

Die Urteile Albany, Brentjens' und Drijvende Bokken des Europäischen Gerichtshofs und  
deren Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung in Deutschland

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung des akademischen Grades eines  
Doktors der Rechte  
der Universität Mannheim

vorgelegt von

Nicolle Heitsch

aus

Altenburg

Dekan: Prof. Dr. Thomas Puhl

Erstreferent: Prof. Dr. Volker Rieble

Korreferent: Prof. Dr. Rolf Sack

Tag der mündlichen Doktorprüfung: 07.05.2003

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis .....	XII-XVI
§ 1 Der Arbeit zugrundeliegende Entscheidungen .....	XII
A. Albany u.a. ....	1
I. Sachverhalt.....	1
1. Niederländisches Recht.....	1
2. Ausgangsverfahren.....	3
a) Albany International BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie .....	3
b) Brentjens' Handelonderneming BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialien.....	4
c) Maatschappij Drijvende Bokken BV ./ Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven ....	5
3. Vorlagefragen.....	5
II. Entscheidungsgründe .....	6
1. Keine Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG auf Tarifverträge .....	6
2. Kein Verstoß des Mitgliedsstaates gegen Artt. 3 lit. g, 10, 81 EG .....	8
3. Betriebsrentenfonds als Unternehmen i.S.d. Artt. 81 ff EG .....	8
4. Kein Verstoß des Mitgliedsstaats gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG .....	9
B. Hendrik van der Woude ./ Stichting Beatrixoord .....	12
I. Sachverhalt.....	12
1. Tarifvertrag für das Krankenhauswesen.....	12
2. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens.....	12
II. Entscheidungsgründe .....	13
C. Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund .....	13
I. Sachverhalt.....	13
1. Norwegisches Rentensystem und Tarifvertrag für Gemeinden.....	13
2. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens.....	14
II. Entscheidungsgründe .....	14
D. Pavel Pavlov u.a. ./ Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten.....	16
I. Sachverhalt.....	16
1. Niederländisches Recht.....	16
2. Satzung und Rentenordnung des Fachärzte-Fonds .....	16
3. Das Rentensystem für Fachärzte.....	17
4. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens.....	17
II. Entscheidungsgründe .....	18
1. Kein Verstoß des Mitgliedsstaats gegen Artt. 3 lit. g, 10, 81 EG .....	18
2. Unternehmenseigenschaft des Berufsrentenfonds .....	18
§ 2 Betriebliche Altersversorgung in Deutschland .....	19
A. Grundlagen und Reform.....	20

## II

I.	Tarifvertragliche Zusatzrentensysteme .....	21
II.	Reform der betrieblichen Altersversorgung.....	21
1.	Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung.....	22
2.	Gründe.....	22
3.	AVmG und seine Folgen .....	23
B.	Anspruchsgrundlagen.....	24
I.	Gesetzliche Ansprüche .....	25
II.	Vertragliche Ansprüche .....	25
1.	Kollektivverträge .....	25
a)	Tarifvertrag .....	26
b)	Betriebsvereinbarung .....	26
c)	Richtlinien für leitende Angestellte (§ 28 SprAuG) ....	27
2.	Individualverträge .....	27
a)	Individual- oder Einzelzusage .....	27
b)	Gesamtzusage .....	27
c)	Vertragliche Einheitsregelung.....	27
3.	Sonstige Anspruchsgrundlagen.....	28
a)	Betriebliche Übung .....	28
b)	Gleichbehandlungsgrundsatz.....	28
C.	Durchführungswege .....	29
I.	Direktzusage .....	29
II.	Direktversicherung (§ 1b Abs. 2 S. 1 BetrAVG).....	30
III.	Pensionskassen (§ 1b Abs. 3 S. 1 BetrAVG).....	30
IV.	Unterstützungskassen (§ 1b Abs. 4 S. 1 BetrAVG).....	31
V.	Pensionsfonds (§ 1b Abs. 3 BetrAVG).....	32
VI.	Sonderfall: Betriebsinterner Pensionsfonds bzw. fondsgebundene Direktzusage .....	33
D.	Vereinbarungen in der Praxis.....	33
I.	Variante 1: Uneingeschränkte Wahlfreiheit des Arbeitgebers.....	34
II.	Variante 2: Eingeschränkte oder fehlende Wahlfreiheit des Arbeitgebers.....	35
1.	Fall 1: Teilweise Beschränkung.....	35
2.	Fall 2: Volle Beschränkung .....	35
a)	Alternative 1 .....	35
b)	Alternative 2.....	36
§ 3	Kartell- und arbeitsrechtliche Grundlagen für das Verhältnis von Kollektivvereinbarungen zum Kartellrecht .....	36
A.	Kartellrechtliche Grundlagen.....	36
I.	Funktionen des Kartellrechts .....	36
II.	Ordnungskriterien des Kartellrechts .....	38
III.	Wettbewerb .....	39
1.	Begriff .....	39
2.	Rechtliche Grundlagen.....	40
a)	Deutsches Recht .....	40
b)	EG-Recht.....	41
IV.	Gütermarkt .....	41
B.	Arbeitsrechtliche Grundlagen.....	42
I.	Bedeutung der EG-Sozialpolitik .....	42
II.	Funktionen des Arbeitsrechts.....	43

### III

	1.	Schutzfunktion.....	43
	2.	Organisationsfunktion und wirtschaftsordnende Funktion.....	44
	3.	Wettbewerbsfunktion der EG-Sozialpolitik?.....	45
III.		Ordnungskriterien des Arbeitsrechts.....	46
	1.	Bilaterale Teil-Monopolisierung des Arbeitsmarktes.....	46
	2.	Bildung gegengewichtiger Marktmacht.....	47
	3.	Keine Missbrauchskontrolle.....	47
	4.	Ordnungskriterien im EG-Arbeitsrecht?.....	47
IV.		Arbeitsmarkt.....	48
V.		Tarifvertragsrecht.....	49
	1.	Funktionen des Tarifvertrags.....	49
	2.	Kartellwirkung des Tarifvertrags.....	49
	3.	Gesetzliche Grundlagen der Tarifautonomie im deutschen Recht.....	50
	4.	Europäisches Tarifvertragsrecht?.....	51
	a)	Präambel und Ziele der Gemeinschaft nach EG- Vertrag.....	51
	b)	Sozialvorschriften des EG-Vertrags.....	51
		(1) Art. 136 EG: Ziele der Sozialpolitik.....	51
		(2) Art. 137 EG: Zusammenarbeit in sozialen Fragen.....	52
		(3) Artt. 138, 139 EG: Sozialer Dialog auf Gemeinschaftsebene.....	52
		(4) Art. 140 EG: Fördermaßnahmen der Kommission.....	54
	c)	Sonstige Grundlagen im EG-Vertrag.....	54
	d)	Sonstige Grundlagen.....	54
§ 4		Unternehmenseigenschaft der Einrichtungen betrieblicher Altersversorgung.....	56
	A.	Normadressaten des Kartellrechts.....	56
	I.	Unternehmen.....	56
	II.	Unternehmensvereinigungen.....	58
	III.	Ausgewählte Fallgruppen.....	59
	1.	Akteure im Arbeitsrecht.....	59
	a)	Arbeitnehmer.....	59
	b)	Gewerkschaften.....	60
		(1) Unstreitige Sachverhalte.....	60
		(2) Streitpunkt: Gütermarktregelung und Auswirkungen auf den Gütermarkt.....	61
		i. Meinungen in der Literatur.....	61
		ii. Stellungnahme: Gewerkschaften keine Unternehmen.....	62
	c)	Arbeitgeber.....	63
	d)	Arbeitgeberverband.....	64
	e)	Betriebsräte und Sprecherausschüsse.....	64
	f)	Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien.....	65
	g)	Tarifvertragsparteien als Unternehmen in diesem Fall?.....	66
	2.	Sozialversicherungsträger.....	66
	a)	EG-Kartellrecht.....	67

	b)	Deutsches Kartellrecht .....	68
		(1) Anwendbarkeit des GWB .....	68
		(2) Unternehmenseigenschaft .....	69
	3.	Mitgliedsstaaten nach EG-Recht .....	70
B.		Stellungnahme zu den Urteilen Albany u.a. ....	70
	I.	Fortsetzung der Rechtsprechung des EuGH .....	70
	II.	Kritik .....	71
		1. Abweichung vom funktionalen Unternehmensbegriff.....	71
		2. Unternehmensbegriff als unbestimmtes Tatbestandsmerkmal .....	74
		3. Durchbrechung der Systematik der Artt. 81 ff EG .....	74
	III.	Anzuwendende Kriterien .....	74
C.		Einrichtungen betrieblicher Altersversorgung nach dem BetrAVG.....	75
	I.	Merkmale .....	76
		1. Banken, Versicherungen, Finanzdienstleister .....	76
		a) Freiwilligkeit .....	76
		b) Fehlende gesetzliche Festlegung der Beitrags- und Leistungshöhe .....	76
		c) Kapitalisierungsprinzip .....	77
		d) Sonstiges .....	77
		2. Freiwillige betriebliche Altersversorgung tarifvertraglicher Zusatzrentensysteme .....	77
		3. Obligatorische betriebliche Altersversorgung tarifvertraglicher Zusatzrentensysteme .....	78
		a) Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes .....	78
		b) Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder.....	79
	II.	Funktionaler Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt.....	79
		1. Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds unproblematisch.....	79
		2. Unternehmenseigenschaft auch bei Direktzusage und betriebsinternem Pensionsfonds.....	80
		3. Unterstützungskassen und tarifvertragliche Zusatzversorgung .....	80
	III.	Keine weiteren Kriterien nach deutschem Recht .....	81
	IV.	Andere Beurteilung aufgrund der EuGH –Kriterien? .....	81
		1. Banken, Versicherungen, Finanzdienstleister und freiwillige betriebliche Altersversorgung bei tarifvertraglicher Zusatzversorgung.....	81
		a) Die relevanten Kriterien.....	81
		b) Nicht relevante Kriterien.....	82
		2. Obligatorische betriebliche Altersversorgung bei tarifvertraglicher Zusatzversorgung.....	82
	V.	Beurteilung nach hier vertretener Ansicht .....	83
§ 5		Verhältnis von Kollektivvereinbarungen zum Kartellrecht .....	83
	A.	Vor den Urteilen Albany u.a. ....	83
		I. EG-Recht .....	83
		1. Gemeinschaftspraxis .....	84
		2. Literatur .....	84
		II. Deutsches Recht .....	85

1.	Ausschließliche Regelung von Arbeitsbedingungen.....	85
2.	Regelung von Gütermarktverhalten.....	87
3.	Regelung von Arbeitsbedingungen mit Auswirkungen auf den Gütermarkt .....	88
a)	Arbeitsrechtliche Rechtsprechung .....	88
b)	Kartellrechtliche Rechtsprechung.....	89
c)	Bundeskartellamt .....	89
d)	Literatur .....	90
e)	Stellungnahme.....	91
B.	Urteile Albany u.a.....	91
I.	Arbeitsmarkt keine Bereichsausnahme .....	92
1.	Argumentation des EuGH.....	92
2.	Weitere Argumente .....	93
a)	Vorschriften des EG-Vertrags .....	93
(1)	Artt. 2 u. 3 lit. g, j, m EG .....	93
(2)	Artt. 136 u. 140 EG .....	94
b)	Systematik der Ausnahmereiche des EG- Vertrags .....	94
c)	Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer .....	95
II.	Funktionale Ausnahme für Kollektivvereinbarungen.....	95
1.	Argumentation des EuGH.....	95
a)	Im Rahmen von Kollektivverhandlungen geschlossene Vereinbarungen.....	96
b)	Verfolgung sozialpolitischer Ziele.....	96
2.	Stellungnahme.....	97
a)	Ausreichende Berücksichtigung sozialpolitischer Ziele auf Tatbestandsebene? .....	97
(1)	Keine Ausnahme im Rahmen der Tatbestandsprüfung.....	98
(2)	Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG nur in Ausnahmefällen .....	98
b)	Praktische Konkordanz als Grundlage .....	99
c)	Zustimmung mit Einschränkungen.....	100
(1)	Vorschriften des EG-Vertrags .....	100
i.	Art. 137 EG: Tarifvertragsrecht erfasst .....	100
ii.	Artt. 136, 138, 139, 140 EG .....	102
(2)	Europa- und völkerrechtliche Bestimmungen .....	103
(3)	Gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz .....	103
(4)	Zwischenergebnis .....	104
§ 6	Konkretisierung der Ausnahme und Folgen der Urteile Albany u.a. ....	104
A.	Konkretisierung der Kriterien.....	105
I.	Kumulatives Vorliegen.....	105
II.	„Art“.....	106
a)	Kollektivvereinbarungen zwischen Sozialpartnern notwendig? .....	106
b)	Sozialpartner .....	108

	c)	Form.....	108
		(1) Sozialpartner als Vertragsparteien, Schriftform.....	108
		(2) Normativwirkung? .....	109
III.		„Gegenstand“ .....	110
	1.	Objektive Seite: Sozialpolitische Ziele mit unmittelbarem Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.....	110
		a) Sozialpolitische Ziele .....	110
		b) Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.....	111
		(1) Begriffsbestimmung: Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.....	111
		i. Unterschiedliche Bedeutung .....	112
		ii. Einzelfallentscheidung.....	112
		iii. Begriffsbestimmung.....	113
		(2) Verbesserung und Verschlechterung .....	114
	2.	Subjektive Seite: Zielsetzung.....	116
IV.		Rechtsfolgen.....	116
B.		Einschränkung der Ausnahme?.....	117
	I.	Gründe für eine mögliche Einschränkung .....	117
	II.	Mögliche Vorgehensweisen.....	118
		1. Günstigkeitsprinzip nicht ausreichend .....	118
		2. Ablehnung der Kernbereichstheorie .....	118
		3. Zulässigkeit mittelbarer und unmittelbarer Auswirkungen auf Dritte .....	119
	III.	Meinung im Schrifttum.....	120
	IV.	Stellungnahme.....	121
		1. Bejahung der Unternehmenseigenschaft.....	121
		2. Enge Auslegung .....	122
		a) Kriterien der engen Auslegung .....	122
		(1) „Art“.....	122
		(2) „Gegenstand“ .....	123
		b) Beispiele.....	124
C.		Anwendung hier vertretener Ansicht auf die Urteile Albany u.a. ....	124
	I.	Anwendbarkeit des Kartellrechts.....	124
		1. Erteilung einer Versorgungszusage .....	124
		2. Schaffung eines Betriebsrentenfonds, Antrag auf Anordnung der Pflichtmitgliedschaft.....	125
	II.	Keine Tatbestandsmäßigkeit gem. Art. 81 Abs. 1 EG.....	125
		1. Unternehmen.....	125
		2. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen.....	126
		3. Wettbewerbsbeschränkung .....	126
		a) Begriffsbestimmung und Drittwettbewerb .....	126
		b) Albany u.a. ....	127
		c) Ergebnis .....	127
D.		Folgen der Urteile Albany u.a.....	128
	I.	Pflichten der Mitgliedsstaaten nach EG-Recht .....	128
	II.	Folgen für Mitgliedsstaaten.....	129
	III.	Folgen für die Diskussion im deutschen Recht.....	130

1.	Mögliche Übertragung der vom EuGH entwickelten Grundsätze?.....	130
a)	Berücksichtigung sozialpolitischer Belange bei Freistellung?.....	130
b)	Ausreichende Berücksichtigung sozialpolitischer Belange auf Tatbestandsebene? .....	131
(1)	Immanenztheorie.....	131
(2)	Rechtsgüter- und Interessenabwägung, „rule of reason“ .....	131
c)	Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.....	132
d)	Enge Auslegung .....	132
2.	Stellungnahme.....	133
§ 7	Anwendung der Ausnahme auf arbeitsrechtliche Vereinbarungen.....	134
A.	Mögliche arbeitsrechtliche Vereinbarungen.....	134
I.	Kollektivverträge .....	134
1.	Europäischer Tarifvertrag.....	134
2.	Deutscher Tarifvertrag.....	134
a)	Verbandstarifverträge erfasst .....	134
b)	Firmentarifverträge ebenfalls erfasst .....	135
c)	Besonderheiten beim Schlichtungsverfahren.....	136
(1)	Sozialpartner im Einzelfall.....	136
(2)	Schlichtungsspruch als Kollektivvereinbarung? .....	137
d)	Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nach TVG .....	138
3.	Europäische Betriebsvereinbarungen.....	138
4.	Deutsche Betriebsvereinbarungen.....	139
a)	Betriebsrat als Sozialpartner .....	139
b)	Andere Beurteilung wegen § 2 Abs. 1 BetrVG ?.....	140
c)	Besonderheiten bei Einigungsstellenverfahren.....	141
d)	Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.....	142
5.	Richtlinien nach SprAuG.....	142
a)	Sprecherausschuss als Sozialpartner .....	142
b)	Richtlinien und Vereinbarungen sowie Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nach SprAuG .....	143
II.	Sonstige Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern, andere kollektive Regelungen.....	144
III.	Individualverträge, betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz.....	144
IV.	Empfehlungen.....	145
1.	EG-Recht.....	145
2.	Deutsches Recht .....	145
a)	Täterkreis .....	146
b)	Empfehlungsbegriff .....	146
c)	Bezwecken und Bewirken.....	146
d)	Umgehungsempfehlung .....	147

## VIII

V.	Sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen.....	148
B.	Kollektivvereinbarungen in der Praxis .....	149
I.	Anwendbarkeit des Kartellrechts.....	149
1.	Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG .....	150
a)	Ansicht des EuGH.....	150
b)	Hier vertretene Ansicht .....	150
(1)	Erteilung einer Versorgungszusage .....	151
(2)	Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung, Verpflichtung zur Beitragsleistung .....	151
(3)	Bestimmung eines Durchführungswegs .....	152
(4)	Bestimmung eines konkreten Unternehmens .....	152
(5)	Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung... ..	153
2.	Anwendbarkeit von § 1 GWB.....	153
3.	Zwischenergebnis.....	154
II.	Tatbestandsmäßigkeit .....	154
1.	Unternehmen, Unternehmensvereinigung .....	154
2.	Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise .....	155
a)	Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes....	155
b)	Sonstige Fälle .....	155
3.	Wettbewerbsbeschränkung .....	156
a)	Fehlende wirtschaftliche Handlungsfreiheit bei Konzerngesellschaften? .....	157
b)	Die einzelnen Regelungen .....	158
(1)	Keine Wettbewerbsbeschränkung bei Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung ..	158
(2)	Einzelfallentscheidung bei Verpflichtung zur Beitragsleistung.....	158
(3)	Wettbewerbsbeschränkung bei Bestimmung eines konkreten Unternehmens .....	159
(4)	Keine Wettbewerbsbeschränkung bei Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung... ..	160
4.	Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	160
a)	Sachlich relevanter Markt .....	161
b)	Spürbarkeit zwischen Arbeitgebern.....	162
c)	Spürbarkeit im Hinblick auf Drittwettbewerb .....	164
(1)	Grundsätze .....	164
(2)	Spürbarkeit bei vorherigen Verhandlungen und Kündigungsmöglichkeit? .....	165
(3)	Einzelfallentscheidung bei Freistellungsmöglichkeit .....	166
(4)	Anwendung auf Fälle in der Praxis.....	167
5.	Sonstige Tatbestandsmerkmale.....	167
III.	Ergebnis .....	168
IV.	Folgen des Kartellverbots .....	168
1.	Kartellvereinbarung .....	168
2.	Tarifvertrag als Ausführungsvertrag.....	168
a)	Grundsätze .....	169
b)	Folgen für den Tarifvertrag.....	170

C.	Öffentliche Hand und Kartellverbot .....	170
I.	Grundsätze .....	171
II.	Allgemeinverbindlicherklärung und EG-Recht .....	171
1.	Fehlender Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG .....	171
2.	Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG .....	172
III.	Allgemeinverbindlicherklärung und GWB.....	173
1.	Fehlender Verstoß gegen § 1 GWB .....	173
2.	Verstoß gegen § 1 GWB .....	173
§ 8	Missbrauchskontrolle bei Unternehmen und öffentlicher Hand .....	174
A.	Missbrauchskontrolle bei Unternehmen .....	174
I.	EG-Recht .....	174
1.	Marktbeherrschung .....	175
a)	Urteile Albany u.a. ....	175
(1)	Fehlende Bestimmung des relevanten Marktes.....	175
(2)	Trotzdem: Beherrschende Stellung auf sachlich relevantem Markt.....	176
b)	Anbieter betrieblicher Altersversorgung.....	177
c)	Gewerkschaften.....	177
2.	Missbräuchliche Ausnutzung.....	178
a)	Kein Missbrauch durch Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung.....	179
b)	Missbräuchliche Verhaltensweisen.....	179
c)	Abwägung .....	180
II.	Deutsches Recht .....	180
1.	Missbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsbindungen (§ 16 GWB).....	181
a)	Allgemeinverbindlicherklärung nicht erfasst.....	181
b)	Ausschließlichkeitsbindungen durch Unternehmen ..	181
c)	Koppelungsbindungen .....	181
d)	Keine Berücksichtigung der Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG .....	182
2.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB).....	182
a)	Relevanter Markt.....	182
b)	Marktbeherrschung .....	183
c)	Missbräuchliche Ausnutzung.....	184
(1)	Kein Missbrauch durch Entstehen einer beherrschenden Stellung .....	184
(2)	Ausbeutungsmisbrauch (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB).....	184
(3)	Behinderungsmisbrauch (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB).....	184
3.	Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung (§ 20 GWB).....	185
4.	Boycott (§ 21 GWB).....	186
a)	Liefer- oder Bezugssperren (§ 21 Abs. 1 GWB) .....	186

	b)	Nachteilsandrohung/ -zufügung oder Vorteilsversprechen/ -gewährung (§ 21 Abs. 2 GWB).....	187
B.		Missbrauchskontrolle und Öffentliche Hand .....	187
	I.	EG-Recht .....	187
		1. Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten.....	188
		a) Grundsätze .....	188
		b) Urteile Albany u.a. ....	189
		c) Situation im deutschen Recht.....	189
		2. Missbrauch durch Schaffung einer beherrschenden Stellung?.....	190
		a) Fallgruppen des EuGH.....	191
		b) Einschränkung durch Corbeau-Urteil .....	192
		c) Literatur unentschieden.....	193
		d) Stellungnahme.....	194
		e) Urteile Albany u.a. und Allgemeinverbindlicherklärung nach deutschem Recht .....	195
	II.	Deutsches Recht .....	195
C.		Ausschluss der Missbrauchskontrolle gem. Art. 86 Abs. 2? .....	196
	I.	Grundsätze .....	196
		1. Bedeutung von Art. 86 Abs. 2 EG.....	196
		2. Höherer Stellenwert von Allgemeinwohlbelangen wegen Art. 16 EG? .....	197
		3. Allgemeiner Rechtfertigungsgrund .....	198
	II.	Allgemeines wirtschaftliches Interesse .....	199
		1. Allgemeines Interesse .....	200
		2. Wirtschaftliches Interesse .....	201
		a) Sachverhalte Albany u.a. ....	202
		b) Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland.....	203
		(1) Banken, Versicherungen, Finanzdienstleister und tarifvertragliche Zusatzrentensysteme bei freiwilliger betrieblicher Altersversorgung.....	203
		(2) Tarifvertragliche Zusatzrentensysteme bei obligatorischer betrieblicher Altersversorgung.....	204
	III.	Betrauerung? .....	204
		1. Sachverhalte Albany u.a. ....	205
		2. Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland.....	206
		a) Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung.....	206
		b) Betrauung? .....	207
		(1) „Kommerzielle“ Anbieter betrieblicher Altersversorgung.....	207
		(2) Gemeinsame Einrichtungen als Anbieter betrieblicher Altersversorgung.....	208
		i. Argumente dagegen.....	208

	ii.	Argumente dafür .....	209
IV.		Verhinderung der Aufgabenerfüllung? .....	210
	1.	Sachverhalte Albany u.a. ....	211
	2.	Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland .....	212
V.		Ergebnis .....	212
D.		Ausschluss der Missbrauchskontrolle nach deutschem Recht? .....	213
	I.	Interessenabwägung .....	213
		1. Zu berücksichtigende Interessen.....	214
		a) Interessen der Normadressaten .....	215
		b) Interessen der Betroffenen.....	215
		2. Abwägung der Interessen.....	216
		a) Grundsätze .....	216
		b) Berücksichtigung wettbewerbsfremder Ziele?.....	217
		(1) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur ..	217
		(2) Stellungnahme.....	218
	II.	Anwendung auf betriebliche Altersversorgung .....	218
		1. Betroffene Interessen .....	218
		2. Abwägung .....	219
		a) BetrAVG, GWB, EG-Verordnungen.....	219
		b) Art. 86 Abs. 2 EG.....	220
		c) Ergebnis .....	221
§ 9		Zusammenfassung.....	221
		Literaturverzeichnis... ..	XVII-XLI

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

a. A.	-	anderer Ansicht
ABl. EG	-	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	-	Absatz
AEntG	-	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AG	-	Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AnlV	-	Verordnung über die Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen (Anlageverordnung – AnlV)
AP	-	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	-	Arbeitsgericht
ArbuR	-	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Artt.	-	Artikel (Plural)
AuR	-	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AVE	-	Allgemeinverbindlicherklärung
AVmG	-	Altersvermögensgesetz
Az.	-	Aktenzeichen
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
BAGE	-	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	-	Betriebsberater (Zeitschrift)
BDA	-	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BetrAV	-	Betriebliche Altersversorgung (Zeitschrift)
BetrAVG	-	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	-	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch

### XIII

BGBL.	-	Bundesgesetzblatt
BGH	-	Bundesgerichtshof
BGHZ	-	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen – Amtliche Sammlung
BKartA	-	Bundeskartellamt
BT-Ducks.	-	Bundestagsdrucksache
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	-	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Amt- liche Sammlung
bzw.	-	beziehungsweise
CMLR	-	Common Market Law Review (Zeitschrift)
dt.	-	deutsch
EG	-	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957 in der durch den Vertrag von Amsterdam am 01.05.1999 in Kraft getretenen Fassung
EGV	-	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EstG	-	Einkommenssteuergesetz
etc.	-	et cetera
EuGH	-	Europäischer Gerichtshof
EuGI	-	Gericht Erster Instanz
EuZW	-	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	-	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (Zeitschrift)
EzA	-	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FFSA	-	Fédération française des sociétés d'assurances
FS	-	Festschrift
GA	-	Generalanwalt
GG	-	Grundgesetz

#### XIV

GK	-	Gemeinschaftskommentar
GWB	-	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GRUR	-	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
h.M.	-	herrschende Meinung
HS	-	Halbsatz
i.d.F.	-	in der Fassung
i.d.R.	-	in der Regel
insb.	-	insbesondere
i.S.d.	-	im Sinne der/des
i.V.m.	-	in Verbindung mit
JZ	-	Juristenzeitung
KG	-	Kammergericht
KStDV	-	Körperschaftssteuer-Durchführungsverordnung
m.w.N.	-	mit weiteren Nachweisen
n. F.	-	neue Fassung
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	-	Nummer
NZA	-	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	-	Oberlandesgericht
PSV	-	Pensionssicherungsverein
R.	-	Recht
RabelsZ	-	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	-	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RL	-	Richtlinie

Rn.	-	Randnummer
Rs.	-	Rechtssache(n)
Rspr.	-	Rechtsprechung
S.	-	Seite
SAE	-	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
Slg.	-	Sammlung
s.o.	-	siehe oben
SprAuG	-	Sprecherausschussgesetz
st. Rspr.	-	ständige Rechtsprechung
TB	-	Tätigkeitsbericht
TVG	-	Tarifvertragsgesetz
Tz.	-	Teilziffer
u.a.	-	und andere
v.	-	vom
v.a.	-	vor allem
VAG	-	Versicherungsaufsichtsgesetz
VBL	-	Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder
VBLS	-	Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder
verb.	-	verbundene
vgl.	-	vergleiche
VO	-	Verordnung
VVG	-	Versicherungsvertragsgesetz
WuW	-	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	-	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht

z.B.	-	zum Beispiel
ZfA	-	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	-	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZTR	-	Zeitschrift für Tarifrecht

## § 1 Der Arbeit zugrundeliegende Entscheidungen

Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit sind die Urteile Albany International BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie<sup>1</sup>, Brentjens' Handelsonderneming BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialien<sup>2</sup> sowie Maatschappij Drijvende Bokken BV ./ Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven<sup>3</sup>, die vom EuGH im Rahmen dreier Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG<sup>4</sup> am selben Tag erlassen wurden. Soweit im folgenden auf alle drei Verfahren Bezug genommen wird, wird die Bezeichnung „Albany u.a.“ verwendet.

