspricht.¹⁶ Dies wurde abgelehnt. § 1 UWG a. F. erfasste ausschließlich „Handlungen im geschäftlichen Verkehr“, die hier nicht vorlagen. § 3 UWG n. F. stellt auf eine „Wettbewerbshandlung“ ab, die den Absatz oder den Bezug von Waren oder Dienstleistungen zum Ziel hat – dies liegt bei der Mitgliederwerbung nicht vor, weil die von der Gewerkschaft erbrachten Dienstleistung (z. B. die Gewährung von Rechtsschutz) nicht das wirkliche Ziel des Ansprechens potentieller Mitglieder ist. Vielmehr geht es allein um die gemeinsame Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG, die nichts mit dem Absatz oder dem Bezug von Waren zu tun hat. Welche Regeln dabei anstelle des UWG zu beachten sind, wird uns weiter unten unter IV 3 beschäftigen.

b) Unlautere Abwerbung von Arbeitnehmern

Der insoweit durch das Arbeitsrecht nicht beschränkte Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt bringt es mit sich, dass Mitarbeiter eines anderen Unternehmens abgeworben werden können. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, jedoch ist das UWG verletzt, wenn unlautere Begleitumstände hinzukommen.¹⁷ Seine Anwendbarkeit wird insoweit als selbstverständlich vorausgesetzt, weil ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs vorliegt.¹⁸ Die „unlauteren Begleitumstände“ können darin liegen, dass

¹⁶ BAG 31.5.2005 – I AZR 141/04, NZA 2005, 1182, auch zum Folgenden (Das deutsche UWG wurde mit Wirkung vom 8.7.2004 neu gefasst)

¹⁷ BGH 4.3.2004 – I ZR 221/01, NZA 2004, 794, 795: „Das Abwerben fremder Mitarbeiter ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt.“ Ebenso BGH 9.2.2006 – I ZR 73/02, NZA 2006, 500 Tz 18

¹⁸ BGH 4.3.2004 - I ZR 221/01, NZA 2004, 794, 795.

der Angesprochene zum Vertragsbruch, beispielsweise zur Nichteinhaltung der Kündigungsfristen, veranlasst werden soll. Insoweit kommt eine arbeitsrechtliche Rahmenbedingung ins Spiel. Geradezu minutiöse Regeln hat der BGH zu der Frage entwickelt, inwieweit ein Personalberater, in der Umgangssprache „Headhunter“ genannt, einen Beschäftigten im Auftrag eines andern Unternehmens an seinem Arbeitsplatz anrufen darf. Grundsätzlich ist ihm dies erlaubt, doch muss das Telefongespräch ganz bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügen, die der BGH wie folgt umschreibt:¹⁹

„Der Personalberater ist gehalten, nachdem er sich bekannt gemacht und den Zweck seines Anrufs mitgeteilt hat, zunächst festzustellen, ob der Angerufene an einer Kontaktaufnahme als solcher und zu diesem Zeitpunkt Interesse hat. Nur wenn dies der Fall ist, darf er die in Rede stehende offene Stelle knapp umschreiben und, falls das Interesse des Mitarbeiters danach fortbesteht, eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Arbeitsbereichs verabreden. In jedem Fall handelt ein Personalberater wettbewerbswidrig, wenn er das Gespräch fortsetzt, obwohl der Angerufene – sei es auch ohne Angabe von Gründen – zu erkennen gegeben hat, dass er an einem Wechsel des Arbeitsplatzes allgemein kein Interesse hat oder das Gespräch jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt führen will. Ein zu Abwerbungszwecken geführtes Telefongespräch, das über eine solche Kontaktaufnahme hinausgeht, ist als unlauterer Wettbewerb zu beurteilen, weil dann vor allem die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers die des angesprochenen Mitarbeiters weit überwiegen.“

