

## 10. Landestagung Schleswig-Holstein am 27. Oktober 2011 in Kiel

### Begrüßung durch die Tagungsleiterin und Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein Birgit Willikonsky

*Birgit Willikonsky* eröffnet die Veranstaltung um 10:00 Uhr im Saal Marco Polo des Hotels Steigenberger Conti Hansa in Kiel. Sie begrüßt die ca. 120 Tagungsteilnehmer und bringt ihre Freude zum Ausdruck, dass viele Tagungsteilnehmer den weiten Weg vom Süden Deutschlands nach Kiel nicht gescheut hätten. Ihr besonderer Gruß gilt der Präsidentin des Deutschen Arbeitgerichtsverbandes *Edith Gräfl*, den Ehrenpräsidenten des Verbandes *Dr. Dirk Neumann* und *Dr. Udo Isenhardt* sowie *Prof. Dr. Hartmut Oetker*, der sich bereit erklärt hat, den Festvortrag zu halten. Herzlich willkommen heißt *Willikonsky* auch Frau Stadtpräsidentin *Cathy Kietzer* und den Minister für Justiz, Gleichstellung und Integration des Landes Schleswig-Holstein *Emil Schmalfuß* und dankt beiden zugleich für ihr Kommen und ihre Bereitschaft, ein Grußwort zu sprechen. Die Arbeitsgerichtsbarkeit des Landes Schleswig-Holstein ressortiere seit nunmehr fünf Jahren beim Ministerium für Justiz, Gleichstellung und Integration. Nach anfänglichen Widerständen, die mit Änderungen immer einhergingen, fühle sich die Arbeitsgerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein nunmehr in diesem Ministerium gut aufgehoben.

Der Deutsche Arbeitsgerichtsverband e. V., so *Willikonsky*, habe es sich zur Aufgabe gesetzt, das Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit durch einen laufenden Gedanken- und Erfahrungsaustausch zwischen den Gerichten für Arbeitssachen, der Praxis und der Lehre zu fördern. Der Verband sei Wiedegründung des früheren Arbeitsgerichtsverbandes, der sich 1933 aufgelöst habe, um einer Übernahme durch die Naziorganisationen zuvorzukommen. Bereits 1893 sei der Verband als Gewerbe- und Kaufmannsgerichtsverband gegründet worden. Heute habe er ca. 3.400 Mitglieder. Ihm gehörten Berufsrichter und ehrenamtliche Richter an Gerichten für Arbeitssachen, Vertreter von Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände, Fachanwälte für Arbeitsrecht sowie die Vertreter der Arbeitsrechtswissenschaft und der an der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung beteiligten oder für die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständigen Behörden an. Auch die Bundesrepublik Deutschland und die einzelnen Bundesländer seien Mitglieder des Verbandes.

Zum Tagungsort Kiel bemerkte *Willikonsky*, sie freue sich, dass die Landeshauptstadt als Tagungsort für die 10. Landestagung Schleswig-Holstein gewählt worden sei und die Tagungsteilnehmer deshalb die Möglichkeit hätten, Kiel etwas näher kennen zu lernen. Kiel sei nicht nur eine Stadt der Seefahrt, sondern habe auch eine wechselvolle und interessante Geschichte. Dass die durch die dänische Regierung geprägte Landeshauptstadt eine internationale Stadt sei, zeigten die engen Kontakte zu den an der Ostsee gelegenen Staaten. Frau Stadtpräsidentin *Kietzer* sei ein gutes Beispiel für die Internationalität und Offenheit Kiels. Sie sei als dänische Staatsbürgerin seit vielen Jahren in der Kommunalpolitik tätig. Dass Frau *Kietzer* jetzt wieder Stadtpräsidentin sei, belege, wie hervorragend die Synthese zwischen Dänen und Deutschen in Kiel gelungen sei.

## **Grußworte**

Stadtpräsidentin *Cathy Kietzer* hieß die Tagungsteilnehmer im Namen der Landeshauptstadt Kiel herzlich willkommen. Diese Stadt mit einzigartig schöner Lage direkt am Wasser sei nicht nur Sitz der Landesregierung, sondern auch die größte Stadt und Hafen Nummer Eins in Schleswig-Holstein, Hochschulstandort und Europas Tor zum Ostseeraum. Vom Tagungshotel seien es nur wenige Schritte zur Kieler Förde. Alle diese Merkmale machten Kiel zu einem beliebten Wohnort für alle Generationen, zu einem gefragten Wirtschafts- und Wissenschaftsstandort, zu einem beliebten Ziel für Touristinnen und Touristen und einem geschätzten Veranstaltungsort für Fachtagungen und Kongresse. Kiel biete einen breitgefächerten „Wohlfühlfaktor“. Die Rechtswissenschaft habe in Kiel eine lange Tradition. Die rechtswissenschaftliche Fakultät gehöre zu den Gründungsfakultäten der 1665 von Herzog Christian Albrechts gegründeten und nach ihm benannten Universität. Ihr Grußwort schloss *Kietzer* mit dem Dank an alle, die sich um das Arbeitsrecht verdient machten, insbesondere dankte sie den ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern an den Gerichten für Arbeitssachen.

Der Minister für Justiz, Gleichstellung und Integration des Landes Schleswig-Holstein *Emil Schmalfuß* hieß die Tagungsteilnehmer im Namen der schleswig-holsteinischen Landesregierung sehr herzlich in der Landeshauptstadt Kiel willkommen. Er hoffte, dass die Tagungsteilnehmer das Verkehrsnadelöhr Elbtunnel gut gemeistert hätten. Dieses sei bekanntlich die schwerste Prüfung auf dem Weg in den

Norden. Maritim ausgedrückt, komme man dort meist nur in Form einer langsamen „Kiellinien“-Fahrt durch.

*Schmalfuß* hob zunächst hervor, der Arbeitsgerichtsbarkeit komme auch und gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ein außerordentlich hoher Stellenwert in unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung zu. Über 80 % der erwerbstätigen Bevölkerung stünden in einem Arbeitsverhältnis. Für die allermeisten Bürgerinnen und Bürger sei Bestand und der Erhalt des Arbeitsverhältnisses von existentieller Bedeutung. Die Arbeitsgerichtsbarkeit gehöre zu den zentralen Institutionen in unserem demokratischen sozialen Rechtsstaat. Sie sei dafür verantwortlich, dass durch das Herbeiführen interessengerechter Einigungen und durch eine den sozialen und wirtschaftlichen Erfordernissen gerecht werdende Rechtsprechung der soziale Grundkonsens in unserer Gesellschaft erhalten und gestärkt werde, und sei in besonderem Maße gefragt, wenn es darum gehe, einen Ausgleich wirtschaftlicher und existentiell-sozialer Interessen herbeizuführen. Wie schwierig das aber ist, wüssten wir alle aus beruflicher Erfahrung. Aufgabe der Arbeitsgerichte sei es, in allen Streitfragen rund um das Arbeitsverhältnis Rechtsschutz zu gewähren sowie Rechtssicherheit und Rechtsfrieden im Arbeitsverhältnis zu gewährleisten. Indem die Arbeitsgerichtsbarkeit diese Aufgaben bürgernah und mit sozialer Kompetenz wahrnehme, finde sie auch Vertrauen und Akzeptanz in der Bevölkerung. Die gesellschaftliche Bedeutung der Arbeitsgerichte zeige sich daran, dass sie ganz nah „am Puls der Zeit“ und damit auch am sozialen Arbeitsalltag der Menschen sei.