### A. Albany u.a.

#### I. Sachverhalt

Alle drei Verfahren basieren auf einem im wesentlichen gleichen Sachverhalt.

#### 1. Niederländisches Recht

Das niederländische Rentensystem ruht auf drei Säulen. Die erste Säule bildet die lohnunabhängige gesetzliche Grundrente, auf die die gesamte Bevölkerung einen Anspruch hat und die in der Zahlung eines der Höhe nach beschränkten Pauschalbetrages besteht, der auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnet wird. Die zweite Säule bilden die im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger gewährten Zusatzrenten, die dritte Säule freiwillig abgeschlossene Rentenversicherungs- oder Lebensversicherungsverträge. In den vorliegenden Verfahren ist die zweite Säule betroffen.

In den Niederlanden steht es den Arbeitgebern frei, ob sie ihren Arbeitnehmern zusätzliche Versorgungsleistungen in Form von Zusatzrenten gewähren wollen. Sind sie dazu bereit, können sie sich für ein Betriebsrentensystem in der Form

---

<sup>1</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 ff (Albany).

<sup>2</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025 ff (Brentjens).

<sup>3</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121 ff (Drijvende Bokken).

<sup>4</sup> Artikelangaben mit der Bezeichnung “EG” sind solche des EG-Vertrags in der Fassung des Vertrags von Nizza vom Februar 2001.

eines Betriebsrentenfonds oder einer Gruppenrentenversicherung bei einer Versicherungsgesellschaft oder für ein Branchenrentensystem entscheiden, wobei sie zusammen mit anderen Arbeitgebern ein solches Branchenrentensystem gründen oder einem bereits bestehenden beitreten können. In der Praxis werden jedoch häufig Branchenrentenfonds durch Tarifvertrag zwischen den Sozialpartnern geschaffen. Der Staat ordnet daraufhin bei diesen Branchenrentenfonds die Pflichtmitgliedschaft an, so dass die Arbeitgeber der jeweils betroffenen Branche gezwungen sind, diesen Branchenrentenfonds als Pflichtmitglieder beizutreten.

Gesetzliche Grundlage für die Pflichtmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds ist das Gesetz über die Zwangsmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds vom 17. März 1949 (im folgenden: BPW). Nach Art. 3 BPW kann der Minister für soziale und Arbeitsmarktfragen auf Antrag einer seiner Auffassung nach hinreichend repräsentativen Vertretung der organisierten gewerblichen Wirtschaft in einem Wirtschaftszweig die Mitgliedschaft im Betriebsrentenfonds für alle oder für bestimmte Gruppen von Angehörigen des Wirtschaftszweigs verbindlich vorschreiben. Art. 5 Abs. 2 BPW enthält mehrere Voraussetzungen dafür, dass einem Antrag auf Anordnung der Pflichtmitgliedschaft entsprochen werden kann; u.a. müssen gem. Art. 5 Abs. 2, II, Buchstabe 1 BPW die Satzungen und Geschäftsordnungen der Betriebsrentenfonds Möglichkeiten für eine Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft unter bestimmten Umständen oder zumindest für eine Befreiung von einzelnen Pflichten enthalten.

Aufgrund von Art. 5 Abs. 3 BPW kam es zum Erlass von Leitlinien für die Befreiung von der Zwangsmitgliedschaft bei einem Betriebsrentenfonds (im folgenden: Freistellungsrichtlinien). Art. 1 der Freistellungsrichtlinien sieht vor, dass eine Freistellung von der Verpflichtung zur Mitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds oder von der Verpflichtung zur Zahlung von Prämien an einen solchen Fonds dann auf Antrag eines Betroffenen durch diesen Fonds gewährt werden kann, wenn für den betroffenen Angehörigen des Wirtschaftszweigs eine besondere Rentenversicherung besteht, die den im folgenden in dieser Vorschrift aufgeführten folgenden Voraussetzungen entspricht. Art. 5 der Freistellungsrichtlinien in ihrer geänderten Fassung sieht des weiteren u.a. vor, dass die Freistellung gewährt werden muss, wenn bestimmte in Art. 1 der Freistellungs-

richtlinien genannte Voraussetzungen erfüllt sind und wenn die besondere Rentenversorgung sechs Monate vor der Stellung des Antrags galt, aufgrund dessen die Mitgliedschaft in dem Betriebsrentenfonds verbindlich vorgeschrieben worden ist. Art. 9 der Freistellungsrichtlinien enthält die Möglichkeit, mit einer Beschwerde gegen die Versagung der Freistellung vorzugehen.

## **2. Ausgangsverfahren**

### a) Albany International BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie

Klägerin ist die Albany International BV (im folgenden: Albany), ein Unternehmen, das u.a. in der Textilindustrie tätig ist. Beklagte ist die Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (Stiftung Betriebsrentenfonds für die Textilindustrie, im folgenden: Fonds). Der Fonds wurde nach der BPW errichtet. Ebenfalls nach der BPW wurde die Pflichtmitgliedschaft angeordnet. Albany ist seit 1975 Mitglied des Fonds. Bis 1989 war die Rentenregelung des Fonds eine solche mit nicht lohnorientierten Festbeträgen. Nach Angaben von Albany belief sich die Höchstreue eines Arbeitnehmers nach 50 Berufsjahren lediglich auf 200 NLG pro Monat. Deshalb vereinbarte Albany 1981 mit einer Versicherungsgesellschaft eine Zusatzrentenregelung für ihre Arbeitnehmer. Diese führte nach 40 Berufsjahren zusammen mit der Grundrente nach der AOW zu einer Gesamtrente von 70% des letzten Lohnes.

Zum 01. Januar 1989 änderte der Fonds seine Rentenregelung dahingehend, dass die Arbeitnehmer nun ebenfalls Rentenbeträge in Höhe von 70% ihres letzten Lohnes erhielten. Aufgrund dessen beantragte Albany am 22. Juli 1989 eine Freistellung von der Mitgliedschaft im Fonds. Dieser Antrag wurde vom Fonds am 28. Dezember 1990 mit der Begründung abgelehnt, dass die in den Freistellungsrichtlinien für eine Freistellung festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Dagegen legte Albany Beschwerde bei der Versicherungskammer ein. Diese stellte mit Entscheidung vom 18. März 1992 fest, dass der Fonds zwar nicht verpflichtet sei, die beantragte Freistellung zu gewähren, dass aber von ihm verlangt werden müsse, dass er von seiner Befugnis Gebrauch mache, eine Freistellung zu gewähren oder mindestens eine Kündigungsfrist insoweit einzu-

räumen, als Albany für ihr Personal seit mehreren Jahren eine Zusatzrentenregelung vertraglich vereinbart habe und als diese Regelung seit dem 01. Januar 1989 der vom Fonds angebotenen Regelung entspreche. Der Fonds blieb bei seiner Auffassung.

b) Brentjens' Handelonderneming BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialien

Klägerin dieses Verfahrens ist die Brentjens' Handelonderneming BV (im folgenden: Brentjens'), ein Unternehmen, das in der Baustoffbranche tätig ist. Beklagte ist die Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialien (Stiftung Betriebsrentenfonds für den Handel mit Baumaterialien, im folgenden: Fonds). Auf Antrag der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter wurde mit Verordnung vom 28.06.1958 die Pflichtmitgliedschaft im Fonds angeordnet. Der Fonds arbeitet nach einem nicht lohnorientierten Festbetragsrentensystem. In der Praxis beliefen sich die Renten der meisten Arbeitnehmer der Branche auf 70% ihrer letzten Bezüge.

Brentjens, seit 1963 tätig, schloss 1968 für ihre Arbeitnehmer eine Rentenversicherung bei einer in den Niederlanden niedergelassenen Versicherungsgesellschaft ab. Nachdem der Fonds 1989 vom Bestehen der Firma Brentjens Kenntnis erlangt hatte, nahm er sie mit Wirkung vom 01.01.1990 als Mitglied auf. Er stellte Brentjens von der Zahlung der Beiträge frei, die für die Zeit vor ihrem Beitritt zum Fonds geschuldet wurden, und berücksichtigte damit ihre Rentenregelung für die Zeit von 1963 bis zum 01.01.1990. Brentjens war der Auffassung, dass die mit der Privatarifverträgersicherung getroffene Regelung, sowohl was die angewendeten Tarife als auch die Deckung angeht, günstiger als die Regelung des Fonds sei, und beantragte eine Freistellung von der Mitgliedschaft. Diesen Antrag lehnte der Fonds ab. Eine von Brentjens eingelegte Beschwerde gegen diesen Bescheid bei der Versicherungskammer war erfolglos. Der Fonds bestand auf Zahlung der geschuldeten Beiträge.

c) Maatschappij Drijvende Bokken BV ./ Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven

Klägerin ist die Maatschappij Drijvende Bokken BV (im folgenden: Drijvende Bokken), ein Unternehmen, das Schwimmkräne, oft zusammen mit Schleppern, u.a. zum Einsatz in der Küstenseeindustrie und für Konstruktions- und Bautätigkeiten vermietet. Beklagte ist die Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (im folgenden: Fonds). Der Fonds wurde nach der BPW errichtet. Mit Verordnung vom 09.09.1959 wurde die Pflichtmitgliedschaft im Fonds angeordnet. Diese galt für alle bei Dockarbeiten im Dockbereich des Hafens von Rotterdam beschäftigten männlichen Arbeitnehmer von mindestens 18 Jahren. Mit Verordnung vom 17.12.1991 wurde der Anwendungsbereich der Verordnung auf alle Arbeitnehmer erweitert, die regelmäßig in einem Dock oder dockähnlichen Bereich beschäftigt sind. Nach Angaben von Drijvende Bokken arbeitet der Fonds mit einem lohnunabhängigen Festbetragsrentensystem. Drijvende Bokken war der Auffassung, dass sie nicht unter den Pflichtmitgliedschaftserlass falle, und schloss sich einem anderen Rentenfonds an. Nach der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Pflichtmitgliedschaft im Jahr 1991 war der Fonds aber anderer Meinung.

### 3. Vorlagefragen

In allen drei Verfahren erwirkten die Beklagten Mahnbescheide gegen die Klägerinnen, gegen die letztere Rechtsmittel einlegten. Da u.a. behauptet wurde, das System der Pflichtmitgliedschaft bei den Fonds verstoße gegen Artt. 3 Abs. 1 lit. g, 81, 82 und 86 EG<sup>5</sup>, die endgültige Entscheidung in den einzelnen Verfahren also von der Auslegung der Artt. 81 ff EG abhing, wurden dem EuGH im wesentlichen dieselben Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

1. Liegt ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG vor, wenn Sozialpartner in einer bestimmten Branche Absprachen über Renten treffen, die beinhalten, dass für die gesamte Branche ein Betriebsrentenfonds eingerichtet wird, dem

---

<sup>5</sup> Artt. 3 lit. g, 85, 86 und 90 EGV. Artikelangaben mit der Bezeichnung „EGV“ sind solche des EG-Vertrages in der Fassung des Maastrichter-Vertrags vom 07.02.1992.

grundsätzlich alle in der Branche beschäftigten Arbeitnehmer angeschlossen werden müssen und der das alleinige Recht zur Verwaltung der in der Branche angesammelten Rentengelder erhält?

2. Liegt ein Verstoß gegen die Artt. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. 10<sup>6</sup> und 81 EG vor, wenn der Staat die Pflichtbeteiligung an einem Betriebsrentenfonds, wie er in der ersten Frage beschrieben ist, für Betriebe einer bestimmten Branche vorschreibt?
3. Ist der Begriff „Unternehmen“ im Sinne der Wettbewerbsbestimmungen des EG-Vertrags (Artt. 81 bis 86 EG) so auszulegen, dass darunter ein Betriebsrentenfonds i.S.d. Gesetzes über die Zwangsmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds fällt?
4. Liegt ein Verstoß gegen Art. 82 i.V.m. Art. 86 EG vor, wenn der Staat einem Betriebsrentenfonds ein ausschließliches Recht zubilligt, das dazu führt, dass die Freiheit, ein Rentensystem mit einem privaten Versicherer zu vereinbaren, ernsthaft beschränkt wird?

## II. Entscheidungsgründe<sup>7</sup>

### 1. **Keine Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 1 EG auf Tarifverträge**<sup>8</sup>

Der EuGH wies zunächst darauf hin, dass Art. 81 Abs. 1 EG alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verbiete, die den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Ferner umfasse die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Art. 3 Abs. 1 lit. g und j EG nicht nur „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“, sondern auch „eine Sozialpolitik“. Nach Art. 2 EG sei es u.a. Aufgabe der Gemein-

---

<sup>6</sup> Art. 5 EGV.

<sup>7</sup> Aufgrund der inhaltlich identischen Fragen gelten die folgenden Ausführungen für alle drei Verfahren.

<sup>8</sup> Teil von Frage 1 des Vorlagebeschlusses in Sachen Albany, Frage 1 in Sachen Brentjens' und Frage 2 in Sachen Drijvende Bokken.

schaft, „eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens“, „ein hohes Beschäftigungsniveau“ und „ein hohes Maß an sozialem Schutz“ zu fördern.

Des weiteren nahm der EuGH Bezug auf die Artt. 136 ff EG<sup>9</sup>, die die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaftes hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen zum Ziel hätten; des weiteren solle durch diese Vorschriften die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten in sozialen Fragen, insbesondere auf dem Gebiet des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sowie der Dialog zwischen den Sozialpartnern auf europäischer Ebene gefördert werden, der, wenn diese es für wünschenswert hielten, zu vertraglichen Beziehungen führen könne.

Daraus schloss der EuGH, dass zwar mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden seien. Dass aber die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet wäre, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 Abs. 1 EG Geltung hätte. Deshalb ergäbe sich bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstandes nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fielen. Diese Voraussetzungen hielt der EuGH in den Ausgangsverfahren für gegeben.

---

<sup>9</sup> Artt. 117 ff EGV und Artt. 1, 4 Abs. 1 u. 2 des Abkommens über die Sozialpolitik (mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages wurde das Abkommen über die Sozialpolitik in den EG-Vertrag integriert).

## **2. Kein Verstoß des Mitgliedsstaates gegen Artt. 3 lit. g, 10, 81 EG<sup>10</sup>**

Die Kläger machten geltend, dass der Staat durch Schaffung des gesetzlichen Rahmens und durch Stattgabe des Antrags der Sozialpartner, die Pflichtmitgliedschaft im Betriebsrentenfonds anzuordnen, gegen die Artt. 3 lit. g, 10 und 81 EG verstoßen habe.

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Art. 81 EG zwar nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedsstaaten betreffe, dass die Mitgliedsstaaten aber aufgrund von Art. 81 EG i.V.m. Art. 10 EG keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürften, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Das sei dann der Fall, wenn ein Mitgliedsstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibe, erleichtere oder deren Auswirkungen verstärke oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nähme, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern übertrage.

Da aber die im Ausgangsverfahren streitige Vereinbarung nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG falle, stehe es den Mitgliedsstaaten frei, sie für Personen, die durch die Vereinbarung nicht gebunden seien, für verbindlich zu erklären. Die Entscheidung des Staates, die Mitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds verbindlich vorzuschreiben, beeinträchtige somit nicht die praktische Wirksamkeit der Artt. 3 Abs. 1 g, 10 und 81 EG.

## **3. Betriebsrentenfonds als Unternehmen i.S.d. Artt. 81 ff EG<sup>11</sup>**

Der EuGH verwies darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung erfasse. Er nahm Be-

---

<sup>10</sup> Teil von Frage 1 des Vorlagebeschlusses in Sachen Albany, Frage 2 in Sachen Brentjens' und Frage 3 in Sachen Drijvende Bokken.

<sup>11</sup> Frage 1 des Vorlagebeschlusses in Sachen Albany, Frage 3 in Sachen Brentjens' und Frage 1 in Sachen Drijvende Bokken.

zug auf das Urteil Poucet und Pistre<sup>12</sup>, in welchem er entschieden hatte, dass Einrichtungen, die obligatorische, auf dem Grundsatz der Solidarität beruhende Systeme der sozialen Sicherheit verwalteten, nicht unter den Begriff des Unternehmens fielen. Des weiteren verwies er auf das Urteil Fédération française des sociétés d'assurance u.a.<sup>13</sup>, in dem er für Recht erkannt hatte, dass eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ein zur Ergänzung einer Grundpflichtversicherung durch Gesetz geschaffenes, auf Freiwilligkeit beruhendes Rentenversicherungssystem verwaltete, das nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeite, ein Unternehmen im Sinne der Artt. 81 ff EG sei. Unter Zugrundelegung dieser Vorgaben kam der EuGH in den Vorlageverfahren zu dem Ergebnis, dass die Fonds Unternehmen i.S.d. Artt. 81 EG seien, da sie eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit Versicherungsgesellschaften ausübten. Die Fonds bestimmten die Höhe der Beiträge und Leistungen selbst und arbeiteten nach dem Kapitalisierungsprinzip. Die Höhe der von den Fonds gewährten Leistungen hing von den Erträgen der Anlagen ab, die sie vornahmen und bei denen sie wie Versicherungsgesellschaft der Aufsicht der Versicherungskammer unterlägen. Außerdem seien Betriebsrentenfonds gem. Art. 5 BPW sowie den Artt. 1 u. 5 der Freistellungsrichtlinien verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellung zu gewähren. Unter diesen Umständen genüge das Fehlen eines Gewinnerzielungszwecks und die zweifelsohne vorliegenden Solidaritätsgesichtspunkte nicht, um den Fonds die Eigenschaft eines Unternehmens i.S.d. Wettbewerbsregeln des Vertrages zu nehmen.

#### **4. Kein Verstoß des Mitgliedsstaats gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG<sup>14</sup>**

Der EuGH war der Ansicht, dass die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft durch den Mitgliedsstaat den Fonds das ausschließliche Recht verleihe, die zur Begründung von Rentenansprüchen gezahlten Beiträge zu sammeln und zu ver-

---

<sup>12</sup> EuGH, Urteil v. 17.02.1993 – verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 – Slg. 1993, I-637 ff (Poucet und Pistre).

<sup>13</sup> EuGH, Urteil v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Slg. 1995, I-4013 ff (Fédération française des sociétés d'assurance u.a.).

<sup>14</sup> Frage 3 des Vorlagebeschlusses in Sachen Albany, Frage 4 in Sachen Brentjens und Frage 5 in Sachen Drijvende Bokken.

walten. Solche Fonds seien daher als Unternehmen, denen der Staat ausschließliche Rechte gewährt hat, i.S.v. Art. 86 Abs. 1 EG anzusehen. Des weiteren verwies der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung, nach der ein Unternehmen, das auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattet ist, als ein Unternehmen anzusehen sei, das eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EG besitze. Die Fonds stellten solche Unternehmen dar.

Die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG sei zwar als solche noch nicht mit Art. 82 EG unvereinbar, jedoch verstoße ein Mitgliedsstaat gegen die in diesen beiden Bestimmungen enthaltenen Verbote, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutze oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Missbrauch begehe. Da die Unmöglichkeit für Unternehmen, die Verwaltung eines Rentensystems, das über das vom Fonds angebotene hinausgeht, einem einzigen Versicherer zu übertragen und die sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar auf dem den Betriebsrentenfonds übertragenen ausschließlichen Recht beruhe, die Zusatzrenten in einem bestimmten Wirtschaftszweig zu verwalten, sei zu prüfen, ob dieses ausschließliche Recht und die sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt werden könnten, wonach für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut seien, die Wettbewerbsregeln gälten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindere.

Die in den Ausgangsverfahren betroffenen Zusatzrentensysteme erfüllten im Rentensystem in den Niederlanden wegen der auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechneten äußerst geringen Höhe der gesetzlichen Rente eine wesentliche soziale Funktion. Dies ergebe sich auch aus dem Erlass der Richtlinie 98/49/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbstständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern. Des weiteren seien die von den

Fonds verwalteten Zusatzrentensysteme durch einen erhöhten Grad an Solidarität gekennzeichnet ist, und zwar insbesondere wegen der Unabhängigkeit der Beiträge vom Risiko der Verpflichtung, alle Arbeitnehmer ohne vorherige ärztliche Untersuchung aufzunehmen, der Fortsetzung der Begründung von Rentenansprüchen unter Befreiung von der Beitragszahlung bei Arbeitsunfähigkeit, der Übernahme von vom Arbeitgeber bei dessen Konkurs geschuldeten Beitragsrückständen durch die Fonds sowie der Indexierung der Höhe der Renten zur Erhaltung ihres Wertes. Bei Wegfall des ausschließlichen Rechts der Fonds, die Zusatzrentensysteme für alle Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs zu verwalten, befürchtet der Gerichtshof deshalb, dass am Ende den Fonds die Verwaltung „schlechter“ Risiken verbleibe, da junge und gesunde Arbeitnehmer bei privaten Versicherungsgesellschaften versichert würden und die „guten“ Risiken damit aus den Fonds ausscheiden würden. Dies würde den Aufwand für die Renten der durch die Fonds versicherten Arbeitnehmer erhöhen, denen die Fonds zu annehmbaren Kosten keine Renten mehr anbieten könnten. Aufgrund dessen sei das ausschließliche Recht der Fonds zur Verwaltung des jeweiligen Zusatzrentensystems gem. Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt.

Im übrigen sei es in Anbetracht der sozialen Funktion des Zusatzrentensystems und des Ermessensspielraums, über den die Mitgliedsstaaten nach ständiger Rechtsprechung bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit verfügen, Sache eines jeden Mitgliedsstaats, unter Berücksichtigung der Besonderheiten seines nationalen Rentensystems zu prüfen, wie die Einhaltung von Mindestanforderungen im Hinblick auf ein Zusatzrentensystem gewährleistet werden kann<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> In allen drei Verfahren entschied der EuGH des weiteren über die Zulässigkeit der Befugnis der Fonds, über Freistellungen von der Pflichtmitgliedschaft zu entscheiden, worauf hier nicht näher eingegangen werden soll. Siehe dazu EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 112 ff (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 112 ff (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 102 ff (Drijvende Bokken).

**B. Hendrik van der Woude ./ Stichting Beatrixoord<sup>16</sup>**

In diesem Vorabentscheidungsverfahren des EuGH geht es um die kartellrechtliche Beurteilung von Tarifverträgen, die Bestimmungen über Beiträge von Arbeitgebern zu einer freiwilligen Zusatzkrankenversicherung für ihre Beschäftigten enthalten.

**I. Sachverhalt****1. Tarifvertrag für das Krankenhauswesen**

Nach Art. 32 des Tarifvertrags für das Krankenhauswesen (im folgenden: Tarifvertrag) kann der (ehemalige) Arbeitnehmer die kollektive(n) Krankheitskostenregelung(en) IZZ in Anspruch nehmen. Diese Regelungen werden durch das IZZ (Krankenversicherungsinstitut für das Krankenhauswesen) durchgeführt. Dabei kann das IZZ seine Tätigkeit ganz oder zum Teil durch einen oder mehrere gemeinnützige Krankenversicherer ausüben. Gem. Art. II Buchstabe G des Tarifvertrags darf der Arbeitgeber, soweit nichts anderes bestimmt ist, von den Bestimmungen dieses Tarifvertrags nicht abweichen oder mit dem Arbeitnehmer Arbeitsbedingungen vereinbaren, die in diesem Tarifvertrag nicht geregelt sind.

**2. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens**

Der Kläger ist Leiter des technischen Dienstes der Beklagten, die eine Rehabilitationsanstalt betreibt. Er gehört keiner Gewerkschaft an. Die Beklagte zahlt für den Kläger gem. Art. 32 Abs. 1 des Tarifvertrags 50% der Prämie zur Krankheitskostenregelung IZZ. Das IZZ ist selbst nicht im Versicherungsgewerbe tätig, sondern hat seit 1977 den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit Zorgvezekeraar VGZ Nijmegen (im folgenden: VGZ) mit dieser Tätigkeit beauftragt. Der Kläger wollte zu einer anderen Krankenversicherung, der RGZ, wechseln, die ihm sowohl in Bezug auf die Leistungen als auch hinsichtlich der Prämien günstigere Konditionen anbot, weshalb er beantragte, die Beklagte zu verpflichten.

---

<sup>16</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111 ff (van der Woude).

ten, ihren Beitrag zu seinen Krankenversicherungsprämien unabhängig davon zu leisten, bei welchem Versicherer er sich versichert. Dabei stellte sich die Frage, ob Artikel II Buchstabe G in Verbindung mit Art. 32 des Tarifvertrags mit den Artt. 81, 82 EG vereinbar ist?

## **II. Entscheidungsgründe**

Der Gerichtshof nahm auf die in den Urteilen Albany u.a. entwickelten Grundsätze betreffend das Verhältnis von Tarifverträgen zum EG-Kartellrecht Bezug und kam zu dem Ergebnis, dass diese Grundsätze auch im vorliegenden Fall einschlägig seien. Hinsichtlich des Gegenstandes ginge es im vorliegenden Fall um die Schaffung einer Krankenversicherungsregelung in einem bestimmten Wirtschaftszweig, die zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beitrage. Daran hindere auch die Tatsache nichts, dass die betreffende Versicherungstätigkeit nicht durch das IZZ selbst, sondern durch die VGZ ausgeübt würde.

## **C. Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund<sup>17</sup>**

Dem EFTA-Gerichtshof wurden vom norwegischen Arbeitsgericht mehrere Fragen zur Auslegung der Artt. 53 u. 54 EWR-Abkommen – den Parallelvorschriften zu den Artt. 81 u. 82 EG – im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 34 EWR-Abkommen vorgelegt.

### **I. Sachverhalt**

#### **1. Norwegisches Rentensystem und Tarifvertrag für Gemeinden**

Das norwegische Rentensystem ruht auf den drei Säulen gesetzliche Rente, betriebliche Rente im Rahmen von kollektiven Systemen sowie freiwillige Renten- und Lebensversicherungen. Gegenwärtig haben sich 93% der norwegischen Gemeinden im Rahmen der zweiten Säule dafür entschieden, sich einem Gruppenrentenversicherungssystems anzuschließen. Aufgrund dessen wurden sie

---

<sup>17</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 22.03. 2002 – Rs. E-8/00.

Mitglieder des Gemeinsamen Rentenversicherungssystems für Gemeinden (im folgenden: FKP). Dieses Rentenversicherungssystem wird beim privaten Lebensversicherer KLP betrieben, der eine Lizenz für die Tätigkeit auf dem Gebiet der kollektiven Versicherung erhalten hat.

Im Tarifvertrag für Gemeinden sind in Section 2.1.1 Vorschriften über ein Betriebsrentensystem enthalten, das für alle Arbeitnehmer bei einem Versicherer eingerichtet werden muss. Section 2.1.8 enthält besondere Bestimmungen für den Wechsel von einem Versicherer zu einem anderen.

## **2. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens**

Klägerinnen sind die norwegische Gewerkschaftsvereinigung und die norwegische Gewerkschaft der Gemeindeangestellten. Beklagte sind der norwegische Verband der lokalen und regionalen Behörden (im folgenden: KS) sowie elf Gemeinden. KS ist eine Arbeitgebervereinigung, bei der zur derzeit alle Gemeinden Mitglieder sind. Sie schließt mit den einzelnen Gewerkschaften Tarifverträge ab, die für die Gemeinden bindende Wirkung besitzen. Gegenstand des Streits sind die zwischen KS und verschiedenen Gewerkschaften der Gemeindeangestellten geschlossenen inhaltlich identischen Tarifverträge für Gemeinden. Die Kläger machten geltend, dass die Beklagten die Tarifverträge – insbesondere Section 2.1.8 – verletzt hätten, indem sie ihre Angestelltenpensionsverträge vom bisherigen Vertragspartner, der KLP, auf andere private Versicherer übertrugen, obwohl die Voraussetzungen des Tarifvertrags nicht gegeben gewesen seien. Die Beklagten wandten dagegen ein, dass der Tarifvertrag wegen Verstoßes gegen Artt. 53 und 54 EWR-Abkommen unverbindlich sei. Das norwegische Arbeitsgericht setzte das Verfahren aus und legte dem EFTA-Gerichtshof insgesamt 10 Fragen zur Vorabentscheidung vor.