In einer späteren Entscheidung wird schon im Leitsatz betont, es spiele keine Rolle, ob der Abzuwerbende auf einem Festnetz- oder einem Mobiltelefon angerufen werde.²⁰ Weiter wird in einer dritten Entscheidung betont, die Grenzen des Zulässigen seien auch dann überschritten, wenn der Personalberater den Angerufenen mit Details aus seinem beruflichen Werdegang konfrontiere.²¹ Dies alles gilt im Übrigen für das alte wie für das neue UWG in gleicher Weise.²²

c) Täuschender Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt

¹⁹ BGH 4.3.2004 – I ZR 221/01, NZA 2004, 794, 797

²⁰ BGH 9.2.2006 – I ZR 73/02, NZA 2006, 500

²¹ BGH 22.11.2007 – I ZR 183/04, NZA 2008, 177

²² BGH 22.11.2007 – I ZR 183/04, NZA 2008, 177 Tz. 9

Sehr viel weniger Aufmerksamkeit haben sonstige unlautere Verhaltensweisen eines Arbeitgebers gefunden, der als Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt agiert. Aus der Rechtsprechung ist von einem Fall zu berichten, in dem ein Verleihunternehmer per Inserat Arbeitskräfte suchte und dabei verschwieg, dass es sich um eine Tätigkeit als Leiharbeiternehmer handelte. Auf Klage eines anderen Verleihers wurde er zur Unterlassung verurteilt, weil es sich um eine unlautere Täuschung gehandelt habe.²³

d) Unlauterer Wettbewerb durch Unterbietung arbeitsrechtlicher Standards

Wer sich durch rechtswidriges Verhalten im Wettbewerb einen Vorsprung vor seinen rechts- und vertragstreuen Mitbewerbern verschafft, handelte unlauter im Sinne des § 1 UWG a. F. Dies war – soweit der Gesetzesverstoß bewusst und planmäßig erfolgte – in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.²⁴ Einheitlich ging die Rechtsprechung davon aus, dass auch Tarifverträge zu den „Rechtsvorschriften“ in diesem Sinne zählten.²⁵ Damit war – wie Alfred Hueck schon in der Weimarer Zeit betonte²⁶ - ein „gutes Hilfsmittel zur Durchsetzung der Tarifautonomie“ vorhanden, das auch heute noch nutzbar gemacht werden könnte. Die Verletzung z. B. des Sonntagsarbeitsverbots durch eine Bäckerei und eines den Arbeitgeber bindenden Tarifvertrags erfolgte in der Regel „bewusst und planmäßig“, so dass die Voraussetzungen eines Schadensersatz- und Unterlassungsanspruchs nach UWG erfüllt waren. Der aus dem rechtswidrigen Verhalten folgende Vorsprung im Wettbewerb war nach der Rechtsprechung des BGH²⁷ allerdings nicht bereits wegen der besseren betriebswirtschaftlichen Lage anzunehmen, die aus den geringeren Lohnkosten folgte. Vielmehr mussten entsprechend günstigere Leistungsangebote gemacht werden, was im Einzelfall zu Beweisschwierigkeiten führen konnte.

Durch die Neufassung des UWG im Jahre 2004 hat sich diese Situation geändert. § 4 Nr. 11 UWG n. F. nimmt unlauteren Wettbewerb nur an, wenn einer gesetzlichen Vorschrift

²³ OLG Nürnberg 30.10.1990 – 3 U 2002/90, WRP 1991, 521 = NJW-RR 1991, 815

²⁴ Überblick bei Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, § 1 UWG Rn. 608 ff.

²⁵ RGZ 117, 16; BGH 3.12.1992 – I ZR 276/90, AuR 1993, 377 ff. = NJW 1993, 1010; OLG Hamburg 27.11.1986 – 3 U 42/86, NJW 1987, 1651; OLG Stuttgart 8.5.1987 – 2 U 168/86, NJW-RR 1988, 103; OLG Frankfurt/Main 7.7.1988 – 6 U 116/87, GRUR 1988, 844 = DB 1988, 2252