Die Gerichte für Arbeitssachen seien, so *Schmalfuß*, gewissermaßen der Seismograph für Veränderungen in der Arbeitswelt, aber auch für die wirtschaftliche Lage in Deutschland. Eine lahmende Konjunktur führe bekanntlich zur „Hochkonjunktur“ bei den Arbeitsgerichten. Bei ihrer rechtsprechenden Tätigkeit würden die Arbeitsgerichte stets vor neue Herausforderungen gestellt. Der wirtschaftliche Wandel von der Industriegesellschaft zur Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft und die zunehmende Globalisierung veränderten die Arbeitsinhalte zunehmend. Zudem übe das europäische Recht einen immer stärkeren Einfluss auf unser nationales Recht aus. In kaum einem anderen Rechtsgebiet wie im Arbeitsrecht bestehe daher eine solche Normenvielfalt mit dieser Komplexität von Europarecht, Verfassungsrecht, Gesetzesrecht und Kollektivverträgen. *Schmalfuß* meinte, die Arbeitsrichter müssten - mehr als die Richter manch anderer Gerichtsbarkeiten - ständig „am Ball bleiben“, um Gesetzesänderungen und neue Entwicklungen in der Rechtsprechung

nicht zu verpassen. Hierzu leisten Veranstaltungen wie diese 10. Landestagung Schleswig-Holstein einen besonders wertvollen Beitrag.

*Schmalfuß* hob hervor, die Arbeitsgerichtsbarkeit sei traditionell eine schnelle Gerichtsbarkeit. Arbeitgebern, Arbeitnehmern, Betriebsräten, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften sei eine kurze Verfahrenslaufzeit ein wichtiges Anliegen. Eine starke und effiziente Arbeitsgerichtsbarkeit sei wesentlich für unser Land, für die Wirtschaft und für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. In der schnellen Bearbeitung von Arbeitsgerichtsverfahren liege die schleswig-holsteinische Arbeitsgerichtsbarkeit im Jahr 2010 mit 2,5 Monaten im Bundesvergleich auf dem Spitzenplatz. Das freue ihn sehr. Die schnelle Bearbeitung von Arbeitsgerichtsverfahren in Schleswig-Holstein sei ein bedeutsamer Aspekt, dem die Experten der Bertelsmannstiftung in ihrem aktuellen Vergleich „der Bundesländer im Standortwettbewerb 2009/10“ eine positive Wirkung auf die Funktionsfähigkeit des regionalen Arbeitsmarkts zuschrieben. Dass dies auch der Wirtschaft zugutekomme, stehe außer Frage.

Danach ging *Schmalfuß* auf die Rolle der gerichtlichen Mediation in der Arbeitsgerichtsbarkeit ein. Er selbst halte die gerichtliche Mediation für eine sinnvolle Ergänzung der in der Arbeitsgerichtsbarkeit äußerst erfolgreichen Güteverhandlung. So hätten auch die Präsidentinnen und Präsidenten der Landesarbeitsgerichte - wie im Übrigen ebenfalls zwei Wochen zuvor die Präsidentinnen und Präsidenten der Landessozialgerichte - auf ihrer 73. Konferenz in Mainz am 31. Mai 2011 folgenden Beschluss gefasst:

*„Die 73. Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten begrüßt die Schaffung einer Rechtsgrundlage für eine alternative innergerichtliche Konfliktbeilegung. Das Modell eines Güterichters wird für die Arbeitsgerichtsbarkeit abgelehnt.“*

Leider deutete sich nun jedoch an, dass die gerichtliche Mediation als erfolgreiche „Konkurrenz“ zur Anwaltsmediation nicht nur durch eine Zusatzgebühr belastet, sondern wieder abgeschafft und nur das Güterichtermodell beibehalten werden solle. Diesem Irrweg trete er politisch mit aller Kraft entgegen. Denn die gerichtliche Mediation trage erheblich zur zunehmenden Bekanntheit und Akzeptanz der außergerichtlichen Mediation bei und solle dies auch weiterhin tun. Gerade in der ordentlichen Gerichtsbarkeit leiste sie bereits jetzt einen wesentlichen Beitrag, um die Gerichte zu entlasten. Demgegenüber würde die Abschaffung der gerichtlichen Mediation ein Konkurrenzverhältnis zwischen Anwalts- und Richtermediatoren im außergerichtlichen Bereich erst verursachen. Die in den letzten Jahren gleichblei-

bend hohe Zahl von Erledigungen in der Arbeitsgerichtsbarkeit zeuge von Ihrer außerordentlichen Leistungsbereitschaft und herausragendem Verantwortungsbewusstsein gegenüber den Prozessparteien. Hoher persönlicher Einsatz aller Gerichtsangehörigen sei in schwierigen Zeiten unerlässliche Voraussetzung dafür, effektiven Rechtsschutz für Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu gewähren. Dafür möchte er allen Anwesenden heute seinen besonderen Dank aussprechen. Von dem Lyriker *Emanuel Geibel* stammten die sinnigen Worte: „Wer da fährt nach großem Ziel, lern' am Steuer ruhig sitzen, unbekümmert, wenn am Kiel Lob und Tadel hochauf spritzen!“ Diese Worte ließen sich großzügig auf die Landestagung ummünzen, wenn man statt „am“ nun „in Kiel“ sagen würde. In diesem Sinne wünschte *Schmalfuß* eine interessante, erkenntnisreiche und Gewinn bringende Tagung.