## **II. Entscheidungsgründe**

Die im vorliegenden Zusammenhang relevanten Fragen betrafen das Verhältnis von Tarifverträgen zum EWR-Kartellrecht<sup>18</sup>. Der Gerichtshof äußerte sich zu

---

<sup>18</sup> Fragen 2a, 2b und 3 des Vorlagebeschlusses.

nächst generell zum Verhältnis von Tarifverträgen zum EWR-Kartellrecht. Dabei wies er darauf hin, dass die vom EuGH in den Urteilen Albany u.a. entwickelten Grundsätze auf das EWR-Kartellrecht übertragen werden könnten. Er begründete dies damit, dass auch im EWR-Abkommen Vorschriften zu finden seien, die einerseits den freien Wettbewerb schützen, andererseits die Verfolgung sozialpolitischer Ziele fördern sollen (Artt. 1 Abs. 2 lit. e und f, 3 Abs. 2 und 66, 67, 71, 72, 96). Des Weiteren verwies er auf die Erklärungen der Regierungen der EFTA-Staaten zur Charta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.

Allerdings könne eine Ausnahme der Tarifverträge vom Kartellrecht nicht grenzenlos erfolgen. Zwar stehe den Tarifvertragsparteien bei der Festlegung von Tarifvertragsbestimmungen betreffend die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen ein gewisser Ermessensspielraum zu. In diesem Fall müsse eine daraus folgende Wettbewerbsbeschränkung akzeptiert werden. Allerdings müsse auch der gute Glaube der Parteien bei Abschluss und Umsetzung des Tarifvertrags berücksichtigt werden. Auch wenn der Tarifvertrag nach seinem umfassenden Konzept die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen bezwecke, einzelne Bestimmungen aber andere Ziele verfolgten, komme keine Freistellung vom Kartellrecht mehr in Betracht. Bestimmungen eines Tarifvertrags könnten auch in ihrer Gesamtheit aufgrund ihres kombinierten Effekts gegen Art. 53 EWR-Abkommen verstoßen, selbst wenn die einzelnen Bestimmungen für sich genommen unbedenklich seien<sup>19</sup>. Die gesamten Wirkungen des Tarifvertrags müssten in Rechnung gestellt werden.

Der Gerichtshof kam somit zu dem Ergebnis, dass die Bestimmungen eines Tarifvertrags, die entweder nicht die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen bezwecken oder in der Praxis eine solche Verbesserung nicht bewirken, nicht von der Anwendung des EWR-Kartellrechts freigestellt seien.

---

<sup>19</sup> Antwort auf Frage 8 des Vorlagebeschlusses.

## **D. Pavel Pavlov u.a. ./ Stichting Pensioenfonds Medische Spezialisten**<sup>20</sup>

Das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH behandelt die kartellrechtliche Zulässigkeit der Pflichtmitgliedschaft in einem Berufsrentenfonds.

### **I. Sachverhalt**

#### **1. Niederländisches Recht**

Zum Aufbau des niederländischen Rentensystems kann auf den Sachverhalt zu den Verfahren Albany u.a. verwiesen werden<sup>21</sup>. Im vorliegenden Verfahren ist wiederum die zweite Säule des Rentensystems betroffen. Gem. Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 29. Juni 1972 über die Pflichtmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem (WVD) kann der Minister für soziale und Arbeitsmarktfragen auf Antrag eines oder mehrerer nach seiner Auffassung für den betreffenden Berufsstand hinreichend repräsentativer Berufsverbände die Pflichtmitgliedschaft in einem von den Angehörigen des Berufsstands errichteten Berufsrentensystem für alle oder für bestimmte Gruppen von Angehörigen dieses Berufsstands vorschreiben.

#### **2. Satzung und Rentenordnung des Fachärzte-Fonds**

Der durch die Nationale Vereinigung der Fachärzte der Königlich Niederländischen Gesellschaft zur Förderung der Heilkunst (im folgenden: LSV) vertretene Berufsstand der Fachärzte errichtete 1973 ein Berufsrentensystem, das durch eine Satzung und durch eine Rentenordnung geregelt wird. Der Fachärzte-Fonds wurde satzungsgemäß nach dem WVD gegründet, die Pflichtmitgliedschaft auf Antrag der LSV am 18.06.1973 ordnungsgemäß angeordnet. Gem. Art. 1 Abs. 2 der Rentenordnung können u.a. Fachärzte eine Freistellung von der Pflichtmitgliedschaft beantragen, die in einem Kalenderjahr ihren Beruf voraussichtlich ausschließlich in einem Beschäftigungsverhältnis ausüben und deshalb in ihrer Eigenschaft als Facharzt einem der in Art. 1 Abs. 2 Rentenordnung aufgeführ-

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 12.09.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Slg. 2000, 6451 ff (Pavlov).

<sup>21</sup> Siehe § 1 A. I. 1..

ten anderen Rentensystem angeschlossen sind. Dazu gehören Rentensysteme, bei denen nach der BPW die Pflichtmitgliedschaft angeordnet wurde.

### **3. Das Rentensystem für Fachärzte**

Das Rentensystem für Fachärzte besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil, die Regelrente, umfasst die Altersrente, die Witwen- oder Witwerrente und die Waisenrente. Der zweite Teil umfasst einen Indexierungsmechanismus, rückwirkende Rentenansprüche für Zeiten vor der Einrichtung des Fachärzte-Fonds, einen fortlaufenden Aufbau der Rente unter Freistellung von den Beitragsleistungen bei Invalidität und ergänzende Versicherungsleistungen für Hinterbliebene. Die Pflichtmitgliedschaft wurde nur bezüglich des zweiten Teils angeordnet. In dem Rentensystem wird keine Risikoauswahl mittels Fragebögen oder ärztlichen Untersuchungen durchgeführt. Der Fachärzte-Fonds ist eine Einrichtung ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die Gewinne kommen den Rentenempfängern und den Versicherten in Form einer Erhöhung ihrer Rentenansprüche zu.

### **4. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens**

Die Kläger der Ausgangsverfahren, Pflichtmitglieder im Fachärzte-Fonds, sind fünf in einem Krankenhaus in Nijmegen tätige Fachärzte. Sie machten geltend, dass sie für die Zeit ab 01. Januar 1996 gem. Art. 1 Abs. 2 der Rentenordnung des Fachärzte-Fonds von der Mitgliedschaft im Fonds freizustellen seien. Seit 01. Januar 1996 übten sie ihren Beruf als Angestellte aus und seien deshalb im Betriebsrentenfonds für die Gesundheit, psychische und soziale Belange pflicht-Tarifverträgersichert. Folglich stellten sie ihre Beitragszahlungen an den Fachärzte-Fonds ein. Der Fachärzte-Fonds folgte dieser Ansicht nicht und richtete Zahlungsbescheide über die rückständigen Beiträge an die Kläger. Die Kläger legten dagegen Widerspruch ein und machten u.a. geltend, dass die Pflichtmitgliedschaft gegen verschiedene Bestimmungen des EG-Vertrags verstoße.

## II. Entscheidungsgründe<sup>22</sup>

### 1. **Kein Verstoß des Mitgliedsstaats gegen Artt. 3 lit. g, 10, 81 EG**<sup>23</sup>

Der EuGH stellte fest, dass die in den Urteilen Albany u.a. aufgestellten Grundsätze nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden könnten, da die streitige Vereinbarung nicht im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen Sozialpartnern geschlossen worden sei. Zur Begründung führte der Gerichtshof aus, dass das EG-Recht keine den Artt. 136 ff EG entsprechenden Bestimmungen enthalte, nach denen Angehörige freier Berufe dazu aufgerufen wären, Kollektivvereinbarungen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu schließen und die vorsähe, dass solche Vereinbarungen auf Antrag der Angehörigen dieser Berufe vom Staat für sie alle für verbindlich erklärt würden. Die Artt. 81 ff EG fänden somit auf die streitgegenständliche Vereinbarung Anwendung. Ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG scheidet aber aus, da lediglich die Zusatzrente und somit nur ein Kostenfaktor der fachärztlichen Dienstleistungen betroffen sei und es deshalb an einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung fehle. Aufgrund dessen komme auch ein Verstoß der Mitgliedsstaaten gegen die Artt. 10, 81 EG nicht in Betracht.

### 2. **Unternehmenseigenschaft des Berufsrentenfonds**<sup>24</sup>

Unter Bezugnahme auf die Urteile Poucet und Pistre, Fédération française des sociétés d'assurance u.a. und Albany u.a. kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem im vorliegenden Fall betroffenen Berufsrentenfonds um ein Unternehmen i.S.d. Artt. 81 ff EG handele. Er bestimmte die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst, arbeite nach dem Kapitalisierungsprinzip und die Höhe der von ihm gewährten Leistungen hingen von den Erträgen der von ihm getätigten Anlagen ab. Die Fachärzte könnten des weiteren wählen, ob sie ihre Regelrente beim Fachärzte-Fonds oder bei einem vorschriftsgemäß zugelassenen Versicherungsunternehmen aufbauten; außerdem könne der Fachärzte-Fonds im Hinblick auf die anderen Bestandteile des Rentensystems von der Mitgliedschaft freistellen.

---

<sup>22</sup> Mangels Relevanz ohne Frage 3 des Vorlagebeschlusses.

<sup>23</sup> Frage 2 des Vorlagebeschlusses.

<sup>24</sup> Frage 1 des Vorlagebeschlusses.

## § 2 Betriebliche Altersversorgung in Deutschland

Auch nach deutschem Recht können die Tarifvertragsparteien Gemeinsame Einrichtungen zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung schaffen sowie durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung die Bedingungen der betrieblichen Altersversorgung vereinheitlichen, wovon nach der Rentenreform 2001 rege Gebrauch gemacht wurde<sup>25</sup>. Dabei trifft das Interesse der Gewerkschaften und Betriebsräte, für Arbeitnehmer angemessene und vorteilhafte Arbeitsbedingungen zu schaffen, auf das Interesse der Arbeitgeber, möglichst unbehelligt von der Einflussnahme durch Gewerkschaften und Arbeitnehmer ihr Unternehmen gewinnbringend zu führen. Die kollektivvertragliche Regelung der betrieblichen Altersversorgung kann aber gerade diese Freiheit der Unternehmer einschränken. Dabei stellt sich die Frage, ob derartige Kollektivverträge kartellrechtlich überprüft werden können, um so die unternehmerische Freiheit zu wahren, oder ob eine solche Kontrolle aufgrund der Tarifautonomie nicht zulässig ist. Damit verbunden ist die Frage, wie die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags zur betrieblichen Altersversorgung kartellrechtlich zu beurteilen ist. Des weiteren ist zu klären, ob es sich bei Einrichtungen, die durch Kollektivvertrag zur Regelung der betrieblichen Altersversorgung geschaffen werden, um Unternehmen i.S.d. Kartellrechts handelt, die somit der kartellrechtlichen Kontrolle unterfallen. Dass die Ansichten dabei auseinander gehen, war zu erwarten. So spricht Klaus Zwickel, ehemaliger Vorsitzender der IG Metall davon, dass es für die Tarifparteien nunmehr möglich sei, in die Ausgestaltung der Altersversorgung einbezogen zu werden und dass jetzt Pensionskassen bzw. Pensionsfonds unabhängig von finanzkapitalistischen Interessen eingerichtet werden könnten, die den Interessen der Mitglieder entsprächen und nutzen<sup>26</sup>.

Dieter Hundt, Präsident der BDA, lehnt es demgegenüber ab, kollektivvertragliche Vereinbarungen für allgemein- wie auch organisationspolitische Zielsetzungen zu instrumentalisieren. Gewerkschaftsvertreter dürften auf keinen Fall über große finanzstarke Fonds Einfluss auf das Wirtschaftsgeschehen nehmen

---

<sup>25</sup> Übersicht der BDA unter <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff 09.01.2003; Schulte, NZA 2003, 900 ff.

<sup>26</sup> Zwickel, BetrAV 2001, 397.

und eine völlig neue Form der unternehmerischen Mitbestimmung etablieren. Des weiteren dürfe es keine tariflichen Zwangslösungen in Form von Einheitsfonds oder –kassen geben.<sup>27</sup>

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den Urteilen Albany u.a., die sich auf das Verhältnis von Kollektivvereinbarungen zum EG-Kartellrecht beziehen. Des weiteren wird die Zulässigkeit von Kollektivvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung nach EG- und deutschem Kartellrecht überprüft. Außerdem werden Maßnahmen der Unternehmen sowie der öffentlichen Hand am Markt der betrieblichen Altersversorgung, hier schwerpunktmäßig die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, kartellrechtlich untersucht. Dafür werden zunächst die Grundlagen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland dargestellt sowie ein Überblick über in der Praxis geschlossene Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung gegeben, bevor die Urteile Albany u.a. näher überprüft und deren Folgen für die in der Praxis getroffenen Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung untersucht werden.

## **A. Grundlagen und Reform**

Das deutsche Alterssicherungssystem ruht auf den drei Säulen gesetzliche Rentenversicherung, betriebliche Altersversorgung und private Eigenvorsorge<sup>28</sup>. Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG<sup>29</sup> liegt betriebliche Altersversorgung vor, wenn einem Arbeitnehmer Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber zugesagt werden. Bei der betrieblichen Altersversorgung handelte es sich bis zum Inkrafttreten des AVmG<sup>30</sup> ausschließlich um eine freiwillige Sozialleistung der Arbeitgeber<sup>31</sup>. Anspruch auf Gewährung von Versorgungsleistungen durch den

---

<sup>27</sup> Siehe zum Vorstehenden Hundt, BetrAV 2001, 295 f.

<sup>28</sup> Albert in Albert/Schumann/Sieben/Menzel, Rn. 1; Asmis/Falk/Neumann, S. 41, Stichwort: Dreisäulen-Konzept.

<sup>29</sup> Soweit nicht anders gekennzeichnet, handelt es sich um das BetrAVG in der Fassung des HZvNG vom 21.06.2002.

<sup>30</sup> Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens vom 26.06.2001, BGBl. 2001, Teil I, S. 1310 ff, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Einführung einer kapitalgedeckten Hüttenknappschaftlichen Zusatzversicherung und zur Änderung anderer Gesetze (Hüttenknappschaftliches Zusatzversicherungs-Neuregelungs-Gesetz – HZvNG) vom 21.06.2002 (BGBl. 2002, Teil I, S. 2167).

<sup>31</sup> Ahrend/Förster/Rühmann, Einführung, Rn. 2; siehe auch unten § 2 C. II.

Arbeitgeber hatte der Arbeitnehmer nur, wenn der Arbeitgeber eine entsprechende Versorgungszusage erteilt hatte (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG a.F.). Aus dem Gesetz selbst ergab sich kein Anspruch auf Einführung von oder auf eine bestimmte Ausgestaltung der zugesagten betrieblichen Altersversorgung<sup>32</sup>.

## **I. Tarifvertragliche Zusatzrentensysteme**

Trotz des Charakters als freiwillige Sozialleistung des Arbeitgebers existieren tarifvertragliche Zusatzrentensysteme, nach denen die Teilnahme an betrieblicher Altersversorgung obligatorisch ist, so z.B. im öffentlichen Dienst (VBL) und im Baugewerbe (ZVK). Im öffentlichen Dienst verpflichtet ein Tarifvertrag den Arbeitgeber dazu, seine Arbeitnehmer bei der öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtung zu versichern, bei der er Mitglied ist (§ 2 Abs. 1 S 1 ATV<sup>33</sup>). Die Leistungen werden von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam finanziert (§§ 16 ff ATV). Im Baugewerbe wurde durch für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag eine überbetriebliche Rentenbeihilfe eingeführt, die durch die Zusatzversorgungskasse als Gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien verwaltet und durch die Beiträge der Arbeitgeber zur Zusatzversorgungskasse finanziert wird<sup>34</sup>.

Zusätzlich zu dieser tarifvertraglichen Zusatzversorgung wird die Möglichkeit der Beteiligung an der freiwilligen betrieblichen Altersversorgung angeboten<sup>35</sup>, im Baugewerbe sogar mit Hilfe von Arbeitgeberleistungen (§ 2 Tarifvertrag TZR).

## **II. Reform der betrieblichen Altersversorgung**

Gerade in letzter Zeit ist es wichtig geworden, zur Sicherung eines auch nur bescheidenen Rentnerlebens eigene Mittel zur Ergänzung der gesetzlichen Rente einzusetzen.

---

<sup>32</sup> Bode/Grabner/Saunders/Stein, A., 1.1; Schoden, Rn. 46; Schumann in Albert/Schumann/Sieben/Menzel, Rn. 279.

<sup>33</sup> Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung - ATV) v. 01.03.2002.

<sup>34</sup> Tarifvertrag über Rentenbeihilfen im Baugewerbe v. 31.10.2002.

<sup>35</sup> Tarifvertrag über eine Zusatzrente im Baugewerbe (Tarifvertrag TZR) v. 15.05.2001 i.d.F. v. 27.02.2002; § 26 Tarifvertrag.

## 1. Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung

Trotzdem ist in den letzten Jahren aufgrund hoher Fluktuation der Mitarbeiter, steigender Lohnnebenkosten und kontinuierlich hoher Arbeitslosigkeit die Zahl der Arbeitnehmer, die an einem System der betrieblichen Altersversorgung teilhatten, stetig bis auf ca. 50% gesunken<sup>36</sup>. Innerhalb der 50% fielen wiederum ca. 50% auf die Direktzusage, die mit 194,6 Mrd. Euro an investiertem Kapital der beliebteste Durchführungsweg ist<sup>37</sup>. Nach dem Grad der Verbreitung folgen darauf Pensionskassen (71,0 Mrd. Euro), Direktversicherungen (42,8 Mrd. Euro) und Unterstützungskassen (22,9 Mrd. Euro)<sup>38</sup>.

## 2. Gründe

Eine Reform war wegen der schlechten finanziellen Situation des staatlichen Alterssicherungssystems erforderlich<sup>39</sup>. Die hohe Arbeitslosigkeit führt zu geringeren Einnahmen bei der Rentenversicherung<sup>40</sup>, aufgrund der steigenden Lebenserwartung der Menschen verlängert sich die Rentenbezugszeit<sup>41</sup>. Hinzu kommt, dass viele Arbeitnehmer z.B. aufgrund von Frühpensionierungsmodellen heutzutage früher in Rente gehen als das noch vor einiger Zeit der Fall war<sup>42</sup>. Gleichzeitig geht die Geburtenrate zurück<sup>43</sup>, so dass immer mehr Rentnern (zur Zeit ca. 19 Millionen) immer weniger Beitragszahler (zur Zeit ca. 42

---

<sup>36</sup> Ahrend/Förster/Rühmann, Einführung, Rn. 1; Stiftung Warentest, FINANZtest Spezial, Riester-Rente, S. 77; <http://www.bma.de/de/neuerente.index.htm> (letzter Zugriff: 09.01.2003).

<sup>37</sup> FINANZtest Spezial, S. 77; <http://www.bma.de/de/neuerente.index.htm> (letzter Zugriff: 09.01.2003)

<sup>38</sup> FINANZtest Spezial, S. 77.

<sup>39</sup> Frey, BetrAV 2001, 425; Klein/Wunsch, BetrAV 2001, 118; Riester, BetrAV 2001, 617.

<sup>40</sup> FINANZtest Spezial, S. 7.

<sup>41</sup> Frey, BetrAV 2001, 425; Klein/Wunsch, BetrAV 2001, 118, 120.

<sup>42</sup> 1970 lag das Durchschnittsalter für Neurentner noch bei 64,3 Jahren, heute liegt es bei 62 Jahren. (FINANZtest Spezial, S. 7); Klein/Wunsch, BetrAV 2001, 118, 120; Ahrend/Förster/Rühmann, Einführung, Rn. 8.

<sup>43</sup> Jede Frau in Deutschland bekommt zur Zeit durchschnittlich 1,3 Kinder. Um die Bevölkerung auf dem derzeitigen Niveau zu halten, müsste die Geburtenrate bei 2,1 Kindern pro Frau liegen. (FINANZtest Spezial, S. 7).

Millionen) gegenüberstehen<sup>44</sup>. Da das gesetzliche Alterssicherungssystem nach dem Umlageverfahren finanziert wird, die gezahlten Beiträge zur Rentenversicherung somit unmittelbar den derzeitigen Rentnern zufließen<sup>45</sup>, hat dieser Rückgang verheerende Folgen<sup>46</sup>. Die Rentenleistungen wurden in letzter Zeit kontinuierlich zurückgefahren (z.B. Reduzierung des Rentenniveaus von derzeit 70% des letzten Nettolohnes auf 67% im Jahre 2030)<sup>47</sup>. Diesen Kürzungen stehen immer höhere Beiträge zur Rentenversicherung gegenüber, die den Beitragszahlern bald nicht mehr zugemutet werden können. Auch die Finanzierung versicherungsfremder Leistungen durch Gelder der Rentenversicherung hat zur desolaten Lage im deutschen Alterssicherungssystem beigetragen<sup>48</sup>.

### 3. AVmG und seine Folgen<sup>49</sup>

Im Jahr 2001 kam es aufgrund dieser Missstände zu einer Rentenreform, die in zwei Teilen durchgeführt wurde<sup>50</sup>. Einen Teil stellte das Altersvermögensergänzungsgesetz dar, welches im wesentlichen die Neuregelungen im Recht der Hinterbliebenenrenten und die neue Formel zur Anpassung der Renten der gesetzlichen Rentenversicherung enthält<sup>51</sup>. Den zweiten Teil bildete das Altersvermögensgesetz (AVmG) vom 26.06.2001<sup>52</sup>, durch das u.a. die Betriebsrente neu geregelt wurde.

---

<sup>44</sup> Frey, BetrAV 2001, 425; Klein/Wunsch, BetrAV 2001, 118, 120; FINANZtest Spezial, S. 7; siehe auch die Alterspyramiden (Quelle: Statistisches Bundesamt, Juli 2000), abgedruckt in FINANZtest Spezial, S. 8.

<sup>45</sup> FINANZtest Spezial, S. 7.

<sup>46</sup> 1957 zahlten 100 Erwerbstätig die Beiträge für 12 Rentner; heute kommen auf 100 Beitragszahler schon 43 Rentner. Für 2030 wird prognostiziert, dass diese Zahl bis auf 61 steigen könnte. (FINANZtest Spezial, S. 7).

<sup>47</sup> Riester, BetrAV 2001, 617, 618; FINANZtest Spezial, S. 7; siehe hier auch weitere Beispiele.

<sup>48</sup> Siehe dazu ausführlich Klein/Wunsch, BetrAV 2001, 118 ff.

<sup>49</sup> Siehe die Bewertung der Rentenreform in Albert/Schumann/Sieben/Menzel, Rn. 418 ff.

<sup>50</sup> Dies lag daran, dass ein Teil des Gesetzesvorhabens ohne die Zustimmung des in der Mehrheit durch die Opposition besetzten Bundesrates und somit in der von der rot-grünen Regierung vorgesehenen Form in Kraft treten konnte, der andere Teil aber eben dieser Zustimmung bedurfte.

<sup>51</sup> Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensergänzungsgesetz, AVmEG) vom 21.03.2001, BGBl. 2001, Teil I, 403 ff.

<sup>52</sup> Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz, AVmG), BGBl. 2001, Teil I, 1310 ff.

Kern des AVmG sind Maßnahmen zur Förderung der privaten und betrieblichen Altersversorgung. Ziel der Rentenreform ist es, die betriebliche Altersversorgung zu beleben, diese zu stärken und weiter zu verbreiten<sup>53</sup>. Es soll eine zusätzliche kapitalgedeckte Altersversorgung flächendeckend aufgebaut werden, die das Umlageverfahren der gesetzlichen Rentenversicherung ergänzt<sup>54</sup>.

Zwei Schwerpunkte der Änderungen im Betriebsrentengesetz sind die Einführung des neuen Durchführungswegs „Pensionsfonds“ sowie die Aufnahme eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung<sup>55</sup>. Bis Ende September 2002 wurden von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht schon 12 Pensionsfonds zugelassen, weitere 15 Anträge auf Zulassung lagen der Behörde vor<sup>56</sup>.

Um die Eigenbeteiligung der Arbeitnehmer an der betrieblichen Altersversorgung zu fördern und somit eine möglichst große Beteiligung an der zweiten Säule des Alterssicherungssystems zu erreichen, wurde durch das AVmG zusätzlich die sog. Riester-Förderung eingeführt. Die Förderung, die nur bei den Durchführungswegen Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds (§ 1a Abs. 1 S. 3 i.V.m. Abs. 3 BetrAVG, §§ 10a, 82 Abs. 2 EStG) und nur im Rahmen der Entgeltumwandlung möglich ist, erfolgt in Form von Zulagen (§§ 83 ff EStG) und Sonderausgabenabzug (§§ 10, 10a, 82 EStG).

## **B. Anspruchsgrundlagen**

Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG („Zusage“) bedarf der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung der Versorgungsleistungen immer einer besonderen Anspruchsgrundlage. Hier kommen gesetzliche Ansprüche, kollektivrechtliche Vereinbarungen, individualrechtliche Verträge oder die Grundsätze der betrieblichen Übung sowie der Gleichbehandlung in Betracht.

---

<sup>53</sup> Klein/Wunsch, BetrAV 2001, 118; Klein, BetrAV 2001, 701.

<sup>54</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens, BT-Drucks. 14/4595 vom 14.11.2000, S. 2, 37ff; Riester, BetrAV 2001, 617, 619; Klein, BetrAV 2001, 701.

<sup>55</sup> Siehe eine ausführlichere Übersicht bei Klein, BetrAV 2001, 701 f.

<sup>56</sup> FINANZtest Spezial, S. 86.

## I. Gesetzliche Ansprüche

Auf Gesetz beruhende Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung existierten in Deutschland bis zum Inkrafttreten des AVmG nicht.

Seit Inkrafttreten des AVmG kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber gem. § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4 vom Hundert der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Durch das AVmG wurde somit zum ersten Mal ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltumwandlung im BetrAVG festgeschrieben<sup>57</sup>. Die Durchführung dieses Anspruchs wird durch kollektiv- oder individualrechtliche Vereinbarung geregelt (§ 1a Abs. 1 S. 2 BetrAVG)<sup>58</sup>. Der Arbeitnehmer hat aber einen Anspruch auf Abschluss einer förderfähigen Direktversicherung (§ 1a Abs. 1 S. 3 HS 2 i.V.m. Abs. 3 BetrAVG). Die gesetzliche Regelung stellt damit klar, dass die freie Einigung der Parteien grundsätzlich Vorrang hat<sup>59</sup>. Die Wahl des jeweiligen Versicherungsunternehmens soll aber Sache des Arbeitgebers bleiben (§ 1a Abs. 1 S. 3 HS 2 BetrAVG)<sup>60</sup>.

## II. Vertragliche Ansprüche

### 1. Kollektivverträge

Ansprüche können sich aus Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen sowie Richtlinien und Vereinbarungen für leitende Angestellte ergeben<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Stiefemann, BetrAV 2001, 304, 305.

<sup>58</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens, BT-Drucks. 14/4595 vom 14.11.2000, S. 67; Förster/Rühmann/Recktenwald, BB 2001, 1406; Bode/Grabner/Saunders/Stein, B. 2.2.2; Blomeyer, BetrAV 2001, 430, 436; Schumann in Albert/Schumann/Sieben/Menzel, Rn. 324 ff.

<sup>59</sup> Rieble, BetrAV 2001, 584, 586.

<sup>60</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens, BT-Drucks. 14/4595 vom 14.11.2000, S. 67; siehe auch Ahrend/Förster/Rühmann, § 1a, Rn. 16; für ein Recht des Arbeitgebers zur generellen Bestimmung des externen Versorgungsträgers Gohdes/Haferstock/Schmidt, BetrAV 2001, 496, 497; Höfer, BetrAV 2001, 314, 315.