²⁶ JW 1927, 2367

²⁷ BGH 3.12.1992 – I ZR 276/90, AuR 1993, 377 = NJW 1993, 1010

zuwidergehandelt wird, „die dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.“ Dies wird bei arbeitsrechtlichen Gesetzen von einer verbreiteten Meinung nicht angenommen,²⁸ so dass diese Bestimmung nicht eingreift. Möglich ist allerdings ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG n. F., wobei die Zulässigkeit bei nicht-marktbezogenen Gesetzen allerdings bestritten ist.²⁹ In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, zumindest für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge hätten auch das Ziel, Schmutzkonkurrenz auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten zu verhindern und seien deshalb einbezogen.³⁰ Weiter findet sich die These, diese Gruppe von Tarifverträgen beziehe sich auf den Beschaffungsmarkt für Arbeitskräfte und sei daher auch im Rahmen des § 3 Abs. 1 UWG relevant.³¹ Schließlich liegt auch die Überlegung nahe, der Gesetzgeber habe den Bereich des Unlauteren nicht reduzieren wollen; daher sei jedenfalls dann, wenn sich aus dem arbeitsrechtswidrigen Verhalten ein Vorteil auf dem Markt ergebe, wie bisher unlauterer Wettbewerb anzunehmen.³² Mangels höchstrichterlicher Entscheidungen muss die Frage als offen bezeichnet werden. Dies ist insbesondere auch für die Fälle von Bedeutung, in denen Waren im Ausland unter Verstoß gegen elementare Sozialstandards hergestellt werden.³³

IV. Schließung von Lücken auf dem Arbeitsmarkt

1. Beschränkung der arbeitgeberseitigen Nachfragemacht?

Denkbar ist, dass Arbeitgeber in einer Branche oder einer Region sich in der Weise absprechen, dass niemand einen bei einem anderen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer einstellen darf, es sei denn, dieses erkläre ausdrücklich sein Einverständnis. Damit stünde die freie Wahl des Arbeitsplatzes für die Arbeitnehmerseite in dem erfassten Bereich auf dem Papier. Der deutsche Gesetzgeber will solchen Sperrabreden mit Hilfe des § 75f HGB entgegen wirken. Von der gewählten Rechtstechnik her handelt es sich um eine recht ungewöhnliche Bestimmung: Vereinbaren Arbeitgeber, die bei dem oder den

²⁸ Köhler, in: Baumbach/Hefermehl (Begr.), UWG, 32. Aufl. 2014, § 1 Rn. 41; Ullmann GRUR 2003, 817, 822; Piper, in: Piper/Ohly, Kommentar zum UWG, 4. Aufl. 2006 § 4 Rn. 11/286 (für Arbeitszeitrecht)

²⁹ S. Peukert, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Hrsg.), UWG, Band 1, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn 564; anders Kocher GRUR 2005, 648, jeweils m. w. N.

³⁰ Kocher GRUR 2005, 647, 649

³¹ Köhler, a. a. O., § 4 Rn. 11.38

³² So im Ergebnis Zwanziger DB 2005, 2318

³³ Dazu BGH 9.5.1980 – I Z 76/78, JZ 1980, 657 = NJW 1980, 2018 mit Anm. Knieper/Fromm (Asbestimporte); Däubler, FS Trinkner, 1995, S. 475 ff.; Kocher GRUR 2005, 647 ff.

jeweils anderen beschäftigten Arbeitnehmer nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, so kann eine solche Verpflichtung nicht eingeklagt werden, sie ist – wie der BGH³⁴ formulierte – „kraftlos vor Gericht“. Auf diese Weise soll die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers nach Art. 12 Abs. 1 GG gesichert und außerdem dafür gesorgt werden, dass die Schutzbestimmungen bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot (insbesondere die Bezahlung einer Karenzentschädigung) nicht dadurch gegenstandslos gemacht werden, dass mit allen in Betracht kommenden Arbeitgebern vereinbart wird, die fragliche Person nicht einzustellen.³⁵ Die „Nachfragemacht“ der Arbeitgeberseite wird auf diese Weise begrenzt; der Sache nach handelt es sich um eine kartellrechtliche Vorschrift. Die Rechtsprechung hat sie eher weit ausgelegt. Nicht durchsetzbar ist deshalb auch die Verabredung einer Vertragsstrafe, die bei der Einstellung eines Arbeitnehmers fällig würde.³⁶ Außerdem wird die Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut nicht nur auf „Handlungsgehilfen“, d. h. kaufmännische Angestellte angewandt, sondern auf alle Arbeitnehmer erstreckt.³⁷ Erfasst ist schließlich auch der Fall, dass ein anderer Arbeitgeber den fraglichen Arbeitnehmer als Selbständigen, etwa als arbeitnehmerähnliche Person beschäftigt.³⁸