### **Vortrag von Prof. Dr. Hartmut Oetker von der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel über das Thema: „Der Tarifbruch - ein unlauterer Wettbewerb?“**

Einleitend vermutete *Prof. Dr. Hartmut Oetker*, dass viele Tagungsteilnehmer eine lange und beschwerliche Anreise hinter sich hätten. Das gelte insbesondere für diejenigen, die sich auf das Wagnis einer Durchquerung des Elbtunnels eingelassen hätten. Sie würden nach der Stadtgrenze der Freien und Hansestadt Hamburg am rechten Rand der Autobahn ein Überraschungserlebnis gehabt haben. Dort hätten sie erfahren: Sie sind angekommen im „Land der Horizonte“. Nun seien Horizonte zwar naturgesetzlich begrenzt, für Arbeitsrechtler hätten Grenzen aber noch nie gegolten. Die mehr oder weniger elegante Überwindung der durch den Gesetzeswortlaut gezogenen Grenzen würden die meisten Tagungsteilnehmer virtuos beherrschen. Sein heutiger Vortrag unternehme hingegen eine sehr viel schwierigere und gefährlichere Grenzüberschreitung, indem er den Versuch wage, die Anwesenden aus dem vertrauten Terrain des Arbeitsrechts zu entführen, um Ihren Horizont um eine andere Perspektive zu erweitern und - so hoffe er - zu bereichern.

Mit dem Recht des lautereren Wettbewerbs bzw. dem Lauterkeitsrecht seien Arbeitsrechtler zugegebenermaßen höchst selten konfrontiert. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, den § 17 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerbs (UWG) normiere, möge zwar zuweilen eine Bedeutung erlangen, ansonsten sei das Lauterkeitsrecht für den Arbeitsrechtler aber oftmals eine „terra incognita“, vor deren Betreten dieser zumeist furchtsam zurückschrecke. So werde es wohl auch

dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichtes am 31. Mai 2005 ergangen sein, als dieser über die Grenzen der gewerkschaftlichen Mitgliederwerbung befinden hätte müssen. Dankend hätten die richterlichen Akteure des damaligen Verfahrens die helfenden Hände des „Emil-Grünbär-Klubs“ ergriffen, um sich für die Entscheidung des Rechtsstreits aus dem Unterholz des Lauterkeitsrechts zu befreien und sodann auf den zuweilen ausgetretenen, aber vertrauten Pfaden der Koalitionsfreiheit mit bekannt schöpferischer Kreativität das Recht zu finden.

Ein Blick über die Bundesgrenze auf andere Rechtsordnungen zeige jedoch, dass das Lauterkeitsrecht für die Durchsetzung des Arbeitsrechts einen zentralen Stellenwert einnehmen könne. Die Schweiz habe nicht nur für Anleger, Gipfelstürmer sowie Schokoladen- und Käseliebhaber, sondern auch für Arbeitsrechtler Schätze zu bieten. So handele nach Art. 7 des dortigen UWG unlauter, „wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt oder berufs- oder ortsüblich sind“. Anerkanntermaßen gehöre hierzu auch die Unterschreitung der durch Gesamtarbeitsvertrag bzw. Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen. Zu den Klageberechtigten, die sich gegen einen solchermaßen unlauteren Wettbewerb wehren wollten, zähle Art. 9 schwUWG nicht nur alle Personen, die hierdurch in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt würden. Nach Art. 10 schwUWG gehörten zu den Klageberechtigten auch die Berufsverbände, die nach ihren Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt seien. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zählten zu diesem Kreis der privilegierten Verbände auch die Gewerkschaften. Sei die Schweiz also ein Eldorado für eine effektive Durchsetzung der Tarifverträge? Heiße es nach den Pionierleistungen des Schweizer *Philipp Lotmar* für die Entwicklung des Arbeitsrechts abermals: „Von der Schweiz das Siegen zu lernen?“

Ein Blick zurück über die Grenze auf das deutsche Lauterkeitsrecht zeige, so *Oetker*, dass dieses in seinen Erträgen im Hinblick auf den Tarifbruch bislang weit weniger reichhaltig sei. Aus Sicht des Tarifrechts sei eine Kultivierung des kargen Bodens des Lauterkeitsrechts daher nicht nur reizvoll, sondern auch dringend geboten. Die Kultivierung karger Böden sei allerdings bekanntlich mit harter Arbeit verbunden.

*Oetker* meinte, die von ihm aufgeworfene Fragestellung sei im deutschen Lauterkeitsrecht allerdings nicht völlig unvertraut. Diese lasse sich vielmehr bis zu einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. April 1927 zurückverfolgen. Maßgebend

sei damals die bis zum Jahr 2004 geltende und aus dem Jahr 1909 stammende Fassung des UWG und die dort in § 1 normierte Generalklausel gewesen. Danach habe auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vorgenommen habe, die gegen die guten Sitten verstoßen hätten. Es habe also die Frage beantwortet werden müssen, ob der Tarifbruch als ein Verstoß gegen die guten Sitten zu bewerten sei. Für die Beantwortung dieser Frage habe dem Reichsgericht ein klassischer und unverändert aktueller Sachverhalt vorgelegen. Im Berliner Bewachungsgewerbe habe ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag gegolten. Der Beklagte, ein Kriminalbeamter a. D., habe seine Angestellten erheblich unter den Sätzen des Tarifvertrags entlohnt und habe für die von ihm am Markt angebotenen Bewachungsleistungen eine wesentlich geringere Vergütung als die Klägerin verlangt, die die Lohnsätze des Tarifvertrags eingehalten habe. Aus diesem Grund habe sie vom Beklagten verlangt, die untertarifliche Entlohnung seiner Bewachungsangestellten zu unterlassen, und habe sich unter anderem auf die damalige Generalklausel des Lauterkeitsrechts in § 1 UWG a. F. gestützt, die ein sittenwidriges Verhalten im Wettbewerb untersagt habe. Das Reichsgericht habe einen Unterlassungsanspruch bejaht, habe aber nicht allein auf den in der untertariflichen Vergütung liegenden Rechtsbruch abgestellt, sondern mehrfach die Absicht des Beklagten betont, sich mittels der niedrigeren Vergütungssätze „einen Vorsprung im gewerblichen Wettkampf“ zu sichern. Im Kern habe das Reichsgericht dem Beklagten vorgeworfen, dass seine im Vergleich zu den Mitbewerbern sehr viel niedrigeren Preise gerade darauf beruhten, dass er seine Angestellten entgegen den tarifrechtlichen Bindungen untertariflich entlohne. Gerade hierin liege der von der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel inkriminierte Verstoß gegen die im Wettbewerb zu wahrenen guten Sitten.

Eine Revitalisierung habe die Diskussion in den 1980er Jahren in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte erfahren. Diese hätten jedoch überwiegend auf der durch das Reichsgericht vorgezeichneten Linie verharrt. So habe das Oberlandesgericht Stuttgart in einem Urteil vom 8. Mai 1987 ausdrücklich festgehalten, dass der Verstoß gegen für allgemeinverbindlich erklärte Tarifbestimmungen selbst keine Wettbewerbshandlung, sondern ein rein innerbetrieblicher Vorgang sei, der als solcher noch keinen Vorsprung im Wettbewerb bewirke. Erst in der auf dem Tarifbruch beruhenden Preisunterbietung liege eine Wettbewerbshandlung, die als sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG a. F. zu bewerten sei. Fehle es hieran, so begründe der Ta-

rifbruch für sich alleine nicht den Vorwurf eines sittenwidrigen Wettbewerbsverhaltens. Dieser Position habe sich später auch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in einem Urteil vom 7. Juli 1988 angeschlossen und habe die alleinige Möglichkeit einer günstigeren Kalkulation für einen nach § 1 UWG a. F. zu beanstandenden Wettbewerbsverstoß nicht ausreichen lassen. Eine entsprechende Aussage sei ebenfalls in einem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Mai 1988 anzutreffen.