<sup>61</sup> Langohr-Plato, Rn. 68.

a) Tarifvertrag

Besonders der Firmentarifvertrag eignet sich zur Begründung von Ansprüchen auf betriebliche Versorgungsleistungen. Dies liegt daran, dass es für den Aufbau eines Systems der betrieblichen Altersversorgung entscheidend auf die Rahmendaten des jeweiligen Unternehmens ankommt (z.B. bestehende Steuervorteile, Verwaltungskosten, die Charakteristika des Versorgungssystems eines bestimmten Unternehmens)<sup>62</sup>. Diese Kriterien, die von Unternehmen zu Unternehmen verschieden sind, können nur sehr schwer im Rahmen von Verbandstarifverträgen vereinheitlicht werden<sup>63</sup>. Nach Inkrafttreten des AVmG ist es aber zum Abschluss mehrerer Verbandstarifverträge gekommen<sup>64</sup>.

b) Betriebsvereinbarung

Betriebsvereinbarungen, die die betriebliche Altersversorgung regeln, sind hinsichtlich des Verbreitungsgrades in der Praxis häufiger anzutreffen als Tarifverträge<sup>65</sup>. Dabei hat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG der Betriebsrat mitzubestimmen über Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist. Ein Mitbestimmungsrecht besteht des weiteren gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, wozu auch die betriebliche Altersversorgung zählt<sup>66</sup>. § 88 BetrVG enthält demgegenüber Fälle, in denen freiwillige Betriebsvereinbarungen geschlossen werden können. Hierzu gehört die Schaffung von Sozialeinrichtungen sowie die Auswahl des begünstigten Personenkreises, die Wahl des Durchführungsweges sowie die Festsetzung des finanziellen Umfangs der Versorgungsansprüche<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Höfer, ART, Rn. 255.

<sup>63</sup> Höfer, ART, Rn. 255.

<sup>64</sup> Siehe die Übersicht bei <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> (letzter Zugriff: 09.01.2003).

<sup>65</sup> Ahrend/Förster/Rühmann, § 1, Rn. 52; Langohr-Plato, Rn. 72.

<sup>66</sup> Etzel, Rn. 618 ff; Fitting, § 87, Rn. 456.

<sup>67</sup> Siehe nur BAG, DB 1975, 1559, 1561.

c) Richtlinien für leitende Angestellte (§ 28 SprAuG)

Gem. § 28 Abs. 1 SprAuG können zwischen dem Arbeitgeber und dem Sprecherausschuss für leitende Angestellte Richtlinien über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen schriftlich vereinbart werden. Dazu gehört auch die betriebliche Altersversorgung<sup>68</sup>.

## 2. Individualverträge

a) Individual- oder Einzelzusage

Hierbei handelt es sich um einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, für den die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften sowie die Vorschriften des Individualarbeitsrechts gelten<sup>69</sup>. Er hat lediglich bilaterale Wirkung. Die sich auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung beziehende Individual- oder Einzelzusage kommt in der Praxis eher selten vor<sup>70</sup>.

b) Gesamtzusage

Die Gesamtzusage ist eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers an die gesamte Belegschaft, durch die dieser seinen Willen mitteilt, unter bestimmten Voraussetzungen Versorgungsleistungen zu gewähren<sup>71</sup>. Bei der Gesamtzusage werden gleichlautende Einzelzusagen gebündelt<sup>72</sup>. Für sie gelten somit die gleichen allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften wie für die Einzelzusage<sup>73</sup>.

c) Vertragliche Einheitsregelung

Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber mit allen oder einer Mehrzahl seiner Arbeitnehmer unter Benutzung eines einheitlichen Vertragsmusters inhalt-

---

<sup>68</sup> Ahrend/Förster/Rühmann, § 1, Rn. 56; Langohr-Plato, Rn. 76.

<sup>69</sup> Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 39; Schoden, Rn. 51.

<sup>70</sup> Blomeyer/Otto, Anh § 1, Rn. 2.

<sup>71</sup> Ahrend/Förster/Rühmann, § 1, Rn. 62; Blomeyer/Otto, Anh § 1, Rn. 14; Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 44.

<sup>72</sup> Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 41; Ahrend/Förster/Rühmann, § 1, Rn. 62.

<sup>73</sup> Höfer, ART, Rn. 201; Langohr-Plato, Rn. 83.

lich gleichlautende Versorgungsvereinbarungen einzeln abschließt<sup>74</sup>. Wie bei der Gesamtzusage handelt es sich somit um eine Bündelung von gleichlautenden Einzelzusagen<sup>75</sup>.

### 3. Sonstige Anspruchsgrundlagen

#### a) Betriebliche Übung

Gem. § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG stehen der Verpflichtung aus einer Versorgungszusage solche Versorgungsverpflichtungen gleich, die auf betrieblicher Übung beruhen. Unter betrieblicher Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter gleichförmiger Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden<sup>76</sup>. Hat sich die betriebliche Übung ausreichend verfestigt, entsteht ein Anspruch für den Arbeitnehmer<sup>77</sup>.

#### b) Gleichbehandlungsgrundsatz

Auch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird von § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG als Anspruchsgrundlage vorgesehen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz fordert die Gleichheit der angeordneten Folgen bei Gleichheit der sachzu-gehörigen Voraussetzungen<sup>78</sup>. Er verbietet dem Arbeitgeber in seinem Betrieb eine sachwidrige Ungleichbehandlung einzelner oder einer Gruppe von Arbeitnehmern gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage<sup>79</sup>. Er gibt den Arbeitnehmern grundsätzlich aber keinen Anspruch auf ein bestimmtes Tun

---

<sup>74</sup> Ahrend/Förster/Rühmann, § 1, Rn. 61; Griebeling/Griebeling, Rn. 92; Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 43.

<sup>75</sup> Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 41; Langohr-Plato, Rn. 85.

<sup>76</sup> Std. Rspr., z.B. BAG, Urteil v. 16.04.1997 – Az.: 10 AZR 705/96 – AP Nr. 53 zu § 242 BGB; Urteil v. 29.10.1985 – Az.: 3 AZR 462/83 – DB 1986, 2189.

<sup>77</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB.

<sup>78</sup> Zöllner/Loritz, § 17 IV..

<sup>79</sup> Zöllner/Loritz, § 17 IV.; Ahrend/Förster/Rühmann, § 1, Rn. 70; Hromadka/Maschmann, Bd. 1, Rn. 119.

des Arbeitgebers<sup>80</sup>. Hat aber der Arbeitgeber eine Leistung einer Gruppe schon gewährt oder sich dieser Gruppe gegenüber rechtlich gebunden, besteht für ihn nur noch die Möglichkeit, die Ungleichbehandlung durch Gewährung der Leistung gegenüber den übergangenen Arbeitnehmern zu beseitigen<sup>81</sup>. Insoweit kann der Gleichbehandlungsgrundsatz anspruchsbegründend wirken. Hauptanwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die Gewährung zusätzlicher sozialer Leistungen<sup>82</sup>.

### C. Durchführungswege

Für die später vorzunehmende rechtliche Beurteilung der Unternehmenseigenschaft von Einrichtungen, die die betriebliche Altersversorgung durchführen, sind insbesondere die Durchführungswege und einige ihrer Merkmale von Bedeutung. Seit Inkrafttreten des AVmG gibt es fünf Wege für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung – die Direktzusage als Fall der unmittelbaren Versorgungszusage<sup>83</sup> sowie die Direktversicherung, Pensionskasse, Unterstützungskasse und den Pensionsfonds als Fall der mittelbaren Versorgungszusage<sup>84</sup>.

#### I. Direktzusage

Eine Direktzusage – auch Pensionszusage genannt – liegt vor, wenn einem Arbeitnehmer Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses zugesagt werden (§ 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG). Da kein selbstständiger Versorgungsträger eingeschaltet wird, ist die Direktzusage konstruktiv der einfachste Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung<sup>85</sup>. Der Arbeitgeber kann frei über

---

<sup>80</sup> Hromadka/Maschmann, Bd. 1, Rn. 119.

<sup>81</sup> Hromadka/Maschmann, Bd. 1, Rn. 119.

<sup>82</sup> Zöllner/Loritz, § 17 III. 3..

<sup>83</sup> Schoden, Rn. 27; Höfer, ART, Rn. 93

<sup>84</sup> Schoden, Rn. 31, 36; Höfer, ART, Rn. 94.

<sup>85</sup> Langohr-Plato, Rn. 37; Griebeling/Griebeling, Rn. 251; Ahrend/Förster/Rühmann, § 1 b, Rn. 19; Schoden, Rn. 27; Asmis/Falk/Neumann, S. 41, Stichwort: Direktzusage; siehe auch die Ausführungen des BMA im Internet unter <http://www.bma.de>; FINANZtest Spezial, S. 78.

die Geldanlage entscheiden, da keine staatliche Aufsicht oder Anlageregulierung besteht<sup>86</sup>.

## **II. Direktversicherung (§ 1b Abs. 2 S. 1 BetrAVG)**

Der Durchführungsweg der Direktversicherung liegt gem. § 1 Abs. 2 S. 1 BetrAVG vor, wenn für die betriebliche Altersversorgung eine Lebensversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abgeschlossen ist und der Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen hinsichtlich der Leistungen des Versicherers ganz oder teilweise bezugsberechtigt sind. Voraussetzung ist demnach, dass der Arbeitgeber Versicherungsnehmer der Lebensversicherung ist<sup>87</sup>. In der Praxis werden Direktversicherungen oftmals als Gruppendifektversicherung abgeschlossen<sup>88</sup>. In diesem Fall werden i.d.R. bessere Konditionen angeboten als bei Einzelversicherungen.

Bei der Direktversicherung wird eine Lebensversicherungsgesellschaft als externer Versorgungsträger eingeschaltet<sup>89</sup>. In der Finanzierung besteht Flexibilität, da keine laufenden Leistungen vereinbart werden müssen. Lebensversicherungsgesellschaften unterstehen der Versicherungsaufsicht (§ 1 Abs. 1 VAG). Demnach sind sie bei der Kapitalanlage den Beschränkungen des VAG und der AnlV<sup>90</sup> unterworfen.

## **III. Pensionskassen (§ 1b Abs. 3 S. 1 BetrAVG)**

Nach § 1b Abs. 3 S. 1 BetrAVG liegt der Durchführungsweg Pensionskasse vor, wenn die betriebliche Altersversorgung von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt wird, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt. Die Pensionskas-

---

<sup>86</sup> <http://www.bma.de/de/neuerente/indes.htm> (letzter Zugriff:09.01.2003); FINANZtest Spezial, S. 78.

<sup>87</sup> Bode/Grabner/Saunders/Stein, A., 2.4; Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 27.

<sup>88</sup> Schoden, Rn. 42.

<sup>89</sup> Blomeyer/Otto, § 1, Rn. 206.

<sup>90</sup> Verordnung über die Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen (Anlageverordnung – AnlV).

sen sind Sonderformen einer Lebensversicherungsgesellschaft<sup>91</sup>. Dieser Versicherungscharakter und die Tatsache, dass die Pensionskasse einen Anspruch auf ihre Leistungen gewährt, führt dazu, dass Pensionskassen der Versicherungsaufsicht unterfallen (§ 1 Abs. 1 VAG). Die Kapitalanlage unterliegt demnach den Beschränkungen des VAG und der AnlV.

#### **IV. Unterstützungskassen (§ 1b Abs. 4 S. 1 BetrAVG)**

Nach dem Gesetz handelt es sich bei Unterstützungskassen um rechtsfähige Versorgungseinrichtungen, die die betriebliche Altersversorgung durchführen, ohne auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch zu gewähren (§ 1b Abs. 4 S. 1 BetrAVG). Wesentliches Merkmal der Unterstützungskassen ist der Ausschluss eines Anspruchs des Arbeitnehmers gegen die Unterstützungskasse<sup>92</sup>. Damit sollte verhindert werden, dass Unterstützungskassen der Versicherungsaufsicht unterstellt wurden, was aber nach dem VAG von 1901 bei Gewährung eines Anspruchs der Fall gewesen wäre<sup>93</sup>. Allerdings hat dieses Merkmal heute keine große Bedeutung mehr<sup>94</sup>. Schon vor Erlass des BetrAVG hatte das BAG entschieden, dass im Anspruchsausschluss lediglich der Vorbehalt zu sehen sei, die Versorgungszusage aus sachlichen Gründen zu widerrufen. Dies ergibt sich daraus, dass den Versorgungsleistungen eine Versorgungszusage des Arbeitgebers an seinen Mitarbeiter zugrunde liegt<sup>95</sup>. Somit besteht doch ein relativ gefestigter faktischer Anspruch des Arbeitnehmers auf Gewährung der Versorgungsleistungen. Noch heute unterfällt die Unterstützungskasse nicht der Versicherungsaufsicht (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 VAG) und kann damit ihr Vermögen nach eigenem Ermessen anlegen<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Kemper/Kisters-Kölkes, Rn. 28; Schoden, Rn. 36.

<sup>92</sup> Griebeling/Griebeling, Rn. 277.

<sup>93</sup> Bode/Grabner/Saunders/Stein, A., 2.2; Griebeling/Griebeling, Rn. 277.

<sup>94</sup> Asmis/Falk/Neumann, S. 76, Stichwort: Unterstützungskasse; Ahrend/Förster/Rühmann, § 1 b, Rn. 51; Schoden, Rn. 33.

<sup>95</sup> Ständige Rspr. seit BAG, AP Nr. 86 zu § 242 BGB Ruhegehalt; bestätigt durch BVerfG, EzA § 242 BGB Ruhegeld Nr. 102.

<sup>96</sup> Albert in Albert/Schumann/Sieben/Menzel, Rn. 9.

## V. Pensionsfonds (§ 1b Abs. 3 BetrAVG)

Gem. § 1b Abs. 3 BetrAVG handelt es sich dabei um eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die dem Arbeitnehmer oder seinen Hinterbliebenen auf ihre Leistungen einen Rechtsanspruch gewährt. Dabei wird der Pensionsfonds durch das BetrAVG mit der Pensionskasse gleichgestellt, da die Definition in § 1b Abs. 3 BetrAVG gleichzeitig auch für die Pensionskasse gilt. Klarer ist dagegen die Definition des Pensionsfonds in § 112 Abs. 1 S. 1 VAG<sup>97</sup>:

*Ein Pensionsfonds ist eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die*

- 1. im Wege des Kapitaldeckungsverfahrens je nach Ausgestaltung der zugrunde liegenden Pensionspläne betragsbezogen mit der Zusage einer Mindestleistung oder leistungsbezogen ausschließlich Altersversorgungsleistungen für einen oder mehrere Arbeitgeber zugunsten von Arbeitnehmern erbringt,*
- 2. die Höhe der Altersversorgungsleistungen oder die Höhe der für diese Leistungen zu entrichtenden künftigen Beiträge nicht für alle im Pensionsplan vorgesehenen Leistungsfälle zusagt,*
- 3. den Arbeitnehmern einen eigenen Anspruch auf Leistung gegen den Pensionsfonds einräumt und*
- 4. verpflichtet ist, zugunsten des Arbeitnehmers die Altersversorgungsleistung in jedem Fall als lebenslange Altersrente zu erbringen.*

Der Pensionsfonds untersteht der Versicherungsaufsicht (§ 1 Abs. 1 VAG; siehe insbes. §§ 114, 115 VAG). In der Kapitalanlage ist er weitgehend frei (siehe aber § 115 Abs. 1 VAG)<sup>98</sup>, worin ein Vorteil gegenüber den Pensionskassen und Versicherungsunternehmen liegt, die z.B. nur maximal 35% der Anlagemittel in Aktien investieren können (§ 2 Abs. 3 AnIV)<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> §§ 112 ff VAG enthalten Vorschriften über den Pensionsfonds und wurden durch Art. 10 AVmG in das VAG eingeführt.

<sup>98</sup> Siehe die Pensionsfonds-KapitalanlagenVO im Vergleich zur Anlagenverordnung (AnIV).

<sup>99</sup> Riester, BetrAV 2001, 617, 619; Schumann in Albert/Schumann/Sieben/Menzel, Rn. 290; FINANZtest S. 86; siehe die Pensionsfonds-KapitalanlagenVO im Vergleich zur Anlagenverordnung (AnIV).

## **VI. Sonderfall: Betriebsinterner Pensionsfonds bzw. fondsgebundene Direktzusage**

Beim betriebsinternen Pensionsfonds bzw. bei der fondsgebundenen Direktzusage liegt im Grunde eine Direktzusage mit spezifischen Besonderheiten vor<sup>100</sup>. Zur Finanzierung der durch den Arbeitgeber zugesagten Versorgungsleistungen wird ein Sondervermögen gebildet, das zwar betriebsintern gehalten, ansonsten aber vom übrigen Vermögen des Unternehmens getrennt ist (sog. betriebsinterner Pensionsfonds)<sup>101</sup>. Dieses Sondervermögen wird ausschließlich für die betriebliche Altersversorgung verwendet<sup>102</sup>. Die Verwaltung des Sondervermögens erfolgt i.d.R. kollektiv<sup>103</sup>. Die Vermögensanlage liegt dabei im freien Ermessen des Arbeitgebers, da die fondsgebundene Direktzusage nicht den Beschränkungen des VAG unterliegt<sup>104</sup>.

## **D. Vereinbarungen in der Praxis**

Bei den seit Inkrafttreten des AVmG in der Praxis geschlossenen Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung<sup>105</sup> handelt es sich in einigen Fällen um Tarifverträge, die eine konkrete Ausgestaltung der einzelnen Bedingungen der betrieblichen Altersversorgung enthalten. So sind in Tarifverträgen Regelungen betreffend der umzuwandelnden Entgeltbestandteile, die Arbeitgeberleistungen, die Unverfallbarkeit, den Entgeltumwandlungsanspruch etc. enthalten<sup>106</sup>. Auch

---

<sup>100</sup> Bode/Grabner/Saunders/Stein, D. 1.1.

<sup>101</sup> Grabner/Bode/Stein, BetrAV 2001, 600, 602.

<sup>102</sup> Bode/Grabner/Saunders/Stein, D. 1.2.

<sup>103</sup> Bode/Grabner/Saunders/Stein, D. 1.2; eine weitere Gestaltungsform des betriebsinternen Pensionsfonds bzw. der fondsgebundenen Direktzusage ist mit der Zuteilung des Vermögens zu individuellen Kapitalkonten der Mitarbeiter möglich, siehe dazu Bode/Grabner/Saunders/Stein, D. 9.

<sup>104</sup> Grabner/Bode/Stein, BetrAV 2001, 600, 602.

<sup>105</sup> Siehe dazu die Übersicht betreffend Flächentarifverträge unter <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> (letzter Zugriff: 09.01.2003); Zusammenfassung von Küpper, RdA 2002, 379 ff.

<sup>106</sup> Siehe z.B. den Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge zwischen dem Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V. und der Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie und Energie vom 18.09.2001; Tarifvertrag TZR zwischen dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V. sowie dem HauptTarifverträgerband der Deutschen Bauindustrie e.V. und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt vom 15.05.2001.

der Durchführungsweg wird in vielen Fällen durch Tarifvertrag geregelt<sup>107</sup>. Andererseits wird die genauere Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung – und somit auch die Wahl des Durchführungswegs – Betriebsvereinbarungen überlassen. Ein konkretes Beispiel dafür ist die Regelung der DaimlerChrysler AG, bei der ein Tarifvertrag den Anspruch auf Entgeltumwandlung gem. § 1a BetrAVG konkretisiert, eine freiwillige Gesamtbetriebsvereinbarung aber Näheres regelt<sup>108</sup>.

Im Hinblick auf die Wahl des Durchführungswegs bzw. eines konkreten Unternehmens für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung können im wesentlichen zwei Varianten unterschieden werden, wobei eine Variante weiter untergliedert werden kann.

### **I. Variante 1: Uneingeschränkte Wahlfreiheit des Arbeitgebers**<sup>109</sup>

Charakteristisch an Variante 1 ist, dass die Wahl des Durchführungswegs allein durch den Arbeitgeber erfolgt<sup>110</sup>. Alle fünf Durchführungswege stehen zur Verfügung. Der Arbeitgeber kann sich mit den Arbeitnehmern auf einen bestimmten Durchführungsweg einigen, er kann aber auch einen bestimmten Durchführungsweg vorgeben. Des weiteren ist es auch Aufgabe des Arbeitgebers, das konkrete Unternehmen auszuwählen, das den vom Arbeitgeber gewählten Durchführungsweg entsprechend ausgestalten soll<sup>111</sup>. Die Tarifvertragsparteien

---

<sup>107</sup> Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge zwischen dem Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V. und der Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie und Energie vom 18.09.2001; Tarifvertrag TZR zwischen dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V. sowie dem Haupttarifverträgerband der Deutschen Bauindustrie e.V. und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt vom 15.05.2001.

<sup>108</sup> Tarifvertrag Entgeltumwandlung der Metall- und Elektroindustrie vom 04.09.2001, Freiwillige Gesamtbetriebsvereinbarung zur Entgeltumwandlung der DaimlerChrysler AG vom 04.03.2002.

<sup>109</sup> Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), Druckindustrie West + Ost; Papier, Pappe und Kuststoffe verarbeitende Industrie West + Ost; Reisebürobetriebe West + Ost; Kraftfahrzeuggewerbe Baden-Württemberg

<sup>110</sup> Z. B. § 6 Abs. 1 Tarifvertrag zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung in der Druckindustrie vom 26.11.2001; § 4 Tarifvertrag über tarifliche Altersvorsorge für den Hamburger Einzelhandel v. 20.07.2001.

<sup>111</sup> § 6 Abs. 1 Tarifvertrag zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung in der Druckindustrie vom 26.11.2001.

sprechen bezüglich des konkreten Unternehmens in einigen Fällen eine Empfehlung aus<sup>112</sup>.

## II. Variante 2: Eingeschränkte oder fehlende Wahlfreiheit des Arbeitgebers

Bei Variante 2 ist der Arbeitgeber in der Wahl des Durchführungswegs mehr oder weniger eingeschränkt. Sie kann folgendermaßen unterteilt werden:

### 1. **Fall 1: Teilweise Beschränkung**

Hier beschränkt der Tarifvertrag die Wahlfreiheit im Hinblick auf den Durchführungsweg, indem nicht alle Durchführungswege angeboten werden<sup>113</sup>. Des weiteren gibt es Fälle, in denen zwar ein Durchführungsweg vorgegeben ist, Abweichungen davon aber zulässig sind, soweit sie mit der Zustimmung der Tarifvertragsparteien erfolgen<sup>114</sup>.

### 2. **Fall 2: Volle Beschränkung**

Hier können wiederum zwei Alternativen unterschieden werden:

#### a) Alternative 1

Bei Alternative 1 ist es grundsätzlich Aufgabe des Arbeitgebers, einen der fünf Durchführungswege zu wählen<sup>115</sup>. Dies kann entweder durch Einigung zwi-

---

<sup>112</sup> § 6 Abs. 1 Tarifvertrag zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung in der Druckindustrie vom 26.11.2000 sowie Vereinbarung der Tarifvertragsparteien über ein „Branchenmodell zur betrieblichen Altersversorgung Medien, Druck und Papier vom 26.11.2001; siehe auch Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), Kraftfahrzeuggewerbe Baden-Württemberg.

<sup>113</sup> Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), hier z.B. Hotel- und Gaststättengewerbe West + Ost; Milchindustrie Bayern für vor dem 31.07.2001 schon bestehende Altersvorsorge.

<sup>114</sup> Übersicht der BDA (<http://www.bdaonline.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), hier z.B. Milchindustrie Bayern bei nach dem 31.07.2001 eingerichteter Altersvorsorge; Brauereien Baden-Württemberg bei nach dem 31.12.2001 eingerichteter Altersvorsorge.

<sup>115</sup> Z.B. § 20 Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge der Chemischen Industrie vom 18.09.2001; § 3 Tarifvertrag über Altersvorsorge in der Papierindustrie v. 18.12.2001; siehe auch Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), z.B. Hotel- und Gaststättengewerbe West + Ost; Holz- und Kunststoffverarbeitende Industrie NRW.

schen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschehen oder dadurch, dass der Arbeitgeber einen Durchführungsweg vorgibt. Kommt es aber nicht zu einer Einigung bzw. bestimmt der Arbeitgeber keinen Durchführungsweg, so schreibt der Tarifvertrag den Durchführungsweg und i.d.R. auch das konkrete Unternehmen vor<sup>116</sup>. In einigen Fällen sind damit Rahmenvereinbarungen mit bestimmten Vertragsunternehmen verbunden<sup>117</sup>.

b) Alternative 2

Bei Alternative 2 besteht nicht einmal die vorrangige Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers. Der Tarifvertrag gibt die konkrete Einrichtung vor, bei der die betriebliche Altersversorgung durchzuführen ist<sup>118</sup>. In diesem Fall ist damit immer auch die Wahl eines Durchführungswegs verbunden.

### **§ 3 Kartell- und arbeitsrechtliche Grundlagen für das Verhältnis von Kollektivvereinbarungen zum Kartellrecht**

Im folgenden sollen die Grundlagen von Kartell- und Arbeitsrecht dargestellt werden, die für die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Kollektivvereinbarungen von Relevanz sind.

#### **A. Kartellrechtliche Grundlagen**

##### **I. Funktionen des Kartellrechts**

Das Kartellrecht hat zum Ziel, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen<sup>119</sup> und somit Verfälschungen und Beschränkungen des Wettbewerbs durch Wett-

---

<sup>116</sup> § 20 Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge der Chemischen Industrie vom 18.09.2001; § 3 Tarifvertrag über Altersvorsorge in der Papierindustrie v. 18.12.2001.

<sup>117</sup> Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), Hotel- und Gaststättengewerbe West + Ost.

<sup>118</sup> So z.B. § 26 ATV; Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), hier z.B. Dachdeckerhandwerk West + Ost oder Milchwirtschaft Baden-Württemberg.

<sup>119</sup> Rittner, § 5, Rn. 2; Baumbach/Hefermehl, Allg., Rn. 84; siehe allgemein zum Missbrauch von Wirtschaftsmacht und Monopolproblemen Eucken, S. 9ff, 23ff, 79ff.

bewerber zu bekämpfen<sup>120</sup>. Künstliche oder willkürliche Eingriffe durch Unternehmen oder durch den Staat sollen vermieden werden<sup>121</sup>. Da Beschränkungen des Wettbewerbs erst durch das Bestehen der Privatautonomie ermöglicht werden, diese Privatautonomie aber gerade allen zusteht, besteht die Aufgabe des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen darin, die Privatautonomie so zu begrenzen, dass sie sich nicht selbst aufhebt<sup>122</sup>. Nach h.M. ist Schutzobjekt des Kartellrechts sowohl der Wettbewerb als Institution, als auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des einzelnen<sup>123</sup>.

Dem EG-Kartellrecht kommt neben der allgemeinen Funktion, eine wirtschaftlich vorteilhafte Entwicklung in der Gemeinschaft zu gewährleisten und die Freiheit der Marktteilnehmer im Wettbewerb zu garantieren<sup>124</sup>, eine gemeinschaftsspezifische Funktion zu, die in der Förderung der Integration der nationalen Märkte zum Zweck der Erreichung der in Art. 2 EG niedergelegten Ziele liegt<sup>125</sup>. Zu diesen Zielen gehören eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum, ein hoher Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftskriterien, die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie die Durchführung der in den Artt. 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. g umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Dieses System ist somit ein Wesensmerkmal des Binnenmarktes<sup>126</sup>. Die EG-Wettbewerbsregeln gelten für alle Wirtschaftsbereiche und Tätigkeiten, soweit nicht der EG-Vertrag aus-

---

<sup>120</sup> Rittner, § 5, Rn. 1.

<sup>121</sup> Emmerich in Dauses, H.I § 1, Rn. 4.

<sup>122</sup> Rittner, § 5, Rn. 2.

<sup>123</sup> BGHZ 76, 55, 64; Möschel, § 4, Rn. 111; Rittner, § 5, Rn. 48; von Gamm, Einf. A, Rn. 12; Poth, S. 23/24.

<sup>124</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 152.

<sup>125</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 2 EG-Vertrag, Rn. 152 f.

<sup>126</sup> Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 94, Rn. 9.

drücklich das Gegenteil bestimmt<sup>127</sup>. Dem EG-Wettbewerbsrecht kommt demnach ein umfassender Geltungsanspruch zu.