Eine Sonderregelung besteht für die Übernahme von Leiharbeitnehmern durch den Entleiher. § 75f HGB wurde zunächst auch auf solche Fälle erstreckt, in denen Beschäftigte ausschließlich in Kundenbetrieben eingesetzt wurden,³⁹ womit insbesondere die Leiharbeitnehmer gemeint waren. Heute gibt es in Form des § 9 Nr. 3 AÜG eine Sondervorschrift, wonach eine Vereinbarung unwirksam ist, die dem Entleiher die Einstellung eines Leiharbeitnehmers nach Ausscheiden beim Verleiher untersagt. Gleichzeitig kann jedoch eine „angemessene“ Vermittlungsvergütung zugunsten des Verleihers vereinbart werden. Was „angemessen“ ist, hat die Rechtsprechung wiederum in recht detaillierter Weise festgelegt:⁴⁰ Die Obergrenze beträgt zwei Monatsgehälter beim Entleiher, d. h. beim neuen Arbeitgeber, doch kommt diese nur bei ganz kurzfristiger Überlassung in Betracht. War der Leiharbeitnehmer längere Zeit beim Entleiher

³⁴ 13.10.1972 – I ZR 88/71, DB 1973, 423 = AP Nr. 1 zu § 75f HGB

³⁵ BGH 13.10.1972 – I ZR 88/71, DB 1973, 423 = AP Nr. 1 zu § 75f HGB; BGH 30.4.1974 – VI ZR 132/72, DB 1974, 1387 = NJW 1974, 1330

³⁶ BGH 13.10.1972 – I ZR 88/71, DB 1973, 423 = AP Nr. 1 zu § 75f HGB, bestätigt durch BGH 30.4.1974 – VI ZR 132/72, DB 1974, 1387 = NJW 1974, 1330

³⁷ BGH 30.4.1974 – VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388

³⁸ BGH 30.4.1974 – VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388

³⁹ BGH 30.4.1974 – VI ZR 153/72, NJW 1974, 1282 = DB 1974, 1388, bestätigt durch BGH 27.9.1983 – VI ZR 294/81, BGHZ 88, 260 = NJW 1984, 116 = AP Nr. 29 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel

⁴⁰ Zusammenfassend BGH 10.11.2011 – III ZR 77/11, NZA-RR 2012, 67 ff.; eingehende Wiedergabe auch bei Boemke/Lembke (Hrsg.), Kommentar AÜG, 3. Aufl. 2013, § 9 Rn. 510.

eingesetzt, muss eine degressive Staffelung praktiziert werden, wonach das Honorar mit jedem Quartal (oder auch monatlich) abnimmt; betrug der Einsatz ein volles Jahr, ist gar keine Vermittlungsgebühr mehr zulässig. Andererseits kann aber auch der Fall einbezogen werden, dass der Arbeitnehmer in einem Zeitraum von bis zu sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher vom Entleiher eingestellt wird; die Höhe der Vergütung richtet sich auch dann nach der Einsatzdauer.

2. Monopolkontrolle

Einen eher ungewöhnlichen Fall hatte im Jahr 1980 der Kartellsenat des BGH zu entscheiden.⁴¹ Eine Druckerei suchte einen Setzer und wollte ein entsprechendes Inserat in der „Neuen Osnabrücker Zeitung“ veröffentlichen. Dies wurde ihr mit dem Argument verweigert, die Zeitung beschäftige selbst Setzer, auf die sie angewiesen sei; sie wolle nicht mittelbar deren Weggang unterstützen. Deshalb könne die Stellenanzeige nur veröffentlicht werden, wenn sich die Druckerei verpflichte, keine bei der Zeitung beschäftigten Setzer ohne deren Zustimmung einzustellen. Da es sich um die einzige regionale Tageszeitung handelte, die auf dem Anzeigenmarkt eine monopolartige Stellung hatte, wandte der BGH den (damaligen) § 26 Abs. 2 GWB an und kam zu dem Ergebnis, es liege eine unzulässige Behinderung der Druckerei durch ein marktbeherrschendes Unternehmen vor. Dieses war zum Schadensersatz verpflichtet und musste deshalb im Wege der Naturalrestitution die fragliche Anzeige veröffentlichen.