Eine gegenteilige Position habe demgegenüber das Oberlandesgericht Hamburg in einem Urteil vom 27. November 1986 bezogen. Es habe zumindest die Lohnordnung in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag als „werthaltig“ angesehen und habe einen Verstoß hiergegen als wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 UWG a. F. bewertet.

Nur scheinbar auf dieser gegenteiligen Linie habe ein Urteil des Kammergerichts gelegen, das über die Nichtbeachtung eines für allgemeinverbindlich erklärten Arbeitszeitabkommens befinden habe müssen, in dem ein Ausfahr- und Auslieferungsverbot für Backwaren an einem bestimmten Werktag festgelegt gewesen sei. Das Kammergericht habe in seinem Urteil vom 7. November 1980 festgestellt, dass sich der tarifwidrig agierende Arbeitgeber bereits durch das planmäßige und bewusste Hinwegsetzen über das Ausfahrverbot einen unlauteren wettbewerblichen Vorsprung durch Rechtsbruch verschafft habe. Insoweit gelte es allerdings zu beachten, dass die tarifvertragliche Arbeitszeitregelung das unmittelbare Agieren des Unternehmens im Wettbewerb betroffen und sich hierin deutlich von den anderen Urteilen unterscheiden habe, die die Unterschreitung tariflicher Vergütungssätze bzw. anderweitiger Entgeltregelungen betroffen hätten.

Anschließend ging *Oetker* auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. Dezember 1992 ein. Mit diesem Urteil habe der Bundesgerichtshof bei unveränderten gesetzlichen Rahmenbedingungen 65 Jahre nach dem Urteil des Reichsgerichts die Problematik abermals gewürdigt. Im Unterschied zu dem vom Reichsgericht beurteilten Sachverhalt habe allerdings nicht festgestanden, dass der Wettbewerber, ein Unternehmen des Gebäudereinigungsgewerbes, die untertarifliche Vergütung dazu ausgenutzt habe, sich durch günstigere Angebote einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen. Wegen des hohen Personalkostenanteils bei der Gebäudereinigung habe das Oberlandesgericht Saarbrücken als Vorinstanz jedoch im Unterschied zum Reichsgericht bereits die Möglichkeit zur Unterbietung der Mitbewer-



ber für den Vorwurf eines sittenwidrigen Wettbewerbsverhaltens ausreichen lassen und habe die untertarifliche Entlohnung als die entscheidende Wettbewerbshandlung angesehen. Dieser Fortentwicklung der reichsgerichtlichen Judikatur habe der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 3. Dezember 1992 indes die Gefolgschaft verweigert. Insbesondere habe er den Ansatz verworfen, bereits die Unterschreitung der tarifrechtlich verbindlichen Lohnsätze als Wettbewerbsverstoß im Sinne der unlauterkeitsrechtlichen Generalklausel zu bewerten. Der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags habe er keine entscheidende Bedeutung beigemessen und angenommen, diese verfolge primär ein sozialpolitisches Ziel und diene nicht dem Schutz von Individualinteressen im Wettbewerb. Dementsprechend habe der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen den damals geltenden § 1 UWG a. F. erst bejaht, wenn die Unterschreitung der tarifvertraglichen Lohnsätze systematisch zu dem Zweck erfolgt sei, sich gegenüber tariftreuen Wettbewerbern einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Allein die Möglichkeit einer niedrigeren Preisgestaltung reiche hierfür selbst in einem lohnintensiven Gewerbe nicht aus. Vielmehr seien konkrete Feststellungen erforderlich, dass die Tariflohnunterschreitungen auch zu besonderen Preisgestaltungen ausgenutzt worden seien. Ob der Bundesgerichtshof auf der Grundlage seiner späteren Judikatur, die verbreitet als Paradigmenwechsel verstanden worden sei, ebenso entschieden hätte, ließ *Oetker* dahinstehen.

Er war der Ansicht, dass die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Abgasemissionen“ vom 11. Mai 2000 für das Unlauterkeitsurteil bei der Verletzung von Vorschriften, die nicht dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, geforderte „zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion“ bei Tarifverträgen jedoch regelmäßig fehlen dürfte. Auch die Tarifnormen zum Arbeitsentgelt beschränkten sich darauf, dem Arbeitnehmer eine Mindestvergütung zu gewährleisten. Damit dienten Entgeltbestimmungen in Tarifverträgen ausschließlich dem Arbeitnehmerschutz. Die Kartellwirkung des Tarifvertrags habe zwar unverkennbare Implikationen für den Wettbewerb der tarifgebundenen Unternehmen, dem Schutz ihres Wettbewerbs dienten die tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen aber auch nicht als sekundäres Ziel. Eine abweichende Würdigung wäre jedoch trotz der gegenteiligen Judikatur des Bundesgerichtshofs auch nach dem damaligen Recht zu erwägen gewesen, wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden sei. Nach vorherrschendem Verständnis zähle es zumindest auch zu den Aufgaben der Allgemeinverbindlicherklärung, die tarifgebundenen Arbeitgeber vor einem Unterbie-

tungswettbewerb durch Außenseiter zu schützen, um dadurch - so das Bundesverfassungsgericht - wirtschaftliche Fehlentwicklungen zu vermeiden. Die Allgemeinverbindlichkeit habe aus deutscher Sicht nicht nur den Arbeitnehmerschutz, sondern auch den Wettbewerb im Blick, wobei nicht nur der Wettbewerb um die am Arbeitsmarkt angebotene Arbeitsleistung (Nachfragewettbewerb), sondern auch die Stellung der Unternehmen am Markt im Hinblick auf die von ihnen angebotenen Waren und Dienstleistungen (Angebotswettbewerb) betroffen sei. Problematisch bleibe allerdings unverändert die Auswirkung des Tarifbruchs auf das tatsächliche Agieren des Unternehmers im Wettbewerb für das lauterkeitsrechtliche Verdikt der Sittenwidrigkeit.