## II. Ordnungskriterien des Kartellrechts

Rechtliches Ordnungsprinzip der Wirtschaftsverfassung des EG-Vertrags sowie des GWB ist der Wettbewerb<sup>128</sup>. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gewährleisteten Prinzipien der Freiheit und Gleichheit aller Rechtspersonen soll der Wettbewerb als rechtliches Ordnungsprinzip bestehen, innerhalb dessen er und die Privatautonomie gleichbedeutend sind<sup>129</sup>. Denn Wettbewerb hat die Privatautonomie der Marktbeteiligten zur Voraussetzung und wird durch diese ergänzt<sup>130</sup>. Ziel des Kartellrechts ist es, in bestimmten Fällen die Bildung von Marktmacht zu verhindern<sup>131</sup>. Einen dieser Fälle regelt § 1 GWB. Danach sind Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. In Verbindung mit § 134 BGB kann so schon keine Marktmacht entstehen. Im EG-Kartellrecht regelt diesen Fall Art. 81 EG.

In den Fällen, in denen Marktmacht hingenommen werden muss, wird sie beschränkt oder kontrolliert. Ein Beispiel dafür enthält § 20 Abs. 1 GWB, indem er die Marktmacht der marktbeherrschenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen einem Diskriminierungsverbot unterwirft. Kartelle wie z.B. die Anmelde- und Widerspruchskartelle der §§ 2 – 4 GWB, die vom Verbot des § 1 GWB freigestellt werden können, unterliegen der Missbrauchsaufsicht gem. § 12 GWB, weil die Gefahr besteht, dass die gesetzlich eingeräumte Ausnahmeposition missbraucht wird. Ebenfalls eine Missbrauchskontrolle beinhaltet Art.

---

<sup>127</sup> EuGH, Urteil v. 30.04.1986 – verb. Rs. C-209/84 bis C-213/84 – Slg. 1986, 1425, Tz.: 40 (Asjes); Urteil v. 27.01.1987 – Rs. C-45/85 – Slg. 1987, 405, Tz.: 12 (Verband der Sachversicherer); Bunte in Langen/Bunte, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rn. 51; Grill in Lenz, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 26.

<sup>128</sup> Rittner, § 5, Rn. 41; Bunte in Langen/Bunte, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rn. 34 u. 35; Einf. zum GWB, Rn. 46; Poth, S. 24/25.

<sup>129</sup> Rittner, § 5, Rn. 41; Bunte in Langen/Bunte, Einf. zum GWB, Rn. 46.

<sup>130</sup> Rittner, § 5, Rn. 41; Böhm, S. 4.

<sup>131</sup> Hendriks, S. 14.

82 EG, indem marktbeherrschende Unternehmen zugelassen werden, die missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung aber verboten wird.

### III. Wettbewerb

Sowohl im deutschen wie auch im EG-Kartellrecht ist der Begriff des Wettbewerbs von großer Relevanz.

#### 1. Begriff

Weder im europäischen noch im deutschen Recht findet sich eine Definition für den Wettbewerbsbegriff. Das Kartellrecht selbst setzt das Bestehen von Wettbewerb voraus. In der Begründung zum Regierungsentwurf des GWB sah der Gesetzgeber im Wettbewerb „das Bestreben (...), durch eigene Leistung, die nach Qualität und Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluss eines Vertrages zu veranlassen“ bzw. „jede Art wirtschaftlicher Handlung (...), die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Mitbewerbers einen Vorteil zu verschaffen“<sup>132</sup>.

Im Schrifttum wird überwiegend die Meinung vertreten, dass eine Definition des Wettbewerbsbegriffs nicht möglich<sup>133</sup> oder zumindest nicht erforderlich ist<sup>134</sup>. Auch die Wettbewerbsorgane haben sich bislang nicht auf ein bestimmtes Wettbewerbskonzept festgelegt<sup>135</sup>. Nach Ansicht der Rechtspraxis und von Teilen der Literatur ist es wichtiger zu bestimmen, wann genau eine Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt<sup>136</sup>. Trotzdem haben sich in der Entscheidungspraxis der Kommission und des EuGH Grundsätze entwickelt, nach denen eine Beschreibung des Wettbewerbsbegriffs möglich ist. So kann es nur um den Schutz des freien, redlichen, unverfälschten Wettbewerbs gehen. Hinzu kommt, dass

---

<sup>132</sup> Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BT-Drucks. 1158 Anlage 1), abgedruckt in GM 1958, Rn. 1077.

<sup>133</sup> Emmerich in I/M, EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 137; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Bd. 1, Art. 85 (1) 1. Kap. C, Rn. 113; Rieble, Rn. 47, 51; Bunte in Langen/Bunte, Einf. zum GWB, Rn. 65; Zimmer in I/M, § 1, Rn. 137, Emmerich, § 1, 2., e); siehe die Übersicht bei Baur, ZHR Band 134 (1971), 97ff.

<sup>134</sup> Roth/Ackermann in FK, EG-Vertrag Art. 81 Abs. 1 Grundfragen, Rn. 151; Schröter in G/T/E, Artikel 85.

<sup>135</sup> Emmerich in I/M, EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 137.

<sup>136</sup> Siehe die Nachweise bei Zimmer in I/M, § 1, Rn. 139, Fn. 342.

nur der wirksame Wettbewerb, der stark genug ist, um die im EG-Vertrag niedergelegten Ziele zu erreichen, schutzwürdig ist<sup>137</sup>. Ebenso wenig schutzwürdig ist der rechtswidrige<sup>138</sup> sowie der nicht leistungs- und funktionsgerechte Wettbewerb<sup>139</sup>. Herausragende Bedeutung kommt dem Selbstständigkeitspostulat zu<sup>140</sup>. Danach soll jeder Marktteilnehmer seine Geschäftspolitik und die Mittel zur Durchsetzung derselben selbstständig festlegen sowie jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme, die darauf gerichtet ist oder dazu führt, diese Verhaltensautonomie einzuschränken, unterlassen<sup>141</sup>.

## 2. Rechtliche Grundlagen

### a) Deutsches Recht

Neben dem GWB, welches einen umfassenden Schutz des Wettbewerbs enthält, ist insb. das Grundgesetz zu nennen. Im Rahmen der beruflichen Sphäre gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG die Wettbewerbsfreiheit<sup>142</sup>. Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet, soweit ein besonderer Bezug zur Eigentumsfreiheit besteht. Art. 9 Abs. 1 GG spielt im Rahmen der Gewährleistung freien Wettbewerbs ebenfalls eine Rolle, indem er die Bildung von Vereinigungen ermöglicht, was für die Wettbewerbsfähigkeit unerlässlich ist. Art. 2 Abs. 1 GG, auf den als *lex generalis* zurückgegriffen werden kann<sup>143</sup>, enthält ein Individualrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung, wobei die Wettbewerbsfreiheit eine Erscheinungsform dieses Individualrechts ist<sup>144</sup>.

---

<sup>137</sup> EuGH, Urteil v. 25.10.1977 – Rs. C-26/76 – Slg. 1977, 1875, Tz.: 20 (Metro ./ Saba I).

<sup>138</sup> Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Bd. 1, Art. 85 (1) 1. Kap. C. Rn. 175 ff.

<sup>139</sup> Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Bd. 1, Art. 85 (1) 1. Kap. C. Rn. 187 ff.

<sup>140</sup> Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Bd. 1, Art. 85 (1) 1. Kap. C. Rn. 115; so schon Böhm, S. 4 für das deutsche Recht.

<sup>141</sup> EuGH, Urteil v. 16.12.1975 – verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114-73 – Slg. 1975, 1663, I-1665, Punkt 4 des Tenors (Suiker Unie); Schröter in G/T/E, Art. 85, Einführung, Rn. 21; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Bd. 1, Art. 85 (1) 1. Kap. C, Rn. 115.

<sup>142</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 12, Rn. 15.

<sup>143</sup> Depenheuer in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14, Rn. 102.

<sup>144</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 2, Rn. 12.

b) EG-Recht

Hier ist insb. der EG-Vertrag zu nennen<sup>145</sup>. Den stärksten Schutz des Wettbewerbs stellen hier die Artt. 81 ff EG dar. Weiterhin beziehen sich auf den Schutz des Wettbewerbs die schon erwähnten Artt. 2, 3 lit. c, g und m EG<sup>146</sup>. Auch an anderen Stellen des EG-Vertrages kommt der Wettbewerbsschutz zum Ausdruck, so bei Satz 4 der Präambel, der den redlichen Wettbewerb als eines der Ziele bezeichnet, für die eine Europäische Gemeinschaft gegründet werden soll; bei Art. 4 EG, nach dem die Tätigkeit der Gemeinschaft in der Wirtschafts- und Währungsunion eine Wirtschaftspolitik umfasst, die u.a. dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist; Art. 14 Abs. 2 EG, aus dessen Beschreibung des Binnenmarktes sich ergibt, dass Wettbewerbsfreiheit als Grundvoraussetzung bestehen muss; Artt. 98 ff EG, die auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb Bezug nehmen sowie Art. 157 Abs. 1 EG, der die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft anspricht. Auch die Artt. 65 bis 67 KS<sup>147</sup> enthalten Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs, die sich aber ausschließlich auf den Markt für Kohle und Stahl beziehen.

**IV. Gütermarkt**

Eine allgemeingültige Definition des Marktbegriffs lässt sich ebenfalls nicht finden. Dies hat wiederum seinen Grund in der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte. Um den Marktbegriff, der für die Artt. 81 ff EG gilt, zu konkretisieren, können die Aufzählungen der verbotenen Verhaltensweisen in den Artt. 81, 82 EG herangezogen werden. Demnach ist hier mit Markt nicht der Gemeinsame Markt oder der Binnenmarkt gemeint. Im vorliegenden Zusammenhang genügt es auch festzustellen, dass mit Gütermarkt sowohl im deutschen wie auch im EG-Kartellrecht allgemein der Ort gemeint ist, auf dem Wettbewerb stattfindet, auf dem also Anbieter und Nachfrager selbstständig Waren und gewerbliche Leistungen austauschen (Gütermarkt), wobei sie aufgrund der vorherrschenden

---

<sup>145</sup> In Betracht kommen des weiteren Verordnungen zum Schutz des Wettbewerbs, Bekanntmachungen der Kommission sowie Entscheidungen der Kommission und des EuGH.

<sup>146</sup> Siehe § 3 A. I.

<sup>147</sup> Vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages: EGKSV.

Vertragsfreiheit vom Wettbewerb profitieren und der Wettbewerb seinerseits durch die Vertragsfreiheit aufrechterhalten wird<sup>148</sup>. Dieser stellt dabei einen Teil des umfassenden Gesamtmarktes dar<sup>149</sup>.

## **B. Arbeitsrechtliche Grundlagen**

### **I. Bedeutung der EG-Sozialpolitik**

Das EG-Arbeitsrecht stellt kein eigenständiges Rechtsgebiet dar, sondern ist Teil der Sozialpolitik der Gemeinschaft<sup>150</sup>. Diese spielte anfangs nur eine untergeordnete Rolle<sup>151</sup>. Im Vordergrund stand vielmehr die Schaffung eines zollfreien, einheitlichen Wirtschaftsraumes<sup>152</sup>. Aufgrund dessen existierten lange Zeit bis auf Art. 118 a EWGV keine speziell sozialpolitisch motivierten Kompetenznormen zur arbeitsrechtlichen Rechtsetzung<sup>153</sup>. Im Laufe der Zeit gewann die Sozialpolitik aber an Bedeutung. Gerade der Amsterdamer Vertrag vom 02.10.1997 führte unter Einbeziehung des Abkommens über die Sozialpolitik zwischen den Mitgliedsstaaten in den EG-Vertrag zu einer Ausweitung und Aufwertung der Vorschriften über die Sozialpolitik<sup>154</sup>. So steht der Gemeinschaft jetzt aus rein sozialpolitischen Erwägungen Rechtssetzungskompetenz zu (z.B. Art. 137 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 EG<sup>155</sup>), die allerdings im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten nur unterstützend und ergänzend ist. Außerdem wurde als Gegengewicht zum Kapitel „Wirtschafts- und Währungsunion“ das Kapitel „Beschäftigung“ in den EG-Vertrag eingefügt. Der Sozialpolitik wurde aufgrund dessen der gleiche Rang wie der Wirtschaftspolitik eingeräumt<sup>156</sup>.

Trotzdem lässt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme

---

<sup>148</sup> Rittner, Einl., Rn. 21; Rieble, Rn. 76.

<sup>149</sup> Rieble, Rn. 231.

<sup>150</sup> Hier folgt das EG-Recht der französischen Rechtsterminologie.

<sup>151</sup> Krimphove, S. 12/13; Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 5.

<sup>152</sup> Krimphove, S. 12/13.

<sup>153</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II EG-Vertrag, Art. 136, Rn. 3.

<sup>154</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II. EG-Vertrag, Art. 136, Rn. 4; Schulin/Igl, Rn. 1164; Eichenhofer, Rn. 435.

<sup>155</sup> Artikelangaben ohne Zusatz sind solche in der Fassung des Amsterdamer Vertrages vom 02.10.1997.

<sup>156</sup> Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 738 m.w.N..

der sozialen Sicherheit unberührt<sup>157</sup>. Dies zeigt sich u.a. daran, dass sich das europäische Sozialrecht bislang fast ausschließlich als koordinierendes Sozialrecht verstanden hat<sup>158</sup>. Solange demnach das Gemeinschaftsrecht im Bereich des Sozialrechts nicht harmonisiert wird, bestimmt das Recht eines jeden Mitgliedsstaats, unter welchen Voraussetzungen ein Recht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit oder eine Verpflichtung hierzu und ein Anspruch auf Leistung besteht<sup>159</sup>. Grundsätzlich liegt also die Kompetenz auf dem Gebiete der sozialen Sicherheit bei den Mitgliedsstaaten<sup>160</sup>. Trotzdem müssen die Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten<sup>161</sup>. Gerade im Bereich der Leistungserbringung kann das EG-Recht dabei Bedeutung erlangen<sup>162</sup>. Somit muss auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung das Gemeinschaftsrecht berücksichtigt werden.

## II. Funktionen des Arbeitsrechts

### 1. Schutzfunktion

Das Arbeitsrecht ist historisch aus der Bemühung heraus entstanden, das zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern existierende Machtungleichgewicht auszugleichen und somit soziale Gerechtigkeit zugunsten der Arbeitnehmer zu schaffen<sup>163</sup>. Auch heute noch ist die Schutzfunktion ein Wesensmerkmal des deutschen Arbeitsrechts<sup>164</sup>. Dies zeigt sich u.a. darin, dass das Arbeitsrecht gesetzliche Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers enthält, die durch den Arbeitsvertrag nicht abbedungen werden können, so z.B. Betriebs- und Gefahrenschutz oder Kündigungsschutz<sup>165</sup>. Des weiteren ermöglicht das Arbeits-

---

<sup>157</sup> EuGH, Urteil v. 07.02.1984 – Rs. C-238/82 – Slg. 1984, I-523, Tz.: 16 (Duphar u.a.); Urteile v. 28.04.1998 – Rs. C-120/95 – Slg. 1998, I-1831, Tz.: 21 (Decker), Rs. C-158/96 – Slg. 1998, I-1931, Tz.: 17 (Kohl).

<sup>158</sup> Fuchs in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Eine Einführung, Rn. 37.

<sup>159</sup> EuGH, Urteile v. 28.04.1998 – Rs. C-120/95 – Slg. 1998, I-1831, Tz.: 22 (Decker), Rs. C-158/96 – Slg. 1998, I-1931, Tz.: 18 (Kohl).

<sup>160</sup> Fuchs in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Eine Einführung, Rn. 91; Schulin/Igl, Rn. 1165; Eichenhofer, Rn. 416.

<sup>161</sup> EuGH, Urteile v. 28.04.1998 – Rs. C-120/95 – Slg. 1998, I-1831, Tz.: 23 (Decker), Rs. C-158/96 – Slg. 1998, I-1931, Tz.: 19 (Kohl); Fuchs in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Eine Einführung, Rn. 91; Schulin/Igl, Rn. 1165; Eichenhofer, Rn. 416.

<sup>162</sup> EuGH, Urteil v. 07.02.1984 – Rs. C-238/82 – Slg. 1984, I-523 (Duphar u.a.).

<sup>163</sup> Schaub, § 2, II.; Poth, NZA 1989, 626, 627; Biedenkopf, S. 2.

<sup>164</sup> Zöllner/Loritz, § 1; Rieble, Rn. 100 ff.

<sup>165</sup> Schaub, § 2, I, 2; Zöllner/Loritz, § 1, I, 2., (1).

recht das kollektive Aushandeln von Arbeitsbedingungen<sup>166</sup>. Auch darin liegt ein Schutz der unselbständigen Arbeitnehmer gegenüber der Verhandlungsmacht ihrer Arbeitgeber.

Die Schutzfunktion des EG-Arbeitsrechts ist demgegenüber noch völlig unterentwickelt. Zwar nehmen einige Vorschriften der Verträge z.B. auf die Förderung des sozialen Fortschritts (Art. 2 1. Spiegelstrich EU), ein hohes Maß an sozialem Schutz (Art. 2 EG), eine Sozialpolitik Art. 3 lit. j EG) oder die Verbesserung und Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Art. 136 EG) Bezug. Doch handelt es sich dabei lediglich um Programmsätze<sup>167</sup>. Nur wenige Vorschriften enthalten – zumindest zweitrangig – verbindliches Recht und haben den Zweck, Arbeitnehmer zu schützen (so z.B. Art. 39 EG, der die Freizügigkeit von Arbeitnehmern innerhalb der Gemeinschaft betrifft<sup>168</sup>, oder Art. 141 EG, der gleiches Entgelt für Männer und Frauen gewährleistet).

## 2. Organisationsfunktion und wirtschaftsordnende Funktion

Arbeitsrecht ist des weiteren Organisationsrecht. Dabei geht es darum, den Prozess der Entscheidungsbildung durch zwingende Organisationsregelungen zu gestalten wie z.B. bei betriebsverfassungsrechtlicher Mitwirkung und bei Tarifverträgen<sup>169</sup>.

Die Organisationsfunktion wird auch deutlich beim die Koordination der Arbeitnehmertätigkeit im Betrieb und Unternehmen regelnden Recht<sup>170</sup>. Eine Organisationsfunktion kann dem EG-Arbeitsrecht noch nicht zugeschrieben werden. Es fehlen noch die rechtlichen Grundlagen, insbesondere für den Abschluss von europäischen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Auch die im EG-Vertrag möglicherweise als Grundlage enthaltenen Vorschriften wie z.B. Art. 139 EG sind viel zu unbestimmt, als einer Organisationsfunktion nachkommen zu können.

---

<sup>166</sup> Zöllner/Loritz, § 1, I., 2., (2).

<sup>167</sup> V. Bogdandy, in Grabitz/Hilf, Bd. 1, Art. 2 EGV, Rn. 18 u. Art. 3 EGV, Rn. 2; Rebhahn in Schwarze, Artikel 136 EGV, Rn. 6 u. 7.

<sup>168</sup> Zu Art. 39 EG siehe Krimphove, S. 11; Scheuer in Lenz, Vorbem. Art. 39 – 41, Rn. 5; zu Art. 141 EG siehe Geiger, Art. 141 EGV, Rn. 1; Coen in Lenz, Art. 141, Rn. 1.

<sup>169</sup> Zöllner/Loritz, § 1, I., 3..

<sup>170</sup> Zöllner/Loritz, § 1, I., 3..

Immer mehr tritt aber auch die wirtschaftsordnende Funktion des Arbeitsrechts hervor wie der Gesamtbereich der Mitbestimmung zeigt. Arbeitsrecht hat Einfluss auf die Unternehmens-/Betriebsgestaltung, auf die Erträge, auf die Machtverhältnisse in einem Unternehmen oder Betrieb etc. und gestaltet somit die Unternehmens- und Wirtschaftsverfassung mit<sup>171</sup>. Die wirtschaftsordnende Funktion des EG-Arbeitsrechts besteht in ihren Anfängen. Hier ist auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer hinzuweisen. Sie wurde in gewissem Maße z.B. durch die RL 2001/86/EG<sup>172</sup> zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, durch die RL 2002/14/EG<sup>173</sup> zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft sowie durch die RL 94/45/EG<sup>174</sup> betreffend den Europäischen Betriebsrat herbeigeführt.

### 3. Wettbewerbsfunktion der EG-Sozialpolitik?

Der Sozialpolitik und somit auch dem Arbeitsrecht der Gemeinschaft kommt eine Wettbewerbsfunktion zu. Im Rahmen der Beratungen über die Römischen Verträge war dies ursprünglich streitig; man einigte sich aber darauf, dass arbeitsrechtliche Standards und Sozialleistungen zwar keine Wettbewerbsverfälschung zur Folge haben, dass aber Regelungen im EG-Vertrag im Bereich der Lohngleichheit von Mann und Frau sowie bei der bezahlten Freizeit notwendig waren<sup>175</sup>.

Mit der Weiterentwicklung der Gemeinschaft, insbesondere mit der Öffnung des Binnenmarktes und dem Eintritt in die Wirtschafts- und Währungsunion wurde aber deutlich, dass der Sozialpolitik tatsächlich eine Wettbewerbsfunktion zukommt. Denn Unternehmen können sich in den Mitgliedsstaaten niederlassen, dabei aber eigene Arbeitnehmer zu deren Arbeitsbedingungen beschäftigen. Damit konkurrieren sie bei der Vergabe von Aufträgen mit einheimischen

---

<sup>171</sup> Schaub, § 2, I, 2; Zöllner/Loritz, § 1.

<sup>172</sup> RL 2001/86/EG des Rates v. 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001 L 294/22.

<sup>173</sup> RL 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.03.2003 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 L 80/29.

<sup>174</sup> RL 94/45/EG v. 22.09.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 1994 L 254/64.

<sup>175</sup> Oppermann, Rn. 1631; Fuchs/Marhold, S. 6 ff.

Unternehmen, die aufgrund der „einheimischen“ Arbeitsbedingungen ihre Leistungen möglicherweise nicht so günstig anbieten können. Des Weiteren kommt es, um wettbewerbsfähig zu bleiben, zur Verlagerung von Arbeitskräften in andere Mitgliedsstaaten. Mit Einführung einer gemeinsamen Währung wurden Arbeitskosten vergleichbar und die Möglichkeit, den Wechselkurs zur Milderung der Arbeitskosten einzusetzen, entfiel<sup>176</sup>. Gerade die Arbeitskosten wirken sich aber auf den Preis und damit auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen aus<sup>177</sup>.

### **III. Ordnungskriterien des Arbeitsrechts**

Das Arbeitsrecht folgt ihm eigenen Ordnungskriterien, wobei fraglich ist, ob diese auch für das EG-Arbeitsrecht gelten.

#### **1. Bilaterale Teil-Monopolisierung des Arbeitsmarktes**

Die unterschiedlichen Kräfteverhältnisse zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern haben die Bildung von Gewerkschaften erforderlich gemacht. Auf diese Weise kam es zu einer Ballung des Angebots der Arbeitnehmer auf Erbringung ihrer Arbeitskraft (sog. bargaining power)<sup>178</sup>. Als Reaktion darauf organisierten sich die Arbeitgeber als Nachfrageseite in Arbeitgeberverbänden. Die Sozialpartner treten sich deshalb in vielen Fällen in Gestalt von Kollektiven gegenüber<sup>179</sup>. Aufgrund dessen wird von bilateraler Teil-Monopolisierung des Arbeitsmarktes gesprochen<sup>180</sup>. Teilmonopolisierung deshalb, weil nicht alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber organisiert sind. Folge der Bildung eines bilateralen Teil-Monopols ist die Ausschaltung von Wettbewerb als Ordnungsprinzip auf dem von dem Teil-Monopol betroffenen Teil des Arbeitsmarktes<sup>181</sup>. Es besteht keine individuelle, sondern lediglich kollektive Vertragsfreiheit<sup>182</sup>.

---

<sup>176</sup> Zöllner/Loritz, § 1 I. 1. a).

<sup>177</sup> Siehe zu Vorstehendem: Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 729 ff m.w.N.; Fuchs/Marhold, S. 2.

<sup>178</sup> Hendriks, S. 12.

<sup>179</sup> Hendriks, S. 11.

<sup>180</sup> Hendriks, S. 11; Poth, S. 20, der lediglich von bilateraler Monopolisierung spricht; siehe dazu auch Rieble, Freiheit, S. 200.

<sup>181</sup> Immenga, S. 10; Hendriks, S. 12; Poth, S. 21.

<sup>182</sup> Immenga, S. 9/10; Hendriks, S. 11.

## 2. Bildung gegengewichtiger Marktmacht

Als Korrelat zur Bildung des bilateralen Teil-Monopols muss auch im Arbeitsrecht verhindert werden, dass eine Vertragspartei ihre Marktmacht gegenüber der anderen Vertragspartei unzulässig ausnutzt. Das geschieht durch die Bildung gegengewichtiger Marktmacht (sog. countervailing power)<sup>183</sup>. Dadurch soll zumindest potentiell relative Machtgleichheit zwischen den sozialen Gegenspielern am Arbeitsmarkt hergestellt und somit ein Machtmissbrauch verhindert werden<sup>184</sup>. Das Prinzip der gegengewichtigen Marktmacht beruht auf der Vorstellung, dass, wenn die Koalition einer Seite Druck ausübt, die Koalition der anderen Seite mit Druck in die entgegengesetzte Richtung reagiert.

## 3. Keine Missbrauchskontrolle

Obwohl es auf dem Arbeitsmarkt zu einer kartellähnlichen Vermachtung der arbeitsmarktrechtlichen Beziehungen kommt, stellt das Arbeitsrecht keine staatliche Missbrauchskontrolle wie das Kartellrecht zur Verfügung<sup>185</sup>. Das Arbeitsrecht enthält somit keinerlei Regelungen, die es ermöglichen, z.B. Tarifverträge über Lohnerhöhungen aufgrund ihrer kartellrechtlichen Wirkungen für nichtig zu erklären.

## 4. Ordnungskriterien im EG-Arbeitsrecht?

Innerhalb des europäischen Arbeitsrechts kann noch nicht von der Existenz von Ordnungskriterien gesprochen werden. Festzustellen ist aber, dass sich schon europaweit tätige Organisationen gebildet haben, die zugunsten von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern tätig werden. Allerdings ist momentan noch keine bilaterale Monopolisierung des europäischen Arbeitsmarkts festzustellen. Aufgrund dessen ist auch die Bildung einer der Macht der Arbeitgeber entgegengesetzten Marktmacht der Arbeitnehmer noch nicht auszumachen.

---

<sup>183</sup> Rüthers, WuW 1980, 392, 394; Kraft/Hönn, ZHR 141, 230, 234; Poth, S. 21; siehe dazu grundlegend Galbraith, S. 108 ff.

<sup>184</sup> Rüthers, WuW 1980, 392, 394.

<sup>185</sup> Hendriks, S. 13.

Ebenso wenig hält das europäische Arbeitsrecht Regelungen bereit, die es der Gemeinschaft ermöglichen, den Arbeitsmarkt im Hinblick auf einen Missbrauch sich möglicherweise bildender Marktmacht zu überprüfen und gegebenenfalls gegen diesen Missbrauch einzuschreiten.

#### IV. Arbeitsmarkt

Der Arbeitsmarkt ist Teil des umfassenden Gesamtmarkts<sup>186</sup>. Wenn vom Arbeitsmarkt gesprochen wird, so ist damit regelmäßig der Ort gemeint, an dem Angebot und Nachfrage hinsichtlich des Produktionsfaktors Arbeitskraft zusammentreffen<sup>187</sup>. Da die Arbeitskraft von Arbeitnehmern erbracht wird, handelt es sich dabei gegenständlich um in unselbstständiger Beschäftigung erbrachte Dienstleistungen<sup>188</sup>.

Fraglich ist, ob es einen europäischen Arbeitsmarkt gibt. Zumindest der Zugang zu den Arbeitsmärkten der Mitgliedsstaaten ist europäisiert. Gem. Art. 39 EG wird die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet. Dies geschieht auch durch Verordnungen und Richtlinien, so z.B. durch die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft oder durch die RL 68/360/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft<sup>189</sup>. Allerdings kann vom Bestehen eines europäischen Arbeitsmarkts nicht die Rede sein. Das liegt daran, dass die nationalen Arbeitsmärkte nach wie vor relativ isoliert nebeneinander bestehen. Des Weiteren fehlen europaweit geltende Vereinbarungen über Kernbereiche des Tarifrechts. Gerade mit Blick auf die geplante Osterweiterung der europäischen Gemeinschaft wird auch ersichtlich, dass zumindest in naher Zukunft das Entstehen eines europäischen Arbeitsmarkts nicht gewollt ist<sup>190</sup>. Dabei ergibt sich aus den Vorschriften des EG-Vertrags, dass dieser einen europäischen Arbeitsmarkt zumindest anstrebt (Art. 136 Abs. 1: Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen; Art. 138 Abs. 1, 139 Abs. 1: Anhörung und Dialog der Sozialpartner

---

<sup>186</sup> Rieble, Rn. 231.