Mit keinem Wort erwähnte der BGH die Tatsache, dass es sich um einen Vorgang auf dem Arbeitsmarkt handelte, der deshalb nach ansonsten allgemein geteilter Auffassung überhaupt nicht in den Geltungsbereich des GWB fiel. Für einen Kartellsenat ist die Anwendung des GWB ersichtlich eine so selbstverständliche Sache, dass sich weiteres Nachdenken erübrigt. Dabei wäre es durchaus möglich gewesen, auch ohne Rückgriff auf das GWB zum gleichen, durchaus befriedigenden Ergebnis zu kommen: Unternehmen mit monopolartiger Stellung unterliegen nach § 826 BGB einem Kontrahierungszwang, von dem allenfalls dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn die redaktionelle „Linie“ einer Zeitung verletzt wäre; die abstrakte Gefahr, dass die eigenen Setzer von der freien Stelle erfahren, genügt dafür mit Sicherheit nicht.⁴²

⁴¹ BGH 7.10.1980 – KZR 8/80, BB 1981, 383 = WRP 1981, 202

⁴² Vgl. die Nachweise bei Palandt-Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, vor § 145 Rn. 8 ff., 10a; Däubler, BGB kompakt, 3. Aufl. 2008, Kap. 11 Rn. 134 ff.

3. „Unlauterer Wettbewerb“ unter Gewerkschaften

Die Unanwendbarkeit des UWG auf Werbeaktivitäten konkurrierender Gewerkschaften schafft die Notwendigkeit, nach „Ersatzregeln“ Ausschau zu halten. Das BAG wendet zum Schutz des jeweiligen gewerkschaftlichen Betätigungsrechts § 1004 BGB entsprechend an⁴³ und entwickelt eine „Ausgleichsordnung“, wenn beide in Widerstreit geraten. Unerlaubt ist dabei die Anwendung „unlauterer Mittel“. Unlauter ist es insbesondere, wenn eine Gewerkschaft einen Vergleich mit den Tarifverträgen der anderen Gewerkschaft macht und dabei bewusst die Teile weglässt, wo „die andern“ besser sind.⁴⁴ Unzulässig ist es auch, einen Tarifvertrag als eigenen Erfolg hervorzuheben, den in Wahrheit die Konkurrenzorganisation abgeschlossen und den man nur im Wege des Anschlussstarifs übernommen hat.⁴⁵ Unerlaubt ist weiter eine beleidigende Werbung. Man darf „die andern“ also nicht als „Bauernfänger“ oder als „kommunistische Betonköpfe“ bezeichnen; auch die Etikettierung als „Marionetten des Arbeitgebers“ ist im Normalfall nicht gestattet, es sei denn, es würde sich effektiv um eine vom Arbeitgeber ausgehaltene und gesteuerte Organisation handeln. Ob auch schon „unsachliche“ Angriffe auf die Konkurrenzorganisation verboten sind, wird man entgegen einer älteren BAG-Entscheidung⁴⁶ bezweifeln müssen, weil diese Formulierung in der gesamten späteren Rechtsprechung nicht wieder aufgegriffen wurde.

Die Werbung mit niedrigen Mitgliedsbeiträgen ist erlaubt. So hat es das BAG nicht beanstandet, dass die Polizeigewerkschaft im Deutschen Beamtenbund von allen neuen Mitgliedern im ersten Jahr nur einen symbolischen Mitgliedsbeitrag von 1 Euro verlangte.⁴⁷ Strengere Maßstäbe scheint es aber dann anzulegen, wenn sich eine Werbeaktion ausschließlich an die Mitglieder der Konkurrenzorganisation wendet, da darin ein Angriff auf deren Existenz liegen könnte, was wiederum nicht erlaubt ist. So hatte das BAG Bedenken dagegen, die Sonderkonditionen für das erste Jahr auch dann als lautere Werbung zu qualifizieren, wenn dieses Angebot nur den Mitgliedern der

⁴³ § 1004 BGB bestimmt: „(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.“ Diese Vorschrift wird auf alle absoluten Rechte erstreckt.