Danach befasste sich *Oetker* mit Unterschreitungen tarifvertraglicher Mindestentgelte im Lichte des novellierten UWG. Das im Jahr 2004 grundlegend überarbeitete UWG werfe die Frage auf, ob dieses zu einer anderen rechtlichen Würdigung Anlass gebe. Das neu gefasste UWG beschränke sich im Unterschied zur früheren Rechtslage nicht auf eine den unlauteren Wettbewerb untersagende Generalklausel (§ 3 UWG), sondern zähle in § 4 UWG in einem nicht abschließenden Katalog Fallgruppen auf, in denen ein Mitbewerber unlauter im Sinne der Generalklausel in § 3 UWG handele. Dem tarifwidrig agierenden Mitbewerber könnte deshalb vorgehalten werden, dass er einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt und dies nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter ist. Dies würde zumindest im Ausgangspunkt der im UWG der Schweiz aufgeworfenen Fragestellung sehr nahekommen. Eine breit geführte Diskussion habe der geänderte lauterkeitsrechtliche Rahmen im Hinblick auf unser Thema indes nicht ausgelöst. Die wenigen im Schrifttum anzutreffenden Stellungnahmen vermittelten ein eher verwirrendes und äußerst disparates Meinungsspektrum. Dabei überwögen im lauterkeitsrechtlichen Schrifttum diejenigen Stimmen, die einen Wettbewerbsverstoß jedenfalls bei solchen Tarifverträgen, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden seien, generell verneinten. Andererseits fehle es auch nicht an Befürwortern eines von § 4 Nr. 11 UWG erfassten Rechtsbruchs jedenfalls dann, wenn das tarifwidrige Handeln einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag betreffe.

Großzügiger, so *Oetker*, seien demgegenüber die allerdings singulären Stellungnahmen im arbeitsrechtlichen Schrifttum. So befürworte *Däubler* die generelle Einbeziehung von Tarifverträgen in den Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG selbst dann, wenn diese nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden seien. Tarifver-

träge und Arbeitsschutznormen seien Teil der Lohnkosten und wiesen deshalb den für § 4 Nr. 11 UWG notwendigen Marktbezug auf, ohne dass es auf einen nachweisbaren Vorteil des tarifwidrig agierenden Unternehmens ankomme. Dieser Position hätten sich einzelne Autoren entweder ohne Einschränkungen angeschlossen oder gelangten jedenfalls für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge zu diesem Ergebnis.

*Oetker* fragte, was von diesen Ansätzen zu halten sei, und meinte, für die Beantwortung dieser Frage müsse man sich vor Augen führen, dass der Rechtsanwender auf dem Weg zu einem auf den Rechtsbruch gestützten Wettbewerbsverstoß eine anspruchsvolle Zweierkombination zu überwinden habe, die aus einem Oxer und einem Steilsprung bestehe, ein Hindernis, das im Springreiten Pferd und Reiter bekanntlich vor hohe Herausforderungen stelle. Damit Pferd und Reiter unversehrt blieben, will er sich dem Hindernis mit der gebotenen Vorsicht respektvoll nähern. Am Anfang stehe gewissermaßen ein Oxer, der durch § 4 Nr. 11 UWG gebildet werde. Neben dem Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift erweise sich vor allem die Charakterisierung dieser Vorschrift als Marktverhaltensregel als eine Stange, an der viele scheiterten. Wir hätten also - um im Bilde zu bleiben - einen Oxer vor uns, dessen hintere Stange deutlich höher als die vordere Stange sei. Schließlich gelte es zum Abschluss, den durch § 3 UWG errichteten Steilsprung zu überwinden. Danach müsse der Tarifbruch als geschäftliche Handlung zu bewerten sein.

Mit diesem Überblick auf das zu überwindende Hindernis gehe es im Galopp zu der ersten Hürde, der ausdrücklichen Beschränkung des Rechtsbruchtatbestands in § 4 Nr. 11 UWG auf „gesetzliche“ Vorschriften. Unser Thema könnte jetzt schnell erledigt sein, wenn dem Tatbestand ein enges, am formellen Gesetzesbegriff orientiertes Verständnis zugrunde zu legen wäre. Der mit der Norm intendierte Wettbewerbsschutz verbiete jedoch ein restriktives, auf formelle Gesetze beschränktes Verständnis. Für den Wettbewerbsschutz sei nicht der Normerzeuger, sondern der Normcharakter entscheidend. In den Rechtsbruchtatbestand einzubeziehen seien deshalb alle Rechtssätze, die den Charakter einer Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB) aufwiesen. Bei dieser weiten Auslegung errichte die Begrenzung des Rechtsbruchtatbestands auf „gesetzliche“ Vorschriften für Tarifverträge keine allzu schwer zu überwindende Hürde. Das gelte jedenfalls für solche Tarifverträge, die nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden seien. Sie könnten zudem aufgrund der staatlichen Mitwirkung als „gesetzliche Vorschriften“ bewertet werden. Im Übrigen lasse sich auf

die gesetzesgleiche (normative) Wirkung der Tarifnormen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) zurückgreifen, um diese als gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG zu qualifizieren.

*Oetker* war der Ansicht, wesentlich schwerer zu überwinden sei der zweite Teil des *Oxers*. Dieser betreffe das spezifisch lauterkeitsrechtliche Element in § 4 Nr. 11 UWG, dass die Norm nicht jeden Rechtsbruch eines Mitbewerbers erfasse. Vielmehr müsse die verletzte Vorschrift zumindest auch dazu bestimmt sein, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Der hierdurch notwendige Wettbewerbsbezug, der an die Stelle der früher maßgeblichen Gegenüberstellung von wertbezogenen und wertneutralen Vorschriften getreten sei, scheine Tarifnormen zu fehlen, weil sie nicht das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb, sondern das Arbeitsverhältnis durch Etablierung von Mindestarbeitsbedingungen ausgestalten sollten. Das sei insbesondere dann mit erheblichen Problemen verbunden, wenn der tradierten Vorstellung folgend der Angebotswettbewerb in den Blick genommen werde. Tarifvertraglich regulierte Arbeitsbedingungen seien zwar für die Unternehmen ein Kostenfaktor und beeinflussten - wie auch der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 3. Dezember 1992 konstatiert habe - hierdurch indirekt deren Stellung im Wettbewerb als Anbieter von Waren und Dienstleistungen. Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen zielten aber in der Regel nicht darauf ab, das Verhalten der Unternehmen in diesem Wettbewerb zu regeln. Das Urteil des Kammergerichts vom 7. November 1980 zu einem tarifvertraglichen Arbeitszeitabkommen zeige indes, dass tarifvertragliche Regelungen durchaus einen ambivalenten Charakter aufweisen und unmittelbar die Stellung eines Unternehmers im Angebotswettbewerb beeinflussen könnten. Vergleichbares gelte für die Lage der Arbeitszeit im Einzelhandel, weil diese unmittelbare Rückwirkungen auf die Frage habe, zu welchen Zeiten das Unternehmen unter Einsatz von Verkaufspersonal Waren an seine Kunden veräußern könne. Auch bei derartigen Regelungsinhalten stehe jedoch der Schutz der Arbeitnehmer im Vordergrund, selbst wenn sich die Tarifbestimmung reflexartig auf den Angebotswettbewerb auswirke. Verbreitet werde der Charakter als Marktverhaltensregel in der Tradition der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung auch zum neuen Recht jedoch selbst dann verneint, wenn die Tarifnormen kraft Allgemeinverbindlichkeit für die Unternehmen gölten. Dem stehe allerdings entgegen, dass mit dem in § 4 Nr. 11 UWG aufgenommenen Merkmal „auch“ die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Abgasemissionen“ geforderte und als ausreichend erachtete „sekundäre wettbe-