<sup>187</sup> Zöllner/Loritz, § 2, IX, S. 24; Poth, NZA 1989, 626, 627 (Fn. 11).

<sup>188</sup> Rieble, Rn. 82.

<sup>189</sup> Siehe auch VO (EWG) Nr. 1251/70; RL 90/365/EWG sowie RL 96/71/EG.

<sup>190</sup> Siehe zum ganzen Birk in Münchener Handbuch, § 19, Rn. 70 ff.

auf Gemeinschaftsebene; Art. 140: Förderung der Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten und Erleichtern der Abstimmung ihres Vorgehens). Im übrigen bestehen zwischen dem Gütermarkt und dem Arbeitsmarkt Wechselwirkungen von nicht unbedeutendem Ausmaß<sup>191</sup>. So bestimmt z.B. der Erfolg eines Unternehmens auf dem Gütermarkt dessen Leistungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt, z.B. indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmern bestimmte Leistungen anbieten oder ein bestimmtes Lohnniveau halten kann. Umgekehrt können zu hohe Löhne dazu führen, dass ein Unternehmen auf dem Gütermarkt nicht mehr leistungsfähig ist. Des Weiteren stellen die mit den Arbeitnehmern vereinbarten Arbeitsbedingungen gleichzeitig Wettbewerbsfaktoren für die Unternehmen dar.

## V. Tarifvertragsrecht

### 1. Funktionen des Tarifvertrags

Den Tarifverträgen kommt eine Schutzfunktion zu, denn durch den Abschluss von Tarifverträgen ist es den Koalitionen der Arbeitnehmer möglich, aufgrund kollektiver Macht zwingend auf die Einzelarbeitsverhältnisse einzuwirken und so das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auszugleichen<sup>192</sup>. Tarifverträge schaffen somit Mindestarbeitsbedingungen für Arbeitnehmer<sup>193</sup>. Des Weiteren haben Tarifverträge eine Ordnungsfunktion, indem sie eine einheitliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen ermöglichen<sup>194</sup>. Eine Friedensfunktion kommt Tarifverträgen deshalb zu, weil während der Laufzeit des Tarifvertrags aufgrund der in ihm getroffenen Regelungen eine Friedenspflicht besteht<sup>195</sup>.

### 2. Kartellwirkung des Tarifvertrags

In diesem Zusammenhang und mit Blick auf die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen für Arbeitnehmer kommt Tarifverträgen unstreitig eine Kar-

---

<sup>191</sup> Zu diesem Problembereich ausführlich Rieble, Rn. 231 ff.

<sup>192</sup> Kempen/Zachert, Grundlagen, Rn. 92; Dörner in Kasseler Handbuch, Kap. 6.1; Rn. 7; Söllner, ArbRGegw. Band 35 (1998), S. 27 f.

<sup>193</sup> Löwisch/Rieble, Grundl., Rn. 4.

<sup>194</sup> Dörner in Kasseler Handbuch, Kap. 6.1, Rn. 7; Löwisch/Rieble, Grundl., Rn. 5; Söllner, ArbRGegw. Band 35 (1998), S. 28 f.

<sup>195</sup> Wiedemann in Wiedemann, Einl., Rn. 27.

tellwirkung zu; der Wettbewerb wird insoweit ausgeschaltet<sup>196</sup>. Diese Kartellwirkung des Tarifvertrags trifft zunächst nur die am Tarifvertrag beteiligten Parteien<sup>197</sup>. Dies kann sowohl für die organisierten Arbeitgeber, als auch für die organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmer Nachteile mit sich bringen sog. Schmutzkonzurrenz und Lohndrückerei<sup>198</sup>. Diese Folgen können aber durch die AVE gem. § 5 TVG vermieden werden. Durch sie können die tarifvertraglich geregelten Mindestarbeitsbedingungen auch auf nichtorganisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt werden (§ 5 Abs. 4 TVG). Dies führt zwangsläufig auch zu einer Ausdehnung der Kartellwirkung des Tarifvertrags<sup>199</sup>.

### 3. Gesetzliche Grundlagen der Tarifautonomie im deutschen Recht

Neben dem TVG und einigen Landesverfassungen<sup>200</sup> ist insb. Art. 9 Abs. 3 GG gesetzliche Grundlage der Tarifautonomie. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, nach dem das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für jedermann und für alle Berufe gewährleistet ist, schützt sowohl die individuelle als auch die kollektive Koalitionsfreiheit<sup>201</sup>. Vom Schutz umfasst ist „die Koalition selber in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihrer Betätigung, soweit diese gerade in der Wahrung und der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht“<sup>202</sup>. Unter letztere fällt die Tarifautonomie<sup>203</sup>. Das Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ beschreibt gleichzeitig die Grenze des Tätigkeitsfeldes der Koalitionen<sup>204</sup>. Wo diese genau verläuft, ist nach wie vor streitig. Nach der Rechtsprechung und h.M. in der Literatur bezieht sich das Begriffspaar aber auf

---

<sup>196</sup> Statt vieler Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, Bd. 3, § 247, Rn. 6; Söllner, ArbRGegw. Band 35 (1998), S. 25.

<sup>197</sup> Wank in Wiedemann, § 5, Rn. 4.

<sup>198</sup> Wank in Wiedemann, § 5, Rn. 4 f; Däubler, Rn. 1244; Zöllner/Loritz, § 37, III. 1..

<sup>199</sup> Gamillscheg, § 19, 2. c), S. 885; Bechtold, RdA 1983, 99, 101.

<sup>200</sup> Siehe die Übersicht bei Gamillscheg, § 3, 8..

<sup>201</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 9, Rn. 25 + 27.

<sup>202</sup> BVerfG, Beschluss v. 26.06.1991 – Az.: 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224; Urteil v. 18.11.1954 – Az.: 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 101/102 .

<sup>203</sup> Ständige Rspr., siehe nur BVerfG, Beschluss v. 26.06.1991 – Az.: 1 BvR 779/85 – BVerfGE 18, 18, 26; Höfling in Sachs, Art. 9, Rn. 67; Löwisch/Rieble, Grundl., Rn. 16; Biedenkopf, S. 102/103.

<sup>204</sup> BVerfGE 44, 322, 349; Kempen in Kempen/Zachert, Grundlagen, Rn. 99

das Arbeitsleben. Es geht in seiner Bedeutung über die Lohn- und Arbeitsbedingungen hinaus und ist als funktionale Einheit anzusehen<sup>205</sup>.

#### 4. Europäisches Tarifvertragsrecht?

Trotz der Tatsache, dass die Sozialpolitik mittlerweile einen höheren Stellenwert im EG-Recht eingenommen hat, ist fraglich, ob vom Bestehen eines europäischen Tarifvertragsrechts gesprochen werden kann<sup>206</sup>. Damit ist ein europäisches System der kollektiven, autonomen und verbindlichen Regelung der Arbeitsbedingungen gemeint.

##### a) Präambel und Ziele der Gemeinschaft nach EG-Vertrag

Sowohl die Präambel des EG-Vertrags als auch Art. 2 EG sprechen von der Gewährleistung sozialen Fortschritts und sozialen Schutzes. Nach Art. 3 lit. j EG gehört zu den Tätigkeiten der Gemeinschaft eine Sozialpolitik. Neben der Tatsache, dass die Artt. 2 und 3 EG sich nicht ausdrücklich auf ein eigenständiges europäisches Tarifvertragsrecht beziehen, ist zu berücksichtigen, dass diese Vorschriften lediglich Ziele der Gemeinschaft enthalten, somit keine Kompetenznormen sind.

##### b) Sozialvorschriften des EG-Vertrags

Bedeutender sind die Sozialvorschriften des EG-Vertrags. Mögliche Grundlagen im EG-Vertrag könnten die Artt. 136 bis 139 EG sein.

##### (1) Art. 136 EG: Ziele der Sozialpolitik

Nach Art. 136 EG gehören zu den Zielen, die die europäische Sozialpolitik verfolgt, die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu erreichen, ein angemessener sozialer Schutz

---

<sup>205</sup> Siehe nur BVerfGE 44, 322, 341/342; Böhm, S. 14/15; Scholz, S. 46; Meik, S. 77/78.

<sup>206</sup> Schiek, D. I. 2. a); Birk in Münchener Handbuch, § 19, Rn. 431.

und die Förderung des sozialen Dialogs. Dabei ist Art. 136 EG aber lediglich Programmsatz<sup>207</sup>.

(2) Art. 137 EG: Zusammenarbeit in sozialen Fragen

Art. 137 EG begründet Kompetenzen zur Rechtsetzung. Allerdings erklärt Art. 137 Abs. 5 EG, dass Art. 137 EG u.a. nicht für das Koalitionsrecht gilt. Ob hierunter auch das Tarifvertragsrecht fällt, ist umstritten<sup>208</sup>, kann aber dahingestellt bleiben, da die Aufgabe der Gemeinschaft auf eine Unterstützung der Mitgliedsstaaten und eine Ergänzung ihrer Tätigkeit beschränkt ist (Art. 137 Abs. 1 EG). Art. 137 EG kann somit keine Rechtsgrundlage für ein eigenständiges europäisches Tarifvertragsrecht sein<sup>209</sup>.

(3) Artt. 138, 139 EG: Sozialer Dialog auf Gemeinschaftsebene

Artt. 138, 139 EG beziehen sich auf den Dialog der Sozialpartner auf Gemeinschaftsebene. Betroffen sind demnach nur solche Sozialpartner, die auf europäischer Ebene und überregional ihre Mitglieder vertreten<sup>210</sup>. Zu diesen zählen derzeit auf Arbeitgeberseite UNICE (Vereinigung der Wirtschafts- und Sozialverbände Europas), CEEP (Europäische Zentrale für öffentliche Wirtschaft), EUROCHAMBERS (Ständige Konferenz der Industrie- und Handelskammern) und EUROCOMMERCE (Vertretung des Einzel-, Groß- und Außenhandels), auf Arbeitnehmerseite der EGB (Europäischer Gewerkschaftsbund). Nach Art. 138 EG erlässt die Kommission alle zweckdienlichen Maßnahmen, um den Dialog zwischen den Sozialpartnern zu erleichtern. Gem. Art. 139 EG kann dieser Dialog, wenn die Sozialpartner dies wünschen, zur Herstellung vertraglicher Beziehungen, einschließlich des Abschlusses von Vereinbarungen führen.

---

<sup>207</sup> Hatje in Schwarze, Artikel 136 EGV, Rn. 6 u. 7; Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 33.

<sup>208</sup> Dagegen z.B. Langenfeld in Grabitz/Hilf, Art. 137, Rn. 92, dafür z.B. Kriebler in Callies/Ruffert, Art. 137, Rn. 9.

<sup>209</sup> Siehe dazu auch Reichold, NZA 2003, 289, 291, der darauf hinweist, dass keine allgemeine Gemeinschaftskompetenz zur Gestaltung einer Sozialpolitik besteht.

<sup>210</sup> Krimphove, S. 393; Geiger, Art. 138 EGV, Rn. 3.

Insoweit ist streitig, ob es sich bei den vertraglichen Beziehungen um schuldrechtliche Abmachungen handelt, die nur zwischen den Vertragsparteien ihre Wirkungen entfalten, oder ob es sich um Tarifverträge handelt, die auch normativ wirken<sup>211</sup>. Zwar haben Tarifverträge auch schuldrechtlichen Charakter. Aus dem Wortlaut ergibt sich aber, dass mit „vertraglichen Beziehungen“ i.S.d. Art. 139 EG nicht Tarifverträge gemeint sind, denn vertragliche Beziehungen wirken i.d.R. nur zwischen den Vertragsparteien<sup>212</sup>. In den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen werden demgegenüber andere Begriffe verwendet, um auszudrücken, dass den „vertraglichen Beziehungen“ gleichzeitig normative Wirkung zukommen soll<sup>213</sup>. Des weiteren käme es bei Annahme einer normativen Wirkung der vertraglichen Beziehungen zu Konflikten mit anderen Normativakten.

Dasselbe gilt aber auch für den Begriff „Vereinbarungen“ in Art. 139 EG. Nach Art. 139 Abs. 2 EG können „Vereinbarungen“, aber nicht „vertragliche Beziehungen“ durchgesetzt werden. Daraus könnte folgen, dass den „Vereinbarungen“ ein höherer Stellenwert als den „vertraglichen Beziehungen“ zukommen soll. Insbesondere lässt sich daraus schließen, dass eine Wirkung der Vereinbarung für Dritte aufgrund der Maßnahmen des Art. 139 Abs. 2 EG möglich ist. Allerdings besteht auch hier das schon oben erwähnte Problem des Konflikts mit anderen Normativakten. Solange diesbezüglich keine konkretisierenden Regelungen in Kraft getreten sind, kann nicht angenommen werden, dass Art. 139 EG mit dem Wort „Vereinbarungen“ ein europäisches Tarifvertragssystem schaffen wollte<sup>214</sup>.

Ein weiteres Argument gegen die Gewährleistung eines europäischen Tarifvertragssystems aufgrund von Art. 139 EG ist dessen Verweis auf Art. 137 EG (Art. 139 Abs.2 EG). Denn Art. 137 Abs. 1 EG stellt klar, dass die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft sich auf die Unterstützung und Ergänzung der Tätigkeit der Mitgliedsstaaten beschränkt. Dabei bezieht sich diese Aussage auf den gesamten Art. 137 EG<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Däubler, EuZW 1992, 329, 331.

<sup>212</sup> Däubler, EuZW 1992, 329, 331; Coen in Lenz, Art. 139, Rn. 2.

<sup>213</sup> Däubler, EuZW 1992, 329, 331, Fn. 35.

<sup>214</sup> Schmidt, S. 328/329; Nagel, VI. 5. c); Kempen/Zachert, § 4, Rn. 83 u. 84.

<sup>215</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II. EG-Vertrag, Art. 137, Rn. 2.

## (4) Art. 140 EG: Fördermaßnahmen der Kommission

Art. 140 4. und 7. Spiegelstrich EG enthält Aussagen über Fördermaßnahmen der Kommission, die die Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern voranbringen sollen. Auch dieser Vorschrift kann keine Aussage über den Schutz eines europäischen Tarifvertragsrechts entnommen werden.

c) Sonstige Grundlagen im EG-Vertrag

Auch auf sonstige Rechtssetzungszuständigkeiten innerhalb des EG-Vertrags kann nicht zurückgegriffen werden. Art. 40 EG ist rein wirtschaftspolitisch motiviert<sup>216</sup>. Die Artt. 94, 95 EG führen höchstens zu einer Rechtsangleichung und das auch nur, wenn die nationalen arbeitsrechtlichen Vorschriften sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes auswirken. Dass Annexzuständigkeiten keine Basis für ein eigenständiges Tarifvertragsrecht sein können, ergibt sich schon aus dem Begriff selbst. Art. 308 EG kann grundsätzlich eine derartige Grundlage darstellen. Mit Blick auf das in Art. 5 Abs. 2 EG verankerte Subsidiaritätsprinzip ist dafür aber Voraussetzung, dass die Schaffung eines einheitlichen europäischen Sozialrechts als konkretes Ziel der Gemeinschaft im EG-Vertrag festgeschrieben wird. Die allgemeine Benennung der Sozialpolitik in der Präambel und in Art. 2 EG genügen dafür nicht<sup>217</sup>.

d) Sonstige Grundlagen

Sonstige mögliche Grundlagen beziehen sich nur auf die Koalitionsfreiheit, nicht aber speziell auf das Tarifvertragsrecht. Da sie schon die Koalitionsfreiheit nicht garantieren können, haben sie auch für das Tarifvertragsrecht keine Bedeutung. So verpflichtet Art. 5 Europäische Sozialcharta die Vertragsparteien, Vereinigungsfreiheit zu gewähren. Nach Nr. 11 der Gemeinschaftscharta der

---

<sup>216</sup> Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 58.

<sup>217</sup> Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 64.

Sozialen Grundrechte wird sowohl den Arbeitnehmern als auch den Arbeitgebern in der Europäischen Gemeinschaft Koalitionsfreiheit garantiert. Die Europäische Sozialcharta stellt verbindliches Recht dar<sup>218</sup>, die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte nicht<sup>219</sup>. Auf beide Chartas wird in Art. 136 EG verwiesen. Dieser Verweis führt aber nicht dazu, dass die in den Chartas aufgeführten Bestimmungen zu materiellen sozialen Grundrechten der Gemeinschaft werden<sup>220</sup>. Denn der Wortlaut von Art. 136 EG („eingedenk“) weist nicht darauf hin, dass mit der Vorschrift die Chartas Teil des Primärrechts werden sollten<sup>221</sup>. Da Art. 136 Abs. 1 EG lediglich Programmsätze enthält, kann der Verweis auf die Chartas keine andere Bedeutung haben. Auch die Chartas stellen lediglich Programmsätze dar, die helfen sollen, die in Art. 136 Abs. 1 EG genannten Ziele zu erreichen.

Die Koalitionsfreiheit wird von Art. 11 EMRK garantiert, wobei diese Vorschrift nur für die Vertragsparteien gilt. Über Art. 6 EUV wird die Einhaltung der Menschenrechte und insbesondere der EMRK von der Union garantiert. Dies hat aber nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zur Folge, dass die EMRK zum Grundrechtskatalog der Union wird. Die Grundregeln der EMRK bezieht der EuGH als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ des Gemeinschaftsrechts in seine Rechtsprechung ein<sup>222</sup>. Ebenso wie in Art. 11 EMRK ist die Koalitionsfreiheit in Art. 12 der EU-Grundrechtecharta gewährleistet. Doch auch die EU-Grundrechtecharta entfaltet (noch) keine rechtlich verbindliche Wirkung<sup>223</sup>.

Art. 8 der Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer<sup>224</sup> gewährleistet einen gerichtlich einklagbaren Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte, wenn sich ein Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats besitzt, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats aufhält. Daraus wird deutlich, dass dem europäischen Arbeitnehmer ein Koalitionsrecht nur in

---

<sup>218</sup> Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 242, Rn. 69.

<sup>219</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II, EG-Vertrag, Art. 136, Rn. 33.

<sup>220</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II, EG-Vertrag, Art. 136, Rn. 33 u. 34; Langenfeld in Grabitz/Hilf, Art. 136, Rn. 11; Rebhahn in Schwarze, Artikel 136, Rn. 11..

<sup>221</sup> Langenfeld in Grabitz/Hilf, Art. 136, Rn. 11; Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II, EG-Vertrag, Art. 136, Rn. 34.

<sup>222</sup> Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 242, Rn. 64; Oppermann, § 2, III, Rn. 77.

<sup>223</sup> Schmidt, S. 329.

<sup>224</sup> VO (EWG) Nr. 1612/68.

dem Umfang zusteht, in dem es auch dem jeweiligen inländischen Arbeitnehmer zusteht<sup>225</sup>. Vom Vorliegen eines EG-Tarifvertragsrechts kann somit momentan noch nicht gesprochen werden<sup>226</sup>.

#### **§ 4 Unternehmenseigenschaft der Einrichtungen betrieblicher Altersversorgung**

Ein Schwerpunkt der Urteile Albany u.a. ist die Untersuchung der Unternehmenseigenschaft der Betriebsrentenfonds. Im folgenden werden zunächst Fallgruppen auf ihre Unternehmenseigenschaft hin untersucht, die im Rahmen von Kollektivvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung eine Rolle spielen. Im Anschluss daran werden die Urteile Albany u.a. näher untersucht.

##### **A. Normadressaten des Kartellrechts**

Adressaten des EG-Kartellrechts sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Das gilt auch – von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen (z.B. §§ 17, 22 GWB) – für das GWB. Der Unternehmensbegriff hat somit in beiden Rechtsordnungen zentrale Bedeutung. Beim Unternehmensbegriff handelt es sich um einen autonomen Begriff, der unabhängig von der Begriffsbildung in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu bestimmen ist<sup>227</sup>. Trotzdem sind die Begriffsbestimmungen im deutschen und EG-Kartellrecht fast identisch, so dass die folgenden Ausführungen für beide Rechtsordnungen gelten.

##### **I. Unternehmen**

Der Unternehmensbegriff i.S.d. Kartellrechts ist weit auszulegen<sup>228</sup>. Dabei gilt ein funktionaler Unternehmensbegriff<sup>229</sup>. Demnach kommt es auf die Tätigkeit

---

<sup>225</sup> Krimphove, S. 388.

<sup>226</sup> Fuchs/Marhold, S. 158; Krebber in Calliess/Ruffert, Teil II. EG-Vertrag, Art. 139, Rn. 3; Däubler, EuZW 1992, 329; Krimphove, S. 390; Schmidt, S. 328; Coen in Lenz, Art. 136, Rn. 2.

<sup>227</sup> Weiß in Calliess/Ruffert, Art. 81 EG-Vertrag, Rn. 31; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 5.

<sup>228</sup> Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 16; Bellamy/Child, Rn. 2-003; fürs dt. R. Huber/Baums in FK, § 1 GWB, Rn. 38.

im geschäftlichen Verkehr an, also darauf, wie gehandelt wird. Nach dem EuGH, der Kommission und der europarechtlichen Literatur erfasst der Unternehmensbegriff jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung<sup>230</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH genügt für den Begriff des Unternehmens jede selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, die nicht lediglich dem privaten Verbrauch dient<sup>231</sup>. Mit „wirtschaftlicher Tätigkeit“ bzw. mit „Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr“ ist jede selbstständige, auf den Austausch von Waren oder Dienstleistungen gerichtete erwerbswirtschaftliche Tätigkeit gemeint<sup>232</sup>. Für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft kommt es dabei immer auf die konkret ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit an (relativer Unternehmensbegriff), so dass Unternehmen und Unternehmensträger nicht zwingend identisch sein müssen<sup>233</sup>. Ohne Bedeutung sind das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht<sup>234</sup>, Dauer-

---

<sup>229</sup> EuGH, Urteil v. 19.01.1994 – Rs. C-364/92 – NJW 1994, 2344, Tz.: 18 f (Eurocontrol); Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 14; fürs dt. R. BGH, Beschluss v. 16.12.1976 – Az.: KVR 5/75 – GRUR 1977, 739, 740 (Architekten-Gebühren); Hootz in GK, § 1 GWB, Rn. 12; von Gamm, § 1, Rn. 8.

<sup>230</sup> EuGH, Urteil v. 19.01.1994 – Rs. C-364/92 – NJW 1994, 2344, Tz.: 18 (Eurocontrol); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5863 ff, Tz. 77 (Albany); Urteil v. 17.02.1993 – verb. Rs. C-159/91 u. C-160/91 – Slg. 1993, I-637 ff, Tz. 17 (Poucet und Pistre); Kommission ABl. 1992 Nr. L 326, S. 31, Tz.: 43; Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 20; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV, Rn. 51; Bellamy/Child, Rn. 2-003; Wish, S. 214.

<sup>231</sup> BGH, Urteil v. 29.10.1970 – Az.: KZR 3/70 – GRUR 1971, 171, 172 (Hamburger Volksbühne); Urteil v. 06.11.1972 – Az.: KZR 63/71 – GRUR 1973, 331, 333 (Nahtverlegung); Urteil v. 26.10.1959 – Az.: KZR 2/59 – NJW 1960, 145, 146 (Glasglühkörper); OLG Stuttgart, Urteil v. 28.10.1988 – 2 U 170/87 – ZIP 1989, 60, 61; Zimmer in IM, § 1, Rn. 36; Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 17; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 41.

<sup>232</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 5; Brinker in Schwarze, Artikel 81 EGV, Rn. 24; fürs dt. R. BGH, Urteil v. 06.11.1972 – Az.: KZR 63/71 – GRUR 1973, 331, 333 (Nahtverlegung); Huber/Baums in FK, § 1 GWB, Rn. 41.

<sup>233</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV, Rn. 61; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 81 (1), Rn. 10.

<sup>234</sup> Brinker in Schwarze, Artikel 81 EGV, Rn. 24; Bellamy/Child, Rn. 2-003; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, S. 6; fürs dt. R. Hootz in GK, § 1 GWB, Rn. 14; Huber/Baums in FK, § 1 GWB, Rn. 56.

haftigkeit der jeweiligen Tätigkeit<sup>235</sup>, die Art der Finanzierung<sup>236</sup>, die Eigentumsfrage<sup>237</sup> sowie die rechtliche oder organisatorische Form des Unternehmens<sup>238</sup>. Eine wirtschaftliche Selbstständigkeit wird nicht gefordert<sup>239</sup>. Demgegenüber führt soziale Abhängigkeit dazu, die Unternehmenseigenschaft zu verneinen<sup>240</sup>.

## II. Unternehmensvereinigungen

Auch der Begriff der Unternehmensvereinigung wird weit ausgelegt<sup>241</sup>. Darunter versteht man jeden privat- oder öffentlich-rechtlichen Zusammenschluss mehrerer (konkurrierender) Unternehmen einschließlich der Zusammenschlüsse von Verbänden zur Wahrnehmung übergeordneter gemeinsamer Interessen<sup>242</sup>. Unternehmensvereinigungen sind diejenigen Vereinigungen, die, ohne selbst Unternehmen zu sein, die unternehmerische Tätigkeit anderer beeinflussen<sup>243</sup>. Rechts- bzw. Organisationsform sowie Rechtspersönlichkeit sind unbeachtlich<sup>244</sup>. Unternehmensvereinigungen sind z.B. Vereine, Offene Handelsgesellschaften, Genossenschaften sowie Ärztekammern<sup>245</sup>.

---

<sup>235</sup> Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 28; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 17; a.A. Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 1; Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 21; fürs dt. R. BGH, Urteil v. 26.10.1959 – Az.: KZR 2/59 – NJW 1960 145, 146 (Glasglühkörper); Hootz in GK, § 1 GWB, Rn. 15.

<sup>236</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.08.1998 – Az.: U (Kart) 19/98 – WuW/E DE-R 233, 234 (Inkontinenzhilfen).

<sup>237</sup> Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 1158 Anlage 1), abgedruckt in GK, 1958, S. 1076; Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 13.

<sup>238</sup> Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 1158 Anlage 1), abgedruckt in GK, 1958, S. 1076; BGH, Urteil v. 29.10.1970 – Az.: KZR 3/70 – GRUR 1971, 171, 172 (Hamburger Volksbühne); Urteil v. 26.10.1961 – Az.: KZR 1/61 – NJW 1962, 196, 200 (Gummistrümpfe); Hootz in GK, § 1 GWB, Rn. 14.

<sup>239</sup> Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 48; Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 31.

<sup>240</sup> Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 23.

<sup>241</sup> Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 6 u. 48.

<sup>242</sup> Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 37; Weiß in Calliess/Ruffert, Art. 81 EG-Vertrag, Rn. 48; fürs dt. R. Emmerich, § 3, 6.; Hootz in GK, § 1, Rn. 41.

<sup>243</sup> Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 48; Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 30.

<sup>244</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV, Rn. 83; Hootz in GK, § 1, Rn. 41; Lange, Kap. 2, § 1, Rn. 23.

<sup>245</sup> Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 6; fürs dt. R. BGH, Beschluss v. 22.03.1976 – Az.: GSZ 2/75 – GRUR 1977, 51, 52; Rittner, § 6, Rn. 27.

### III. Ausgewählte Fallgruppen

Bei der Untersuchung von Fallgruppen, die im Rahmen von Kollektivvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung eine Rolle spielen, lassen sich der bisher nur spärlich existierenden Gemeinschaftspraxis Grundsätze entnehmen, die im wesentlichen mit den Ansichten im deutschen Recht übereinstimmen.