⁴⁴ So im Fall BGH 6.10.1964 – V ZR 109/62, NJW 1965, 29

⁴⁵ So im Fall BAG 11.11.1968 – 1 AZR 16/68, NJW 1969, 861

⁴⁶ BAG 14.2.1967 – 1 ZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG

⁴⁷ BAG 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, NZA 2005, 1182, 1184

Konkurrenzorganisation (nicht aber den Unorganisierten) gemacht wurde.⁴⁸ Ähnliches würde vermutlich dann gelten, wenn eine Organisation einen großen Teil ihrer Aktivitäten darauf konzentrieren würde, die Konkurrenzorganisation schlecht zu machen und ihre Mitglieder zum Austritt aufzufordern – der einseitige Einsatz der Kräfte würde dafür sprechen, dass man nicht nur die eigene Organisation fördern, sondern der Konkurrenz ans Leder gehen möchte.

Tritt eine in Wahrheit vom Arbeitgeber abhängige Organisation als „Interessenvertretung“ oder gar als Gewerkschaft auf, so handelt es sich um einen Extremfall von unfairer Gewerkschaftswerbung. Die unabhängigen Gewerkschaften haben daher das Recht, von der Pseudogewerkschaft Unterlassung jeder weiteren Werbetätigkeit zu verlangen. Ihre Aktivitäten stellen ohne Rücksicht auf die verlautbarten Forderungen und Stellungnahmen schon als solche einen unzulässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit dar.

4. Unlauteres Verhalten von Arbeitnehmern

Was geschieht, wenn Arbeitnehmer um eine Einstellung oder eine Beförderung konkurrieren und dabei Verhaltensformen auftreten, die man als „unfair“ oder „unlauter“ qualifizieren kann? Beispiele lassen sich unschwer (er-)finden. Ein Bewerber versucht, seine Chancen dadurch entscheidend zu verbessern, dass er der über die Einstellung befindenden Person einen gewissen Geldbetrag zuwendet.⁴⁹ Denkbar ist weiter, dass er sich in seinem Bewerbungsschreiben dazu bereit erklärt, das Arbeitszeitgesetz „nicht so genau zu nehmen“ oder gegenüber gesundheitlichen Risiken „unempfindlich“ zu sein, weil ihm schon immer eine robuste Konstitution bescheinigt worden sei. Während in diesen Fällen die Rechtswidrigkeit des Vorgehens keinem Zweifel unterliegt, ist die Situation eine andere, wenn ein Bewerber von sich aus Dinge offenbart, nach denen der Arbeitgeber nicht fragen dürfte: Die Bewerberin erwähnt beispielsweise schon in ihrer schriftlichen Bewerbung, dass sie aus medizinischen Gründen keine Kinder bekommen könne.

⁴⁸ BAG 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, NZA 2005, 1182, 1184

⁴⁹ S. etwa den Fall BAG 24.9.1987 – 2 AZR 26/87, AP Nr. 19 zu § 1 KSchG KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung: Ein ausländischer Arbeitnehmer, der keinerlei realen Einfluss auf die Einstellungsentscheidung hat, fördert von einem Landsmann eine „Provision“ für die Vermittlung des Arbeitsplatzes und erhielt sie auch. BAG: Kein Kündigungsgrund. Wäre der Richtige „geschmiert“ worden, läge ein hier interessierender Fall vor.

Im Verhältnis zu Mitbewerbern ist ein solches Verhalten ersichtlich unlauter, weil die bewusst herbeigeführte „Erweiterung der Entscheidungsgrundlage“ deren Chancen deutlich verschlechtert. Soweit es um strafbare Bestechung oder um die Bereitschaft zu rechtswidrigem, gegen Arbeitsschutzgrundsätze verstoßendem Tun geht, erschließt sich dies auch ohne Rückgriff auf das UWG von selbst. Im anderen Fall wird eine Arbeitsmarktnorm, wonach die potentielle Schwangerschaft einer Frau bei der Einstellung keine Rolle spielen darf, gegenstandslos gemacht, worin man ebenfalls einen Verstoß gegen allgemeine Verhaltenspflichten sehen kann.