werbsbezogene Schutzfunktion“ in Gesetzesform gegossen worden sei. Im Hinblick auf den bereits skizzierten Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung sprächen hierfür gewichtige Gründe, was selbstverständlich stets dann anders zu beurteilen sei, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung ihrer wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion vollständig entkleidet und ausschließlich auf den Schutz der Arbeitnehmer reduziert werde.

Unabhängig davon sei eine abweichende Würdigung auch aus der Perspektive des Angebotswettbewerbs jedenfalls dann vorzugswürdig, wenn der Tarifvertrag nicht nur für allgemeinverbindlich erklärt worden sei, sondern zudem Mindestarbeitsbedingungen festsetze, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) auf die Arbeitsverhältnisse mit Arbeitgebern mit Sitz im Ausland erstrecke, wenn sie Arbeitnehmer im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags beschäftigten. Diese für einzelne Branchen relevante Aussage könne sich unabhängig von der teleologischen Fundierung der Allgemeinverbindlicherklärung auf das in § 1 AEntG ausdrücklich proklamierte Ziel des Gesetzes stützen, „faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen“ zu schaffen und durchzusetzen. Diese Zielsetzung beziehe sich nicht auf den Beschaffungsmarkt für Arbeitsleistungen, sondern auf die von dem Unternehmen am Markt angebotenen Waren und Dienstleistungen und damit auf den Angebotswettbewerb. Damit ziele das AEntG mit den ergänzenden Tarifverträgen, die wegen § 3 AEntG stets mit bundesweitem Geltungsanspruch für allgemeinverbindlich erklärt sein müssten, zumindest „auch“ darauf ab, das Marktverhalten der im Angebotswettbewerb stehenden Unternehmen zu regeln, um zu verhindern, dass diese durch Unterschreitung bestimmter tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorsprung erlangten. Aus dem Blickwinkel des Angebotswettbewerbs komme die Einordnung von Tarifnormen als Marktverhaltensregeln nur in Betracht, wenn die entsprechenden Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt worden seien. Ob dies allein ausreiche, hänge untrennbar von der Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung ab. Unabhängig davon sei der Charakter von Tarifnormen als Marktverhaltensregel jedenfalls dann zu bejahen, wenn diese vom AEntG privilegiert würden.

Dieses Ergebnis beruht nach *Oetkers* Auffassung indes ausschließlich auf dem tradierten Verständnis, das den marktverhaltensregelnden Charakter der für den Rechtsbruchtatbestand in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften aus der Perspektive des Angebotswettbewerbs betrachtet. Diese Sichtweise sei jedoch *de lege lata* keineswegs zwingend und allein maßgebend. Dies beruhe vor allem darauf,

dass die Definition der geschäftlichen Handlung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht mehr nur den Absatz von Waren oder Dienstleistungen, sondern auch deren Bezug umfasse. Das erweitere zwangsläufig den Blickwinkel auch im Rahmen von § 4 Nr. 11 UWG. Als Marktverhaltensregeln kämen deshalb auch solche Vorschriften in Betracht, die einen Bezug zu dem Verhalten des Unternehmens im Nachfragewettbewerb aufwiesen. Vor dem Hintergrund dieses Perspektivenwechsels bejahten auch Stimmen im lauterkeitsrechtlichen Schrifttum einen unmittelbaren Marktbezug jedenfalls bei allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen, die das Verhalten der Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt für Arbeitsleistungen regelten. Diesem Ansatz lasse sich nicht bereits entgegenhalten, dass es sich bei der Arbeitsleistung nicht um eine „Dienstleistung“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG handele, da es auf die rechtliche Qualifizierung des Vertrags nicht ankomme. Dementsprechend sei in den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auch die Nachfrage nach Arbeitsleistungen einbezogen. Auch bei einem Perspektivenwechsel zum Nachfragewettbewerb bleibe indes zu beachten, dass die verletzte Vorschrift im Interesse der Marktteilnehmer bestehen müsse. Maßgeblich für den hiervon erfassten Personenkreis sei die gesetzliche Umschreibung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Soweit der Schutz der Mitbewerber in Betracht komme, gälten die obigen Ergebnisse zum Angebotswettbewerb ohne Einschränkungen auch für den Nachfragewettbewerb, da Tarifverträge grundsätzlich dem Schutz des Arbeitnehmers und nicht dem Schutz der Mitbewerber diene.

Zu den in den Schutz durch den Rechtsbruchtatbestand einbezogenen Marktteilnehmern zählten nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG jedoch auch die Verbraucher. Aufgrund der für den Verbraucherbegriff maßgeblichen Verweisung in § 2 Abs. 2 UWG auf § 13 BGB liege es in Anlehnung an die arbeitsgerichtliche Judikatur nahe, hierzu auch Arbeitnehmer zu zählen. Dies könnte es dann rechtfertigen, auch solche Normen als Marktverhaltensregeln in den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG einzubeziehen, die dem Schutz des Arbeitnehmers diene. Konsequenterweise könnten bei diesem Ansatz auch dem Schutz des Arbeitnehmers dienende Tarifnormen unabhängig davon als Marktverhaltensregeln zu qualifizieren sein, ob diese darüber hinaus für allgemeinverbindlich erklärt oder durch das AEntG privilegiert worden seien. Ein derartiges formales Verständnis verkenne jedoch, dass das UWG den Verbraucher nicht als Anbieter, sondern als Abnehmer von Waren und Dienstleistungen anspreche. Im Hinblick auf die Arbeitsleistung sei der Arbeitnehmer Leistungserbringer

und falle in dieser Eigenschaft nicht unter den Begriff des Verbrauchers. Da § 2 Abs. 2 UWG lediglich die „entsprechende“ Anwendung des § 13 BGB vorschreibt, eröffne die Verweisungsnorm auch den notwendigen methodischen Spielraum für eine dem Telos des Lauterkeitsrechts entsprechende Sichtweise. Schließlich ließen sich Arbeitnehmer auch nicht den „sonstigen Marktteilnehmern“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG zuordnen. Hierzu zählten - wie sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ergebe - nur solche Personen, die als Unternehmer Dienstleistungen anböten. Damit führe auch ein Perspektivenwechsel auf den Nachfragewettbewerb nicht dazu, dass ein Verstoß gegen Tarifverträge generell von dem Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG erfasst werde. Vielmehr komme dies aus den zum Angebotswettbewerb dargelegten Gründen nur dann in Betracht, wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden sei, sei aber stets bei einer Privilegierung eines derartigen Tarifvertrags durch das AEntG zu bejahen.