#### 1. Akteure im Arbeitsrecht

##### a) Arbeitnehmer

Die h.M. geht davon aus, dass Arbeitnehmer keine Unternehmen sind, wenn sie Verträge zur Regelung ihrer Arbeitsbedingungen schließen, auch wenn es sich dabei um wettbewerbsbeschränkende Abreden handeln sollte. Dies wird damit begründet, dass abhängig Beschäftigte keine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben<sup>246</sup>. Vor der 6. GWB-Novelle konnte man sich im deutschen Recht auch darauf berufen, dass es sich bei der Erbringung der Arbeitsleistungen durch Arbeitnehmer gerade nicht um „gewerbliche Leistungen“ i.S.d. § 1 GWB a.F. handelte<sup>247</sup>.

Unternehmenseigenschaft liegt aber dann vor, wenn sich Arbeitnehmer außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses selbst wirtschaftlich betätigen, wobei sie in diesem Fall nicht als Arbeitnehmer auftreten<sup>248</sup>.

Es wird aber auch die Ansicht vertreten, dass das Angebot von Arbeitsleistungen durch (potentielle) Arbeitnehmer am Markt eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, der Arbeitnehmer in diesem Fall somit Unternehmer ist<sup>249</sup>. Da dieses Angebot von Arbeitskraft aber gerade deshalb erfolgt, um sich den Lebensun-

---

<sup>246</sup> Kommission, ABl. 1984 C 222/21; 1990 C 328/3; Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 23; Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 7; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, S. 7; fürs dt. R. BAG, Urteil v. 29.04.1966 – Az.: 2 AZR 460/65 – NJW 1966, 1677, 1678; Monopolkommission, Hauptgutachten X, 1992/1993, Anm. 883; Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 27; Zimmer in I/M, § 1, Rn. 27 u. 37; Rieble, Rn. 428 f; Poth, NZA 1989, 626, 629 f; Hendriks, S. 42; Rittner, § 6, Rn. 4.

<sup>247</sup> BAG, Urteil v. 29.04.1966 – Az.: 2 AZR 460/65 – NJW 1966, 1677, 1678; Zimmer in I/M, § 1, Rn. 37; Poth, S. 68; Schmude, S. 82.

<sup>248</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 27; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 75.

<sup>249</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 24; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 20.

terhalt zu verdienen, somit den privaten Verbrauch des Arbeitnehmers zu ermöglichen, muss auch hier die Unternehmenseigenschaft verneint werden<sup>250</sup>.

b) Gewerkschaften

(1) Unstreitige Sachverhalte

Gewerkschaften sind als Unternehmen anzusehen, wenn sie selbstständig im geschäftlichen Verkehr handeln, z.B. indem sie in Konkurrenz zu anderen Unternehmen auf dem Gütermarkt ihren Mitgliedern bestimmte wirtschaftliche Leistungen anbieten, als Nachfrager nach wirtschaftlichen Leistungen auftreten oder das Verhalten ihrer Mitglieder auf dem Gütermarkt koordinieren<sup>251</sup>. Soweit Gewerkschaften für ihre Mitglieder als Nachfrager nach wirtschaftlichen Leistungen auftreten, kann die Gewerkschaft nicht lediglich als Vertreter jedes einzelnen Arbeitnehmers und die Verhandlung mit den Unternehmen somit nicht als Teil der Deckung des privaten Bedarfs des jeweiligen Arbeitnehmers angesehen werden. Denn die jeweiligen gewerblichen Leistungen sollen einer Vielzahl von Arbeitnehmern zugänglich gemacht werden. Das geht über die Vertretung des einzelnen Arbeitnehmers bei privater Bedarfsdeckung hinaus<sup>252</sup>.

Auf Gewerkschaften findet Kartellrecht demgegenüber solange keine Anwendung, als sie als Tarifpartner und somit bei der Regelung von Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder tätig sind<sup>253</sup>. In diesem Fall liegt zumindest keine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr vor, da die Tätigkeit allein den Status ihrer Mitglieder als sozial abhängige Arbeitnehmer berührt. Da Arbeitnehmer keine Unter-

---

<sup>250</sup> So auch Rieble, Rn. 429.

<sup>251</sup> Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 76; Poth, S. 82 f; Rieble, Rn. 438; Schiek in Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 464, 478.

<sup>252</sup> Ähnlich der Fall BGH, Urteil v. 29.10.1970 – Az.: KZR 3/70 – GRUR 1971, 171, 172 (Hamburger Volksbühne).

<sup>253</sup> Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 4; Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 7; Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 23; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 20; Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht, S. 7; fürs dt. R. BAG, Urteil v. 29.04.1966 – Az.: 2 AZR 460/65 – NJW 1966, 1677, 1678; BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Az.: 1 AZR 404/88 – BAGE 62, 171, 185; Poth, S. 83 f u. 85; ders. in NZA 1989, 626, 630; Roth, FIW, 1990, 7, 13; Immenga, S. 46; Bechthold, RdA 1983, 99; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 76; Hendriks, S. 42; Vaubel, S. 23.

nehmen sind, kann es sich bei einer Gewerkschaft auch nicht um eine Vereinigung von Unternehmen handeln<sup>254</sup>.

(2) Streitpunkt: Gütermarktregelung und Auswirkungen auf den Gütermarkt

i. Meinungen in der Literatur

Die h.M. geht davon aus, dass Gewerkschaften dann Unternehmen sind, wenn sie sich beim Abschluss von Tarifverträgen nicht auf die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen beschränken, sondern das Gütermarktverhalten des Arbeitgebers mitregeln<sup>255</sup>. Des weiteren wird vertreten, dass die Unternehmenseigenschaft auch dann vorliege, wenn es um den Abschluss von Tarifverträgen zur Regelung von Arbeitsbedingungen geht, die sich auf die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitgebers auswirken<sup>256</sup>. Derartige Tarifverträge liegen vor, wenn sie von den betroffenen Unternehmen nur durch ein bestimmtes, auf den Gütermarkt bezogenes Verhalten erfüllt werden können. Voraussetzung für eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr sei danach nicht notwendig die eigene Betätigung als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder gewerblichen Leistungen. Vielmehr genüge die gezielte Einflussnahme auf den Einsatz von Wettbewerbsparametern im Markt durch Dritte<sup>257</sup>. Im Rahmen des deutschen Rechts wird auf die ratio legis des GWB verwiesen, das umfassend die Wettbewerbsfreiheit aller Marktteilnehmer schützen wolle<sup>258</sup>. Außerdem wird die Rechtsprechung des BGH angeführt, der Personen, die im übrigen nicht unternehmerisch

---

<sup>254</sup> Monopolkommission, Hauptgutachten X, 1992/1993, Anm. 883; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 76.

<sup>255</sup> Z.B. Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 20; Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 23; von Wallwitz, S. 150 f; fürs dt. R. Kulka, WuW 1987, 5, 17 f; ders. RdA 1988, 336, 338 f; Nacken, WuW 1988, 475, 484; Roth, FIW, 1990, 7, 13 f; Burkhardt, D. VI, Rn. 95; Immenga, S. 46 ff; Vaubel, S. 21; Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 28; Hendriks, S. 59/60; Jäger, S. 138 ff.

<sup>256</sup> Siehe dazu z.B. Roth/Ackermann in FK, Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Grundfragen, Rn. 26 ff.

<sup>257</sup> Immenga, S. 47 ff; Roth, FIW, 1990, 7, 14; Kulka, WuW 1987, 5, 18; ders. RdA 1988, 336, 339.

<sup>258</sup> Immenga, S. 48.

tätig seien, nur aufgrund eines Eingriffs in das Marktgeschehen eines Dritten als Unternehmen ansähe<sup>259</sup>.

ii. Stellungnahme: Gewerkschaften keine Unternehmen

Gewerkschaften können beim Abschluss gütermarktregelnder Tarifverträge nicht als Unternehmen angesehen werden<sup>260</sup>. Denn selbst hier geht es lediglich um eine Tätigkeit, die die Erfüllung der den Mitgliedern gegenüber bestehenden Verpflichtungen betrifft, nicht aber um eine Tätigkeit des Leistungswettbewerbs<sup>261</sup>. Dies stellt auch keinen Widerspruch zum funktionalen Unternehmensbegriff dar. Zwar wird dabei auf die konkrete Tätigkeit abgestellt, so dass man vertreten könnte, beim Abschluss von Tarifverträgen müsse für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft immer auf die Verhandlung über die jeweilige Bestimmung des Tarifvertrags abgestellt werden<sup>262</sup>. Doch würde hier ein einheitlicher, nicht-unternehmerischer Vorgang unnatürlich aufgespalten. Es ist nicht zu befürworten, eine Gewerkschaft bei Abschluss eines Tarifvertrags je nach zu verhandelnder Bestimmung einmal als Unternehmen, ein anderes mal nicht als Unternehmen anzusehen. Es muss vielmehr auf die Tätigkeit „Abschluss eines Tarifvertrags“ abgestellt werden. Des weiteren handelt es sich auch dann um die den Mitgliedern geschuldete Tätigkeit, wenn es sich um eine gütermarktregelnde Bestimmung des Tarifvertrags handelt. Wenn schon bei gütermarktregelnden Tarifverträgen die Gewerkschaft kein Unternehmen ist, dann ist sie das erst recht nicht beim Abschluss von Tarifverträgen, die zwar Arbeitsbedingungen regeln, sich aber auf den Gütermarkt auswirken<sup>263</sup>. Denn für das Vorliegen eines Unternehmens kommt es auf jede selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr an. Die Rechtsprechung des BGH führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Zwar stimmen die dort behandelten Fälle darin mit der vorliegenden Problematik überein, dass ein Nicht-Unternehmen auf ein Unternehmen Einfluss nimmt. Allerdings konnte der BGH zur Annahme der Unter-

---

<sup>259</sup> BGH, Urteil v. 05.05.1981 – Az.: KZR 9/80 – WuW/E BGH 1841, 1842 f (Ganser-Dahlke); Urteil v. 14.07.1980 – KZR 19/79 – WuW/E BGH 1745, 1746 f (Mallendarer Bürgerstube); Kulka, RdA 1988, 336, 339; Immenga, S. 49; Roth, FIW, 1990, 7, 14.

<sup>260</sup> Rieble, Rn. 451 ff.

<sup>261</sup> Rieble, Rn. 451; Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 464, 478.

<sup>262</sup> So z.B. Kulka, RdA 1988, 336, 339.

<sup>263</sup> So auch Rieble, Rn. 525 ff; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 78 ff; Poth, NZA 1989, 626, 630.

nehmenseigenschaft dieser ursprünglichen Nicht-Unternehmen deshalb kommen, weil sie tatsächlich auch auf die geschäftliche Tätigkeit direkt Einfluss genommen haben. Im Falle eines Tarifvertrags, der zur Regelung der Arbeitsbedingungen abgeschlossen wird, sich aber auf den Gütermarkt auswirkt, wird die Gewerkschaft lediglich im Rahmen der Regelung der Arbeitsbedingungen und somit nicht geschäftlich tätig. Geschäftlicher Natur sind lediglich die Auswirkungen der nicht-geschäftlichen Tätigkeit.

Die Frage, ob Gewerkschaften beim Abschluss von Tarifverträgen als Unternehmen i.S.v. § 1 GWB anzusehen sind, ist im übrigen im deutschen Recht seit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle nicht mehr von Bedeutung. § 1 GWB stellt seitdem ausdrücklich darauf ab, dass „Vereinbarungen zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen“ vorliegen müssen, die auch eine Beschränkung eben dieses Wettbewerbs bezwecken und bewirken müssen.

c) Arbeitgeber

Arbeitgeber sind Unternehmen, wenn sie sich am Markt wirtschaftlich betätigen<sup>264</sup>. Die Unternehmenseigenschaft fehlt nach wohl h.M. aber, wenn Arbeitgeber lediglich als Tarifpartner tätig werden und sich auf die Regelung der Arbeitsbedingungen beschränken<sup>265</sup>. In diesem Fall stellt ein Arbeitgeberverband auch keine Unternehmensvereinigung dar.

Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Arbeitgeber schließen Tarifverträge nicht nur der sozialpolitischen Ziele wegen. In erster Linie geht es ihnen darum, Arbeitskämpfe zu vermeiden. Bei den Verhandlungen mit den Gewerkschaften versuchen Arbeitgeber, möglichst ihre Interessen zu vertreten. Bei diesen handelt es sich aber hauptsächlich um die Interessen eines Unternehmers am Fortbestand seines Unternehmens und an der Verbesserung der wirtschaftlichen Situation desselben. Dass dazu natürlich auch die soziale Sicherheit der Arbeit-

---

<sup>264</sup> GA Jacobs, Schlussanträge vom 28.01.1999 – der Rs. C-67/96 (Albany), verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz. 228; Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 29.

<sup>265</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 29; unklar Emmerich in Dausen, H.I § 1, Rn. 59; ebenso Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 23; Kommission ABl. 1986 L 295/28, Tz. 14 (Irish Banks' Standing Committee); fürs dt. R. z.B. Roth, FIW, 1990, 7, 13.

nehmer gehört, wird dem Arbeitgeber bewusst sein, weshalb bis zu einem gewissen Maße auch sozialpolitische Ziele verfolgt werden. Diese werden aber die Interessen des Arbeitgebers als Unternehmer nicht überwiegen. Aufgrund dieses untrennbaren Zusammenhangs zwischen der Beteiligung von Arbeitgebern an Tarifverhandlungen und den Auswirkungen dieser Verhandlungen auf die wirtschaftlichen Bedingungen des Unternehmens müssen Arbeitgeber beim Abschluss von Tarifverträgen, auch wenn damit Arbeitsbedingungen geregelt werden, als Unternehmen eingestuft werden<sup>266</sup>.

d) Arbeitgeberverband

Soweit der Arbeitgeberverband selbstständig im wirtschaftlichen Verkehr tätig wird, ist er Unternehmen i.S.d. GWB. Teile des Schrifttums sehen den Arbeitgeberverband als Unternehmensvereinigung an, weil in ihm Arbeitgeber versammelt sind, deren Unternehmenseigenschaft sich nicht von deren Eigenschaft als Arbeitgeber trennen lasse<sup>267</sup>. Dem ist eingeschränkt zu folgen<sup>268</sup>. Denn es muss nach wie vor jeweils überprüft werden, ob tatsächlich eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Da Arbeitgeber beim Abschluss von Tarifverträgen als Unternehmen anzusehen sind<sup>269</sup>, ist auch der Beschluss des Arbeitgeberverbandes, einen Tarifvertrag abzuschließen, der Beschluss einer Unternehmensvereinigung<sup>270</sup>.

e) Betriebsräte und Sprecherausschüsse

Auch Betriebsräte und Sprecherausschüsse nach dem SprAuG sind beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen und Vereinbarungen über Richtlinien wie

---

<sup>266</sup> So auch von Wallwitz, S. 151 f; GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 235 f; fürs dt. R. Jäger, S. 136 f; Hendriks, S. 44 f; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 77; Immenga, S. 36.

<sup>267</sup> Bechthold, RdA 1983, 99; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 77; Hendriks, S. 45; Poth, S. 80 ff.

<sup>268</sup> So auch Immenga, S. 37.

<sup>269</sup> Siehe § 4 B. III. 2. c).

<sup>270</sup> So auch Jäger, S. 137 f; Säcker/Oetker, § 5, C. I., S. 209; einschränkend Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 466, 478.

Gewerkschaften keine Unternehmen, selbst wenn sich diese Vereinbarungen auf den Gütermarkt auswirken oder diesen regeln sollten.

f) Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Bei Gemeinsamen Einrichtungen zur betrieblichen Altersversorgung i.S.v. § 4 Abs. 2 TVG (z.B. ZVK des Baugewerbes) ist fraglich, ob es sich ebenfalls um Unternehmen handelt. Zweck von Gemeinsamen Einrichtungen ist es, bestimmte Pflichten aus den Arbeitsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herauszulösen, auf die Gemeinsame Einrichtung zur selbstständigen Erledigung zu übertragen und sie somit zu vergemeinschaften<sup>271</sup>. Hierzu tritt die Gemeinsame Einrichtung in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu den Arbeitgebern und Arbeitnehmern und lässt damit zu ihnen eigenständige Rechtsverhältnisse entstehen<sup>272</sup>. Die Gemeinsame Einrichtung setzt einen gewissen Grad an Institutionalisierung voraus<sup>273</sup>. Somit handelt es sich bei ihr um eine organisatorisch verselbstständigte Größe<sup>274</sup>. Sie kann einer aktiven Geschäftstätigkeit nachgehen. Aufgrund dieser Merkmale könnte die Meinung vertreten werden, dass es sich bei Gemeinsamen Einrichtungen um Unternehmen handelt, wenn sie im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung tätig sind.

Trotzdem darf sich die Gemeinsame Einrichtung nicht völlig verselbständigen. Gemeinsame Einrichtungen sind Organisationen, die von den Tarifvertragsparteien geschaffen oder übernommen wurden, von ihnen abhängig sind und deren Zweck und Organisationsstruktur durch Tarifvertrag festgelegt ist<sup>275</sup>. Träger der Gemeinsamen Einrichtung sind die Tarifvertragsparteien<sup>276</sup>. Diese müssen Zweck und Organisationsstruktur der Gemeinsamen Einrichtung festlegen, was zumeist im Tarifvertrag geschieht; des weiteren müssen sie Regeln für das Vorgehen der Gemeinsamen Einrichtung setzen sowie Weisungen an deren

---

<sup>271</sup> Kempen/Zachert, § 4, Rn. 138.

<sup>272</sup> Hensche in Däubler, TVG, § 1, Rn. 944.

<sup>273</sup> Däubler, Rn. 1132.

<sup>274</sup> Kempen/Zachert, § 4, Rn. 138.

<sup>275</sup> BVerfG, Urteil v. 15.07.1980, BVerfGE 55, 7, 9; Oetker in Wiedemann, § 1, Rn. 610; Däubler, Rn. 1131; Gamillscheg, § 15 IX. 3. (1), S. 620.

<sup>276</sup> Hensche in Däubler, TVG, § 1, Rn. 935.

Organe erteilen und diese somit kontrollieren<sup>277</sup>. Das kann z.B. durch paritätisch besetzte Organe und Gremien geschehen<sup>278</sup>. Aufgrund von § 4 Abs. 2 TVG kann die Satzung der Gemeinsamen Einrichtung von den Tarifvertragsparteien normativ geregelt werden<sup>279</sup>. Die Regelung von Details kann demgegenüber auf die Organe übertragen werden<sup>280</sup>. Aufgrund dieser Merkmale wird deutlich, dass Gemeinsame Einrichtungen keiner selbstständigen Tätigkeit nachgehen können; dabei ist die organisatorische Selbstständigkeit irrelevant. Auch die selbstständige Erledigung der Aufgaben, die auf die Gemeinsame Einrichtung übertragen wurden, spricht nicht dagegen, da die Tarifvertragsparteien ein Kontroll- und Weisungsrecht haben. Gemeinsame Einrichtungen sind demnach keine Unternehmen i.S.d. Kartellrechts.

g) Tarifvertragsparteien als Unternehmen in diesem Fall?

Diese Besonderheiten bei Gemeinsamen Einrichtungen dürfen aber nicht dazu führen, dass Kartellrecht auf deren Tätigkeiten keine Anwendung findet. Vielmehr muss in diesem Fall auf die Tarifvertragsparteien abgestellt werden. Handelt es sich bei der auf die Gemeinsame Einrichtung übertragenen Aufgabe um eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit (z.B. Durchführung der betrieblichen Altersversorgung als Pensionskasse), sind im Rahmen der Ausübung dieser Tätigkeit die Tarifvertragsparteien Unternehmen. Dies gilt auch, wenn sie im Tarifvertrag Regeln für das Vorgehen der Gemeinsamen Einrichtung festlegen, denn in diesem Fall werden keine Arbeitsbedingungen geregelt, sondern die Struktur der Gemeinsamen Einrichtung bestimmt.

## 2. Sozialversicherungsträger

Bei dieser Fallgruppe muss aufgrund der noch bestehenden Unterschiede zwischen dem EG- und dem deutschen Kartellrecht unterschieden werden.

---

<sup>277</sup> BAG, Urteil v. 25.01.1989 – Az.: 5 AZR 43/88 – AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG; Däubler, Rn. 1134; Oetker in Wiedemann, § 1, Rn. 612; Hensche in Däubler, TVG, § 1, Rn. 938 ff.

<sup>278</sup> Hensche in Däubler, TVG, § 1, Rn. 938.

<sup>279</sup> Löwisch/Rieble, § 4, Rn. 114.

<sup>280</sup> Hensche in Däubler, TVG, § 1, Rn. 940.

a) EG-Kartellrecht

Für die Unternehmenseigenschaft einer Einrichtung, die ein System der sozialen Sicherheit verwaltet, kommt es darauf an, nach welchen Grundsätzen das besagte System arbeitet. Der EuGH hat in zwei Urteilen diese Grundsätze herausgearbeitet. In der Rechtssache „Poucet und Pistre“<sup>281</sup> ging es um die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft zweier Einrichtungen, von denen die eine mit der Verwaltung eines Versicherungssystems für Krankheit und Mutterschaft, die andere mit der Verwaltung eines Altersversicherungssystems betraut war. Die Mitgliedschaft in diesen Systemen war obligatorisch. Sie dienten einem sozialen Zweck und beruhten auf dem Grundsatz der Solidarität. Dies kam im Versicherungssystem für Krankheit und Mutterschaft z.B. dadurch zum Ausdruck, dass sich die Beiträge nach den Einkünften aus Berufstätigkeit und Altersrenten richteten, die Leistungen aber für alle Empfänger gleich waren. Im Rahmen des Altersversicherungssystems zeigte sich diese Solidarität z.B. darin, dass erwerbstätige Arbeitnehmer durch ihre Beitragsleistungen die Renten der im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer finanzierten. Die Solidarität bestand auch zwischen den Systemen selbst, denn die Systeme, die Überschüsse erwirtschaftet hatten, beteiligten sich an der Finanzierung der strukturell schwächeren Systeme. Der EuGH verneinte auf Grundlage dieser Umstände die Unternehmenseigenschaft der Einrichtungen, die diese Systeme der sozialen Sicherheit verwalteten.

Demgegenüber war Gegenstand des Verfahrens in der Rechtssache „Fédération française des sociétés d'assurance“<sup>282</sup> ein Zusatzrentensystem, das durch Rechtsvorschrift eingeführt worden war. Die Mitgliedschaft in diesem System war freiwillig. Das System arbeitete nach dem Kapitalisierungsprinzip. Die gewährten Leistungen richteten sich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern geleisteten Beiträge sowie nach den Erträgen der Investitionen, die durch die das System verwaltende Einrichtung vorgenommen wurden. Hier bejahte der Gerichtshof die Unternehmenseigenschaft.

---

<sup>281</sup> EuGH, Urteil v. 17.02.1993 – verb. Rs. C-159/91 u. C-160/91 – Slg. 1993, I-637 ff (Poucet und Pistre).

<sup>282</sup> EuGH, Urteil v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Slg. 1995, I-4013 ff (Fédération française des sociétés d'assurance).

Letzten Endes ist für den EuGH somit der Grad der Solidarität des jeweiligen Systems ausschlaggebend<sup>283</sup>. Ob Solidarität i.d.S. vorliegt, wird anhand von Indizien entschieden (z.B. Verhältnis von Beiträgen und Leistungen, staatliche Kontrolle über die Höhe der Leistungen und Beiträge<sup>284</sup>). Steht das System einer privatwirtschaftlichen Versicherung näher als einem Sozialversicherungsträger, so ist die Unternehmenseigenschaft zu bejahen. Diese Grundsätze wurden vom EuGH im Laufe der Zeit konkretisiert und gefestigt<sup>285</sup>. Die Literatur folgt diesem Ansatz im wesentlichen<sup>286</sup>.

## b) Deutsches Kartellrecht

Hier ist zunächst zu prüfen, ob das GWB überhaupt Anwendung findet, bevor der Unternehmensbegriff zu untersuchen ist.

### (1) Anwendbarkeit des GWB

Ursprünglich wurde für die Beurteilung der Anwendbarkeit des GWB darauf abgestellt, ob sich Sozialversicherungsträger im Rahmen der Leistungsbeziehungen der Mittel des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts bedienen<sup>287</sup>. Bedienten sie sich der Mittel des öffentlichen Rechts, so fand das GWB keine Anwendung, da die Wettbewerbsbeziehungen in Übereinstimmung mit den Leistungsbeziehungen beurteilt wurden<sup>288</sup>. In neuerer Zeit wird demgegenüber zwischen Leistungs- und Wettbewerbsbeziehungen unterschieden<sup>289</sup>. Vorausgesetzt, es greifen keine öffentlich-rechtlichen Sonderregelungen ein, findet das

---

<sup>283</sup> Schwarze, EuZW 2000, 613, 616.

<sup>284</sup> Lange, WuW 2002, 953, 961.

<sup>285</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 77 ff (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 77 ff (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 67 ff (Drijvende Bokken); EuGH, Urteil v. 22.01.2002 – Rs. C-218/00 – Slg. 2002, I-691, Tz.: 31 ff (INAIL).

<sup>286</sup> Brinker in Schwarze, Artikel 81 EGV, Rn. 25; Weiß in Calliess/Ruffert, Art. 81 EG-Vertrag, Rn. 36; Lange, WuW 2002, 953, 961; Penner, NZS 2003, 234, 237f; kritisch Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 49.

<sup>287</sup> Jungbluth in Langen/Bunte, § 130 Abs. 1, Rn. 9; Weisser in FK, GWB 1999 § 130 Abs. 1, Rn. 38.

<sup>288</sup> Emmerich in IM, § 130 Abs. 1, Rn. 13 i.V.m. Rn. 11; Weisser in FK, GWB 1999 § 130 Abs. 1, Rn. 38.

<sup>289</sup> Jungbluth in Langen/Bunte, § 130 Abs. 1, Rn. 10; Zimmer in IM, § 1, Rn. 28.

GWB immer dann auf die Wettbewerbsbeziehungen Anwendung, wenn die Sozialversicherungsträger neben privaten Unternehmen Leistungen auf dem Markt anbieten, zwischen denen die Nachfrager frei wählen können<sup>290</sup>. Dabei ist gleichgültig, ob die Leistungsbeziehungen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelt sind<sup>291</sup>. Unter die Sonderregelungen fällt die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben<sup>292</sup>. Innerhalb dieser Fallgruppe bestehen allerdings noch Unsicherheiten dahingehend, was genau unter der „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ zu verstehen ist. Unstreitig dürfte sein, dass die ausschließliche Erfüllung hoheitlicher Aufgaben zur Unanwendbarkeit des GWB führt, soweit diese durch Gesetz übertragen wurden<sup>293</sup>. Das GWB tritt in diesem Fall nur insoweit zurück, als es die Erreichung der öffentlich-rechtlichen Ziele vereiteln würde<sup>294</sup>. Allerdings ist besonders darauf zu achten, ob nicht gesetzliche Bestimmungen zur Unanwendbarkeit des GWB führen (so z.B. § 69 SGB V).

## (2) Unternehmenseigenschaft

Wurde auf diese Art und Weise festgestellt, dass das GWB anwendbar ist, muss als nächstes geprüft werden, ob die Sozialversicherungsträger bei der konkreten Betätigung tatsächlich Unternehmen i.S.d. GWB sind. Hierzu enthält § 130 Abs. 1 S. 1 GWB die Aussage, dass das GWB auch auf „Unternehmen“ Anwendung findet, „die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden“. Daraus und aus dem funktionalen Unternehmensbegriff folgt, dass hier kein anderer Unternehmensbegriff gilt als für sonstige Wirtschaftssubjekte<sup>295</sup>.

---

<sup>290</sup> Emmerich in IM, § 130 Abs. 1, Rn. 13 i.V.m. Rn. 11; Weisser in FK, GWB 1999 § 130 Abs. 1, Rn. 40.

<sup>291</sup> Emmerich in IM, § 130 Abs. 1, Rn. 13 i.V.m. Rn. 11; Autenrieth in GK, § 98 Abs. 1, Rn. 26.

<sup>292</sup> Möschel, § 4, Rn. 107; Autenrieth in GK, § 98 Abs. 1, Rn. 33 ff.

<sup>293</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 22; Hootz in GK, § 1, Rn. 18; Jungbluth in Langen/Bunte, § 130 Abs. 1, Rn. 30; Autenrieth in GK, § 98 Abs. 1, Rn. 33; Möschel, § 4, Rn. 107.

<sup>294</sup> Weisser in FK, GWB 1999 § 130 Abs. 1, Rn. 51.