Das eigentliche Problem liegt darin, dass sich der Wettbewerb um Arbeitsplätze anders als der um Kunden nicht in der Öffentlichkeit, sondern im Personalbüro vollzieht, wo Vertraulichkeit herrschen muss. Andere Bewerber erfahren daher in aller Regel nichts von den Gründen ihrer Benachteiligung. Selbst in Diskriminierungsfällen haben sie nach der Rechtsprechung des EuGH keinen allgemeinen Auskunftsanspruch über das Ergebnis des Verfahrens und die angewandten Auswahlkriterien; die Verweigerung jeglicher Information kann lediglich ein Gesichtspunkt sein, der zu berücksichtigen ist, wenn es um Indizien für das Vorliegen einer Diskriminierung geht.⁵⁰ Insofern haben wir das Phänomen eines „heimlichen“ Markts, dessen innere Ordnung bisher weder den Gesetzgeber noch – mangels vor Gericht gebrachter Fälle – die Rechtsprechung interessiert hat. Eine gewisse Kontrollfunktion kann der Betriebsrat im Rahmen des § 99 BetrVG ausüben, da ihm die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber mitzuteilen sind,⁵¹ doch bleibt insofern eine Lücke, als er nicht an Vorstellungsgesprächen zu beteiligen ist.⁵² Auch sollte man nicht vergessen, dass rund die Hälfte aller Beschäftigten ohne Repräsentanz durch einen Betriebsrat bleibt.⁵³ Der „heimliche Markt“ ist also keineswegs eine kleine Restgröße, die man mehr oder weniger vernachlässigen könnte.

Deutlich mehr Transparenz haben Auswahlprozesse bei Beförderungen. Die Anwesenheit der Beteiligten im Betrieb und die Kommunikation unter den Beschäftigten führt zwar nicht automatisch zu einer vollen Aufklärung aller Vorgänge, doch gibt es ein Eigeninteresse des Arbeitgebers an Entscheidungen, die Akzeptanz finden und nicht auf Dauer das Betriebsklima belasten. Die Kontrollmöglichkeiten des Betriebsrats entsprechen denen bei der Einstellung.

⁵⁰ EuGH 19.4.2012 – C-415/10, NZA 2012, 493; dazu Chr. Picker NZA 2012, 641 ff.

⁵¹ So Bachner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 99 Rn. 143, 159 m. w. N.

⁵² BAG 18.7.1978 – 1 ABR 8/75, AP Nr. 7 zu § 99 BetrVG 1972

⁵³ Zu den Betrieben ohne Betriebsrat s. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 759 ff. m. w. N.

Geht es um die Auswahl der Arbeitnehmer, die bei einem betriebsbedingtem Personalabbau gekündigt werden, so wird der Marktmechanismus durch das Arbeitsrecht korrigiert, wenn auch nicht beseitigt. Maßgebend sind nach § 1 Abs. 3 KSchG soziale Gesichtspunkte (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung), doch werden sie in vielerlei Hinsicht durchbrochen: Besondere Leistungsträger können auf alle Fälle weiterbeschäftigt werden, im Interesse der Ausgewogenheit der Belegschaft können u. a. Altersgruppen gebildet werden, was auch zur Kündigung älterer Arbeitnehmer führt.⁵⁴ Schließlich kann nach § 1 Abs. 5 KSchG die soziale Auswahl durch Aufstellung einer Namensliste „verwässert“ werden,⁵⁵ wer im innerbetrieblichen Arbeitsmarkt bleibt und wer ihn verlassen muss, beruht dabei allerdings nicht immer auf transparenten Entscheidungen.

V. Fazit

Betrachtet man Gesetzgebung und Rechtsprechung in Deutschland, so besteht zwischen Arbeitsrecht und Wettbewerb eine Art friedlicher Koexistenz. Abgrenzungsprobleme sind lösbar, „Ersatzregeln“ lassen sich entwickeln, wenn im Einzelfall das UWG nicht eingreift. Dies hängt damit zusammen, dass auch auf dem Arbeitsmarkt viele wettbewerbliche Strukturen erhalten geblieben sind. Die eigentliche Herausforderung wird in den kommenden Jahren von den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EU-Rechts ausgehen, die schon heute erhebliche Ausstrahlungen auf das Arbeitsrecht haben.⁵⁶ Dies war jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

⁵⁴ Zum Ganzen s. Deinert, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 680 ff.

⁵⁵ Dazu Deinert, a. a. O. Rn. 703 ff. m. w. N.

⁵⁶ Dazu etwa Orlandini/Dorssemont, in: Rigaux u. a. (oben Fn. 2), S. 67 ff.