Danach befasste sich *Oetker* mit der Generalklausel in § 3 UWG als Auffangtatbestand. Er meinte, die mit den vorstehenden Ergebnissen verbundenen Restriktionen könnten durch einen Rückgriff auf die Generalklausel in § 3 UWG nicht überwunden werden, selbst wenn § 4 Nr. 11 UWG hinsichtlich des Rechtsbruchs als Wettbewerbsverstoß keine abschließende Regelung treffen sollte. Diese Gesetzestechnik legitimiere nicht dazu, jeden Rechtsbruch, der geeignet sei, die Stellung im Wettbewerb zu verbessern, per se als unlauter im Sinne des § 3 UWG zu qualifizieren. Für diese zurückhaltende Würdigung spreche vor allem der nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. Dezember 1992 in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vollzogene Paradigmenwechsel bei der Konturierung des Rechtsbruchtatbestands, den § 4 Nr. 11 UWG ausdrücklich aufgreife. Der Versuch, die vom Gesetzgeber bewusst übernommene Begrenzung des Rechtsbruchtatbestands mittels eines Rückgriffs auf die Generalklausel in § 3 UWG zu revidieren, widerspreche deshalb grundsätzlich einer methodengerechten Gesetzesanwendung, so dass es bei den bisherigen Resultaten zu § 4 Nr. 11 UWG verbleiben müsse.

Selbst wenn der aus § 4 Nr. 11 UWG errichtete Oxer noch partiell überwunden werden könne, so *Oetker*, setze ein Wettbewerbsverstoß die Überwindung eines abschließenden Steilsprungs voraus. § 4 Nr. 11 UWG kreierte keinen eigenständigen Verbotstatbestand, sondern konkretisiere lediglich das auf „geschäftliche Handlungen“ bezogene Verbot in § 3 UWG im Hinblick auf das Merkmal „unlauter“. Die Unlauterkeit eines Verhaltens reiche jedoch für einen Wettbewerbsverstoß nicht aus.

Vielmehr müsse der dem Unternehmer zur Last gelegte Rechtsbruch zusätzlich als „geschäftliche Handlung“ zu qualifizieren sein. Eine solche erfordere nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ein Verhalten, das mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhänge. Dieser objektive Zusammenhang des Rechtsbruchs mit dem Auftreten des Unternehmers am Markt sei aber in Frage gestellt, wenn das tarifvertragswidrige Verhalten dem eigentlichen Markthandeln vorausgehe oder nachfolge. Ein für das Vorliegen einer „geschäftlichen Handlung“ notwendiger objektiver Zusammenhang könne bei einem tarifvertragswidrigen Verhalten deshalb nicht stets bejaht werden, sondern allenfalls dann, wenn es dem Unternehmen hierdurch möglich sei, seine Waren oder Dienstleistungen günstiger als ein Mitbewerber anzubieten. Dies komme indes nicht bei der Verletzung jedweder Tarifbestimmung, sondern allenfalls dann in Betracht, wenn deren Inhalt unmittelbar die Höhe der Arbeitskosten beeinflusse, wie dies regelmäßig nur bei tarifvertraglichen Vergütungsregeln der Fall sei. Selbst bei diesen sei der für eine geschäftliche Handlung geforderte objektive Zusammenhang mit dem Verhalten des Unternehmens im Wettbewerb indes nicht stets zu bejahen. Vielmehr müssten die Arbeitskosten ein prägender Faktor für die Preisbildung der von dem Unternehmer am Markt angebotenen Waren oder Dienstleistungen sein. In den in § 4 AEntG aufgezählten Branchen dürfte dies regelmäßig der Fall sein, da die Preise der dort erfassten Leistungen vornehmlich nach den Arbeitskosten bemessen würden. Sei danach insbesondere in dem vom AEntG erfassten Dienstleistungssektor jedenfalls bei der Verletzung tarifvertraglicher Mindestentgelte ein objektiver Zusammenhang zu bejahen und damit bereits der Tarifbruch eine geschäftliche Handlung, dann sei es im Unterschied zu der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 3. Dezember 1992 ohne Bedeutung, ob der Unternehmer den durch Rechtsbruch erlangten Vorteil tatsächlich dazu nutze, um mit günstigeren Angeboten am Markt aufzutreten. In den übrigen Fallgestaltungen liege hingegen entsprechend der früheren Linie des Bundesgerichtshofs erst in der durch den Rechtsbruch ermöglichten Preisunterbietung die für den Wettbewerbsverstoß notwendige „geschäftliche Handlung“.

Als Zwischenergebnis hielt *Oetker* fest, dass der Verstoß gegen Tarifverträge nicht generell von dem Rechtsbruchtatbestand in § 4 Nr. 11 UWG erfasst werde. Angesichts der besonderen und auch auf den Wettbewerb der Unternehmen bezogenen Zielsetzung des AEntG sei dies jedoch hinsichtlich der durch dieses Gesetz privi-



legierten Tarifbestimmungen der Fall. Werde der Allgemeinverbindlicherklärung zumindest sekundär eine auf den Wettbewerb bezogene Schutzfunktion zugesprochen, so gelte dies auch unabhängig von der Privilegierung durch das AEntG. Nicht stets erfülle die Verletzung der von § 4 Nr. 11 UWG erfassten Tarifbestimmungen jedoch die Voraussetzungen einer geschäftlichen Handlung. Der notwendige objektive Zusammenhang mit dem Auftreten des Unternehmers am Markt sei vielmehr nur dann zu bejahen, wenn die Arbeitskosten prägender Faktor für die am Markt angebotenen Waren oder Dienstleistungen seien. Bei den von § 4 AEntG erfassten Branchen sei dies regelmäßig zu bejahen, wenn der Tarifverstoß die tarifvertraglichen Mindestentgelte betreffe. Im deutlichen Unterschied zum Lauterkeitsrecht der Schweiz sei das deutsche Lauterkeitsrecht zwar nicht gänzlich ungeeignet, einem tarifvertragswidrigen Verhalten der Unternehmen zu begegnen, es sei hierzu jedoch nur partiell geeignet.

Abschließend ging *Oetker* der Frage nach, welcher Personenkreis gegebenenfalls berechtigt ist, den Wettbewerbsverstoß geltend zu machen. Er meinte, soweit die Unterschreitung tarifvertraglicher Mindestentgelte nach den vorstehenden Ergebnissen als eine „unlautere geschäftliche Handlung“ im Sinne von § 3 UWG zu qualifizieren sei, könne der tarifvertragswidrig agierende Unternehmer (Arbeitgeber) nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Den Kreis der Anspruchsberechtigten umschreibe im Einzelnen § 8 Abs. 3 UWG, wobei § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vor allem diejenigen Unternehmer zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs berechtige, die mit dem sich unlauter verhaltenden Unternehmer in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stünden und deshalb Mitbewerber im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG seien. Nicht zu dem Kreis der Anspruchsberechtigten zähle damit jedoch der von der verletzten Tarifbestimmung geschützte Arbeitnehmer. Allerdings bleibe § 8 Abs. 3 UWG nicht bei diesem Personenkreis stehen, sondern dehne den Kreis der Anspruchsberechtigten neben Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG) in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG auch auf rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher beruflicher Interessen aus. Zu beantworten sei deshalb die Frage, ob bei Verbandstarifverträgen auch die jeweiligen Tarifvertragsparteien zu dem Kreis der anspruchsberechtigten Verbände zählten.

Eindeutig negativ sei der Befund für die Gewerkschaften. Da § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG im Unterschied zu Art. 10 Abs. 2 Buchst. a schwUWG nicht generell die Förde-

rung wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder ausreichen lasse, sondern diese mit der Gewerblichkeit verknüpfe, seien Vereinigungen von Arbeitnehmern (Gewerkschaften) nicht in den Kreis der klagebefugten Verbände einbezogen. Insoweit verbleibt ihnen lediglich informell die Möglichkeit, auf das von dem Wettbewerbsverstoß benachteiligte Unternehmen einzuwirken, damit dieses seine lauterkeitsrechtlichen Abwehransprüche geltend mache.

Etwas abweichend falle der Befund für Arbeitgeberverbände aus. Allerdings gelte im Ausgangspunkt auch für Vereinigungen von Arbeitgebern, die nach § 2 Abs. 1 TVG tariffähig seien, dass diese primär der Wahrnehmung der arbeits- und sozialrechtlichen Belange der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen dienten. Die von § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG geforderte Förderung gewerblicher Interessen betreffe demgegenüber die Stellung der Unternehmen im Wettbewerb, so dass eine Verbandsklage ausschließlich solche Arbeitgebervereinigungen erheben könnten, die auch die wirtschaftlichen Belange der in ihnen zusammengeschlossenen Arbeitgeber wahrnahmen. Dies dürfte indes eher die Ausnahme sein.

Als vielleicht eher ernüchterndes Ergebnis hielt *Oetker* fest, dass tarifvertragliche Mindestentgelte grundsätzlich nicht als marktverhaltensregelnde Rechtsvorschriften in Betracht kommen, so dass deren Unterschreitung nicht unlauter im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG sei. Anders als in der Schweiz sei das Lauterkeitsrecht in Deutschland kein generell geeignetes Instrument, um dem Tarifbruch bzw. tarifvertragswidrig agierenden Unternehmern zu begegnen. Eine abweichende Würdigung gelte jedoch für tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, die das AEntG privilegiere und über § 8 AEntG zu genereller Geltung ver helfe. Der Bruch der durch das AEntG privilegierten tariflichen Arbeitsbedingungen sei jedoch nur dann als geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu qualifizieren, wenn sich dieser auf die tariflichen Mindestentgeltsätze beziehe und die Arbeitskosten von prägender Bedeutung für die vom Unternehmer am Markt geforderten Entgelte für die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen seien. Unter dieser Voraussetzung gelte dies auch für solche tarifvertraglichen Entgelte eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags, der nicht von dem AEntG privilegiert werde. Zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs sei regelmäßig nur der Mitbewerber befugt. Weder Arbeitnehmer noch deren Vereinigungen seien zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs berufen. Sie blieben deshalb darauf angewiesen, dass sich die tarifkonformen Arbeitgeber gegen tarifwidrig agierende Arbeitgeber mittels des Lauterkeitsrechts zur

Wehr setzten. *Oetker* hoffte, mit diesen Ergebnissen ein wenig zur Entspannung im Spannungsverhältnis von Tarifrecht und Lauterkeitsrecht beigetragen zu haben. Insgesamt zeige sich aber auch in diesem Fall abermals, dass die Kultivierung karger Böden zwar stets mit harter Arbeit verbunden, ohne dass jedoch stets ein reicher Ertrag gewährleistet sei.

Tagungsleiterin *Willikonsky* dankte dem Referenten für den mit großem Beifall aufgenommenen Vortrag, an den sich eine rege Aussprache anschloss. Gegen 12:00 Uhr entließ *Willikonsky* die Tagungsteilnehmer in die Mittagspause.

### **Referat zum Thema: „Aktuelles zur personenbedingten Kündigung“**

Nach der Mittagspause wurde die Tagung gegen 13:30 Uhr mit einem Referat von *Dr. Stefan Botor* von der DGB-Rechtsschutz GmbH, Büro Kiel, zum Thema „Aktuelles zur personenbedingten Kündigung“ fortgesetzt. *Botor* ging vor allem auf die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Februar 2011 (- 2 AZR 636/09 -) ein, wonach ein Arbeitgeber einen ihm von einem Arbeitnehmer offenbarten und beachtlichen Glaubens- oder Gewissenskonflikt bei der Ausübung seines Weisungsrechts zu berücksichtigen hat, wenn ihm der Arbeitnehmer darlegt, ihm sei wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden Gewissensnot heraus nicht zuzumuten, die an sich vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Außerdem setzte sich *Botor* kritisch mit der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 24. März 2011 (- 2 AZR 790/09 -) auseinander, nach der dem Arbeitgeber zumindest dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungszeitpunkt noch eine Haftstrafe von mehr als zwei Jahren zu verbüßen hat und eine Entlassung vor Ablauf von zwei Jahren nicht sicher zu erwarten steht, regelmäßig nicht zugemutet werden kann, lediglich Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte Neubesetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten. An das Referat schloss sich eine rege Diskussion an.

**Referat zum Thema: „Der elektronische Datenverkehr in Sachen der Arbeitsgerichtsbarkeit“**

Danach berichtete *Sebastian Koch* vom Unternehmensverband Unterelbe-Westküste e. V., Geschäftsstelle Itzehoe, über seine Erfahrungen mit dem elektronischen Rechtsverkehr in der Arbeitsgerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein.

Nach der sich anschließenden Aussprache sprach Tagungsleiterin *Willikonsky* allen Referenten und Diskutanten ihren herzlichen Dank aus und schloss gegen 15:30 Uhr die 10. Landestagung Schleswig-Holstein.

Dr. Gernot Brühler