<sup>295</sup> Autenrieth in GK, § 98 Abs. 1, Rn. 24.

### 3. Mitgliedsstaaten nach EG-Recht

Das EG-Kartellrecht richtet sich des weiteren auch an die Mitgliedsstaaten. Rechtsgrundlage für die wettbewerbsrechtlichen Pflichten der Mitgliedsstaaten sind dabei Art. 86 und die Artt. 10 Abs. 2, 3 lit. g, 81, 82 EG. Die kartellrechtlichen Grundsätze werden im Laufe der Arbeit im Zusammenhang mit Handlungen des Mitgliedsstaats im Rahmen der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung dargestellt.

## **B. Stellungnahme zu den Urteilen Albany u.a.**

Die in den Urteilen Albany u.a. betroffenen Betriebsrentenfonds wurden vom EuGH als Unternehmen angesehen<sup>296</sup>.

### **I. Fortsetzung der Rechtsprechung des EuGH**

Die Urteile Albany u.a.<sup>297</sup> stellen eine Fortsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger dar. Grundsätzlich gilt der funktionale Unternehmensbegriff, der aber nicht allein ausschlaggebend ist. Es wird deutlich, dass bei der Überprüfung der Unternehmenseigenschaft jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind<sup>298</sup>. Die zu beurteilenden Betriebsrentenfonds entsprachen nicht vollständig den Einheiten, die in den Urteilen Poucet und Pistre bzw. FFSA zur Überprüfung standen. Im Unterschied zu Poucet und Pistre handelte es sich bei den Verfahren Albany u.a. nicht um eine Pflichtversicherung. Die Beiträge sind nicht gesetzlich bestimmt und erwirtschaftete Überschüsse werden nicht auf schwächere Einrichtungen umverteilt. Andererseits wurde bei den in den Verfahren Albany u.a. betroffenen Fonds die Pflichtmitgliedschaft angeordnet, von der wiederum eine Freistellung möglich ist. Des weiteren sind auch hier Solidaritätsgesichtspunkte gegeben. Trotzdem können folgende Beurteilungskriterien als mittlerweile gefestigt angesehen werden, bei deren kumulativem Vorliegen –

---

<sup>296</sup> Siehe dazu ausführlich § 1 A II 3..

<sup>297</sup> Siehe § 1 A. II. 3..

<sup>298</sup> So hinsichtlich ergänzenden Rentensystemen auch Stürmer, ZTR 2000, 293, 294.

wie bei den vorliegenden Sachverhalten – von der Unternehmenseigenschaft der betroffenen Einheit auszugehen ist:

- Es handelt sich um eine freiwillige Zusatzversicherung. Aufgrund der Freiwilligkeit sieht der EuGH den Grundsatz der Solidarität nur als begrenzt verwirklicht<sup>299</sup>. Demgegenüber wird die Pflichtmitgliedschaft bei einem Sozialversicherungsträger als notwendige Folge der Anwendung des Solidaritätsgrundsatzes gesehen<sup>300</sup>.
- Die Finanzierung erfolgt auf Basis des Kapitalisierungsprinzips.
- Die Höhe der Beiträge und Leistungen wird durch die Einrichtung selbst bzw. die Höhe der Leistungen auch durch die Erträge der getätigten Anlage bestimmt, wobei die Einheit in letzterem Fall der Aufsicht der Versicherungskammer unterliegt.
- Bei angeordneter Pflichtmitgliedschaft bestehen Freistellungsmöglichkeiten. Auch hier scheint der Gedanke der nur begrenzten Solidarität eine Rolle zu spielen<sup>301</sup>.

## II. Kritik

Die Bejahung der Unternehmenseigenschaft der Betriebsrentenfonds ist im Ergebnis, aber nicht mit der vom EuGH gegebenen Begründung zu begrüßen<sup>302</sup>.

### 1. Abweichung vom funktionalen Unternehmensbegriff

Die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft von Einrichtungen, die im Allgemeininteresse stehende Aufgaben erfüllen, erfolgt nicht nach einheitlichen Kriterien. So bejahte der Gerichtshof die Unternehmenseigenschaft in einigen Fällen mit der Begründung, dass eine bestimmte Tätigkeit nicht stets von öffent-

---

<sup>299</sup> EuGH, Urteil v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Slg. 1995, I-4013, Tz.: 19 (Fédération française des sociétés d'assurance).

<sup>300</sup> EuGH, Urteil v. 17.02.1993 – verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 – Slg. 1991, I-637, Tz.: 13 (Poucet und Pistre).

<sup>301</sup> So auch Berg, EuZW 2000, 170, 172.

<sup>302</sup> Gyselen, CMLR 2000, 425, 439; Berg, EuZW 2000, 170, 172; Büdenbender, ZIP 2000, 34, 46; Haverkate/Huster, Rn. 483 ff; Eichenhofer, NJW 1993, 2597, 2598; Giesen, S. 121 ff; a.A. wohl Bieback, EWS 1999, 361, 362; a.A. auch Penner, NZS 2003, 234, 237 f (zur Entscheidung INAIL).

lichen Einrichtungen ausgeführt wurde und auch nicht notwendig von solchen Einrichtungen ausgeführt werden muss<sup>303</sup>. In anderen Fällen wurde die Unternehmenseigenschaft verneint, wenn eine Einrichtung typischerweise hoheitliche Vorrechte ausübte<sup>304</sup>. Hier ist der Bezug zur eigentlichen Tätigkeit gegeben; es wird nicht die Einrichtung selbst beurteilt.

Bei den in den Urteilen Poucet und Pistre, FFSA und Albany u.a. angewandten Kriterien handelt es sich demgegenüber eher um die Beschreibung der Merkmale des Renten- bzw. Krankensystems und nicht um solche der Tätigkeit der Einrichtungen, die diese Systeme verwalten<sup>305</sup>. So wurde z.B. festgestellt, dass sich die Beiträge nach dem Verdienst richten, das Umlageverfahren gilt oder dass eine freiwillige Mitgliedschaft besteht<sup>306</sup>. Allerdings wendet der Gerichtshof diese Kriterien im Urteil FFSA an, um festzustellen, dass die betroffene Einrichtung im Wettbewerb mit Lebensversicherungsunternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt<sup>307</sup>. Der Gerichtshof scheint hier also zumindest auch die Tätigkeit der Einrichtung zu beurteilen. Für die Konkretisierung der Tätigkeit wendet der EuGH allerdings wiederum Kriterien an, die eher die Einrichtung als solche beschreiben. Ob eine Pflichtmitgliedschaft besteht oder die Mitgliedschaft auf Freiwilligkeit beruht, kann in diesem Fall keine Rolle spielen, da auch bei einer Pflichtversicherung Wettbewerb zwischen den einzelnen Versicherungsunternehmen besteht. Das gleiche gilt für das Kriterium, ob ein System nach dem Kapitalisierungs- oder Umlageprinzip funktioniert. Letzteres kann durchaus auch bei einer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Anwendung kommen<sup>308</sup>. Zwar bestehen zwischen den Sachverhalten der soeben angeführten Urteile Unterschiede. Allein diese Tatsache kann aber nicht dazu führen, dass einmal die Tätigkeit als solche, ein anderes Mal die betroffene Einheit beurteilt wird. Denn je nachdem, gelangt man zu unterschiedlichen Ergebnissen. Beurteilt man z.B. die ZVK des Baugewerbes anhand der Merkmale, die die

<sup>303</sup> EuGH, Urteil v. 23.04.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979, Tz.: 22 (Höfner und Elser); Urteil v. 11.12.1997 – Rs. C-55/96 – Slg. 1997, I-7119, Tz.: 22 (Job Centre).

<sup>304</sup> EuGH, Urteil v. 19.01.1994 – Rs. C-364/92 – NJW 1994, 2344, Tz.: 30 (Eurocontrol); Urteil v. 18.03.1997 – Rs. C-343/95 – Slg. 1997, I-1580, Tz.: 23 (Diego Cali).

<sup>305</sup> Gyselen, CMLR 2000, 425, 439; Berg, EuZW 2000, 170, 172; Eichenhofer, NJW 1993, 2597, 2598; Haverkate in Haverkate/Weiss/Huster/Schmidt, Fall 9, S. 276 f.

<sup>306</sup> EuGH, Urteil v. 17.02.1993 – verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 – Slg. 1991, I-637, Tz.: 10ff (Poucet und Pistre); EuGH, Urteil v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Slg. 1995, I-4013, Tz.: 17 (Fédération française des sociétés d'assurance).

<sup>307</sup> EuGH, Urteil v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Slg. 1995, I-4013, Tz.: 17 (Fédération française des sociétés d'assurance).

<sup>308</sup> Ähnlich Giesen, S. 122.

die ZVK des Baugewerbes anhand der Merkmale, die die betriebliche Altersversorgung charakterisieren<sup>309</sup>, muss man die Unternehmenseigenschaft ablehnen. Beurteilt man aber die Tätigkeit als solche, ist sie zu bejahen. Anders dagegen bei Versicherungen, die Produkte der betrieblichen Altersversorgung anbieten<sup>310</sup>. Hier würden beide Wege zur Bejahung der Unternehmenseigenschaft führen.

Die Frage, ob der EuGH in den Urteilen Albany u.a. einen ersten Schritt hin zur Verlagerung der Prüfung der „Sozialkriterien“ gemacht hat, ist wohl eher zu verneinen<sup>311</sup>. Aus den Urteilen ergeben sich zumindest keine eindeutigen Anzeichen. Der Gerichtshof stellt zwar fest, dass das Fehlen eines Gewinnerzielungszwecks, die Solidaritätsgesichtspunkte und die Verfolgung einer sozialen Zielsetzung der Bejahung der Unternehmenseigenschaft nicht entgegenstehen, dass diese Umstände aber im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG Bedeutung erlangen können<sup>312</sup>. Ersteres kann aber auch wieder dafür sprechen, dass im Rahmen des Unternehmensbegriffs – wie im Urteil FFSA – eine Abwägung der „Sozialkriterien“ mit den „Wettbewerbskriterien“ stattgefunden hat. Des weiteren kam es im Urteil FFSA nicht zu einer Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EG, weshalb die Argumentation des EuGH eher gegen einen Wandel in der Rechtsprechung spricht<sup>313</sup>.

Nicht klar ist, ob der EuGH mit dem Urteil in Sachen INAIL<sup>314</sup> eine Trendwende bei der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft von sozialen Sicherungssystemen eingeleitet hat<sup>315</sup>. Zumindest wird deutlich, dass der EuGH die Unternehmenseigenschaft anhand der Intensität bestehender Solidarität beurteilen will<sup>316</sup>. Hierfür nimmt er letzten Endes einen Vergleich zwischen den sozialen Sicherungssystemen und der privaten Versicherungswirtschaft vor. Ab welchem Solidaritätsgrad aber die Unternehmenseigenschaft verneint werden muss, ist

---

<sup>309</sup> Siehe § 4 C. I. 3. a).

<sup>310</sup> Siehe § 4 C. I. 1..

<sup>311</sup> Unsicher Berg, EuZW 2000, 170, 172.

<sup>312</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 85 ff (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 85 ff (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 75 ff (Drijvende Bokken).

<sup>313</sup> So wohl auch Gyselen, CMLR 2000, 425, 439 f.

<sup>314</sup> EuGH, Urteil v. 22.01.2002 – C-218/00 – 2002, I-691 (INAIL).

<sup>315</sup> Immenga/Lange, RIW 2003, 889, 892; Lange, WuW 2002, 953, 961.

<sup>316</sup> EuGH, Urteil v. 22.01.2002 – C-218/00 – 2002, I-691, Tz.: 37 ff (INAIL).

weiterhin offen<sup>317</sup>. Auch die Entscheidung des Gerichts Erster Instanz in Sachen FENIN<sup>318</sup> hat dahingehend keine Klarheit gebracht.

## **2. Unternehmensbegriff als unbestimmtes Tatbestandsmerkmal**

Außerdem führt die Vorgehensweise des EuGH dazu, dass der Unternehmensbegriff zu einem schwer zu beurteilenden Tatbestandsmerkmal wird, bei dem es auf die Abwägung verschiedener Kriterien ankommt. Denn der EuGH nimmt stets auf mehrere Kriterien Bezug. Wie soll aber entschieden werden, wenn z.B. ein „Sozialkriterium“ gegen ein „Wettbewerbskriterium“ steht? Aufgrund der klaren Vorgaben für das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft ist hier kein Platz für eine Abwägung; ganz anders aber bei Art. 86 Abs. 2 EG.

## **3. Durchbrechung der Systematik der Artt. 81 ff EG**

Des weiteren sind die vom Gerichtshof angeführten Merkmale gerade Umstände, auf die im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG zu achten ist. Hierin liegt eine Durchbrechung der Systematik der Artt. 81 ff EG<sup>319</sup>. Diese ist Ausdruck des umfassenden Geltungsanspruchs der Wettbewerbsregeln innerhalb des EG-Vertrags und sollte nicht durchbrochen werden. Jede wirtschaftliche Tätigkeit soll grundsätzlich den Wettbewerbsregeln unterstehen und nur im Ausnahmefall soll Art. 86 Abs. 2 EG eingreifen. Der EuGH scheint in den Urteilen vielmehr Kriterien gesucht zu haben, mit denen er guten Gewissens die Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern verneinen konnte, da deren Monopolstellung in den meisten Mitgliedsstaaten historisch gewachsen ist.

## **III. Anzuwendende Kriterien**

Bei der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft sollten folgende Kriterien herangezogen werden:

---

<sup>317</sup> So auch Penner, NZS 2003, 234, 238.

<sup>318</sup> EuG, Urteil v. 04.03.2003 – T-319/99 – WuW/E EU-R 688.

<sup>319</sup> Gyselen, CMLR 2000, 425, 439 f; Berg, EuZW 2000, 170, 172; Bittner, S. 228; Haverkate in Haverkate/Weiss/Huster/Schmidt, Fall 9, S. 277; a.A. Bieback, EWS 1999, 361, 362.

Muss die zu beurteilende Tätigkeit notwendig von öffentlichen Einrichtungen ausgeübt werden? Ob eine Tätigkeit schon immer von öffentlichen Einrichtungen ausgeübt wurde, ist unerheblich, da hierbei lediglich an Traditionen der Mitgliedsstaaten angeknüpft würde. Handelt es sich um die Ausübung typischerweise hoheitlicher Vorrechte<sup>320</sup>? Bei Bejahung dieser beiden Fragen ist die Unternehmenseigenschaft nicht gegeben.

Tritt die Einrichtung mit anderen Unternehmen in der Weise in Wettbewerb, dass sie eine Tätigkeit ausübt, die grundsätzlich auch von diesen Unternehmen ausgeübt wird oder ausgeübt werden könnte? Hier kann es nur um die Klärung der Frage gehen, ob eine Tätigkeit ausgeübt wird, bei der sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen<sup>321</sup>. Bei Verneinung dieser Frage liegt keine Unternehmenseigenschaft vor.

Bei dieser Vorgehensweise existiert ein klar umrissener Unternehmensbegriff. Kriterien wie Pflichtmitgliedschaft, Umlageverfahren etc. können im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG berücksichtigt werden<sup>322</sup>. Auch bei Anwendung der hier vorgeschlagenen Kriterien zur Beurteilung der Unternehmenseigenschaft sind die Betriebsrentenfonds in den Verfahren Albany u.a. Unternehmen. Bei der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich in diesem Fall nicht um ein System, das zwangsläufig von öffentlichen Einrichtungen verwaltet werden müsste. Des weiteren ist nicht die Ausübung typischerweise hoheitlicher Vorrechte betroffen. Außerdem geht es um die Leistung von Beiträgen gegen die Erbringung von Leistungen der Altersversorgung, eine Tätigkeit, die auch von Versicherungsunternehmen ausgeübt wird.

### **C. Einrichtungen betrieblicher Altersversorgung nach dem BetrAVG**

Im folgenden sollen die nach deutschem Recht möglichen Einrichtungen zur Durchführung betrieblicher Altersversorgung auf ihre Unternehmenseigenschaft hin überprüft werden.

---

<sup>320</sup> Gyselen will Frage 1 und 2 zu einem Kriterium zusammenfassen, CMLR 2000, 425, 440.

<sup>321</sup> So auch Giesen, S. 123 f.

<sup>322</sup> Siehe § 8 C.; so auch Giesen, S. 126; Gyselen, CMLR 2000, 425, 439.

## I. Merkmale<sup>323</sup>

### 1. Banken, Versicherungen, Finanzdienstleister

#### a) Freiwilligkeit

Bei der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich nicht um eine Pflichtversicherung. Auch der Entgeltumwandlungsanspruch des Arbeitnehmers führt zu keiner anderen Beurteilung, denn das Bestehen eines Anspruchs bedeutet nicht, dass dieser zwangsläufig auch geltend gemacht werden muss.

#### b) Fehlende gesetzliche Festlegung der Beitrags- und Leistungshöhe

Hier bestehen bei der arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung keine Zweifel. Die Höhe der Beiträge bestimmt der Arbeitgeber selbst; die Leistungen richten sich nach dem vom Arbeitgeber ausgewählten Angebot.

Bei der durch Entgeltumwandlung finanzierten betrieblichen Altersversorgung legt § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG fest, dass maximal 4% der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten verwendet werden dürfen. Hinzu kommt, dass in dem Fall, dass der Arbeitnehmer die volle Riester-Förderung in Anspruch nehmen möchte, auch ein Mindestbetrag der Entgeltumwandlung festgelegt wurde, nämlich 1% des im Vorjahr verdienten Bruttolohnes (§ 86 Abs. 1 S. 2 EStG). Der Maximalbetrag liegt bei 4%. Trotzdem steht es aber nach wie vor im Belieben des Arbeitnehmers, ob er seinen Anspruch auf Entgeltumwandlung geltend macht und ob er die Riester-Förderung in Anspruch nimmt. Auch wenn sich der Arbeitnehmer i.d.R. für beides entscheiden wird, ist die Höhe der Beiträge trotzdem nicht gesetzlich festgelegt wie im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung.

---

<sup>323</sup> Siehe § 2 C..

c) Kapitalisierungsprinzip

Bei der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich um eine Form des kapitalgedeckten Sicherungssparens, nicht um eine Form des Umlageverfahrens. Der Wert des Sparanteils der Prämienzahlungen wird verzinslich angesammelt (Deckungskapital).

d) Sonstiges

§ 4 BetrAVG ermöglicht die Übernahme einer Verpflichtung, bei Eintritt des Versorgungsfalles Versorgungsleistungen zu erbringen. Gem. § 4 Abs. 4 BetrAVG besteht bei Entgeltumwandlung sogar eine Verpflichtung des Arbeitgebers auf Übertragung des Barwerts einer unverfallbaren Anwartschaft. Außer beim Durchführungsweg Pensionskasse besteht Insolvenzsicherungspflicht gem. § 7 BetrAVG. Des weiteren ergibt sich aus § 16 BetrAVG eine Anpassungsprüfungspflicht des Arbeitgebers bei der Gewährung von laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung. Ein weiteres Merkmal der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland ist die Möglichkeit, bei Entgeltumwandlung die sog. Riester-Förderung zu beantragen<sup>324</sup>. Sonstige soziale Komponenten werden nach Auskünften von Versicherungen und Finanzdienstleistern nicht angeboten.

## 2. **Freiwillige betriebliche Altersversorgung tarifvertraglicher Zusatzrentensysteme**

Bei der im Rahmen der tarifvertraglichen Zusatzversorgung zusätzlich angebotenen freiwilligen betrieblichen Altersversorgung<sup>325</sup> gelten im Vergleich zu Angeboten anderer Anbieter keine Besonderheiten. Insb. sind keine sozialen Komponenten ersichtlich und es kommt das Kapitaldeckungsverfahren zur Anwendung.

---

<sup>324</sup> Siehe § 2 A. II. 3..

<sup>325</sup> So z.B. Metall- und Elektroindustrie: „Tarifvertrag zur Entgeltumwandlung“ v. 04.09.2001; Chemische Industrie: „Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge“ v. 01.01.2002; Baugewerbe: „Tarifvertrag über eine Zusatzrente im Baugewerbe“ v. 01.06.2001.

### 3. **Obligatorische betriebliche Altersversorgung tarifvertraglicher Zusatzrentensysteme**

Auch im Rahmen der obligatorischen betrieblichen Altersversorgung der tarifvertraglichen Zusatzrentensysteme besteht keine gesetzliche Pflicht zu deren Einführung. Die Beteiligung ist grundsätzlich freiwillig. Die Beteiligungspflicht ergibt sich erst aufgrund des Tarifvertrags. Trotzdem leisten diese Einrichtungen Zusatzrenten.

#### a) Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes<sup>326</sup>

Die Höhe der Beiträge und Leistungen richtet sich nach dem TVR (§§ 5, 13); die ZVK hat darauf selbst keinen Einfluss. Die Leistungen sind für alle Versicherte gleich. Unterschiede ergeben sich lediglich aufgrund der Wartezeit und des Alters (§ 5 TVR).

Nach Auskünften der ZVK arbeitet sie im Rahmen der Rentenbeihilfe noch mit dem Umlageverfahren, möchte aber zum Kapitaldeckungsverfahren übergehen. Eine Freistellungsmöglichkeit von der Pflicht der Arbeitgeber zur Beteiligung an der Rentenbeihilfe besteht nicht. Aufgrund der Pflichtbeteiligung erfolgt keine Gesundheitsprüfung der Arbeitnehmer. Das Alter wird nur bei der Leistungshöhe berücksichtigt. Die grundsätzlich geforderte Wartezeit ist dann nicht erforderlich, wenn der Versicherungsfall auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückzuführen ist (§ 4 Abs. 1 lit. b) TVR). Im übrigen werden Zeiten der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, der Arbeitslosigkeit und der beruflichbezogenen Berufsförderung zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit mit bis zu 30 Monaten auf die Wartezeit angerechnet (§ 4 Abs. 3 TVR).

---

<sup>326</sup> Im Folgenden soll die ZVK des Baugewerbes sowie die VBL des öffentlichen Dienstes genauer betrachtet werden.

b) Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder

Die Höhe der Beiträge legt die VBL fest (§ 15 Abs. 1 S. 1 ATV), die Höhe der Leistungen ist im ATV geregelt (§ 7 ATV). Die Höhe der Leistungen richtet sich u.a. nach dem Einkommen. Im Rahmen der obligatorischen Zusatzversorgung arbeitet die VBL mit dem Umlageverfahren, welches aber auf das Kapitaldeckungsverfahren umgestellt werden soll<sup>327</sup>. Freistellungsmöglichkeiten für die Arbeitgeber sind nicht vorgesehen. Soziale Komponenten ergeben sich aus § 9 ATV. Danach erwerben Arbeitnehmer Versorgungspunkte während der Elternzeit und bei teilweiser oder voller Erwerbsminderung, die vor Vollendung des 60. Lebensjahres eintritt. Des Weiteren enthält § 19 ATV eine Regelung über Bonuspunkte, die sich aus Überschüssen der VBL errechnen.

## II. Funktionaler Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt

Grundsätzlich ist nach EG- und deutschem Recht sowie nach hier vertretener Ansicht zunächst zu fragen, ob eine selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr vorliegt.

### 1. **Direktversicherung, Pensionskasse und Pensionsfonds unproblematisch**

Die Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung nehmen Beiträge entgegen und verwalten diese. Dafür verpflichten sie sich, bei Eintritt des Ruhestandes entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen Leistungen der Altersversorgung an die jeweils Bezugsberechtigten zu erbringen<sup>328</sup>. Zumindest bei der Direktversicherung, der Pensionskasse und dem Pensionsfonds geht es um den Austausch gewerblicher Leistungen und somit um eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr. Dass Pensionskassen nicht gewerblich betrieben werden, ist dabei unerheblich, da es auf die Tätigkeit und nicht auf die Art und Weise ankommt, wie die Einrichtung betrieben wird.

---

<sup>327</sup> Schaub, § 81, XXI, 1. a) bb).

<sup>328</sup> Zur Besonderheit der Unterstützungskassen sogleich.

## **2. Unternehmenseigenschaft auch bei Direktzusage und betriebsinternem Pensionsfonds**

Zwar kommt es jeweils auf die Tätigkeit als solche an, doch muss diese Tätigkeit immer einem Subjekt zugerechnet werden. Beim Durchführungsweg der Direktzusage bzw. des betriebsinternen Pensionsfonds ist dieses Subjekt der Arbeitgeber. Fraglich ist aber die Unternehmenseigenschaft des Arbeitgebers bei Erteilung einer Direktzusage. Hier könnte argumentiert werden, dass keine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr vorliegt, da der Arbeitgeber die Direktzusage lediglich den Arbeitnehmern seines Betriebes oder Unternehmens und damit nur gegenüber einem sehr begrenzten Personenkreis erteilt. Allerdings kommt es für den Unternehmensbegriff nicht darauf an, dass sich die zu beurteilende Tätigkeit auf eine bestimmte Anzahl von Personen erstreckt. Insbesondere ist Nachhaltigkeit der Tätigkeit keine Voraussetzung<sup>329</sup>.

## **3. Unterstützungskassen und tarifvertragliche Zusatzversorgung**

Bei der Unterstützungskasse könnte die Unternehmenseigenschaft deshalb verneint werden, weil grundsätzlich auf die Leistungen kein Anspruch besteht. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass die Unterstützungskassen trotzdem Beiträge verwalten und Leistungen der Altersversorgung gewähren. Des weiteren besteht auf die Leistungen der Unterstützungskassen nach der Rechtsprechung zumindest ein faktischer Anspruch. Somit ist auch hier die Unternehmenseigenschaft zu bejahen.

Auch bei der Tätigkeit von tarifvertraglichen Zusatzrentensystemen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich, gleichgültig ob freiwillige oder obligatorische Zusatzversorgung, um eine selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr. Handelt es sich bei den Zusatzversorgungssystemen um Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, ist für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft aber auf die Tarifvertragsparteien selbst abzustellen.

---

<sup>329</sup> Siehe § 4 A. I..

### III. Keine weiteren Kriterien nach deutschem Recht

Anders als im EG-Kartellrecht wird der funktionale Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht auch bei der Beurteilung von Einrichtungen strikt eingehalten, die – wie Sozialversicherungsträger – im Allgemeininteresse stehende Aufgaben erfüllen.

### IV. Andere Beurteilung aufgrund der EuGH – Kriterien?

Es fragt sich nunmehr, ob die vom EuGH zusätzlich zum funktionalen Unternehmensbegriff herangezogenen Kriterien zu einer anderen Beurteilung führen.

#### 1. **Banken, Versicherungen, Finanzdienstleister und freiwillige betriebliche Altersversorgung bei tarifvertraglicher Zusatzversorgung**

Die Kriterien, die der EuGH zur Bejahung der Unternehmenseigenschaft heranzieht, sind bei den fünf Formen der (freiwilligen) betrieblichen Altersversorgung deutschen Rechts erfüllt.

##### a) Die relevanten Kriterien

Bei der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich nicht um eine Pflichtversicherung. Es kommt das Kapitalisierungsprinzip zur Anwendung. Die Beiträge können frei angelegt werden. Im übrigen kommt es im wesentlichen darauf an, dass das Umlageverfahren nicht zur Anwendung kommt. Die zu zahlenden Beiträge richten sich nach den Vereinbarungen der jeweiligen Vertragsparteien, sind also nicht gesetzlich festgelegt. Versicherungsaufsicht besteht bei einem Teil der Einrichtungen. Die fehlende Versicherungsaufsicht bei der Direktzusage und der Unterstützungskasse kann aber nicht zur Verneinung der Unternehmenseigenschaft führen. Insbesondere wäre es unverständlich, bei gleicher Tätigkeit nur unter dem Aspekt der Versicherungsaufsicht die Unternehmenseigenschaft der Pensionskasse zu bejahen, die der Unterstützungskasse zu verneinen.

b) Nicht relevante Kriterien

Ob die Beiträge durch den Arbeitgeber oder durch Entgeltumwandlung finanziert werden und ob die Riester-Förderung erfolgt, ist unerheblich. Ebenso unerheblich ist die Rechtsform der Einrichtungen (AG, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit bzw. privat-rechtlich oder öffentlich-rechtlich) sowie ob bei den einzelnen Einrichtungen eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt oder nicht. Irrelevant ist auch, dass Pensionskasse und Unterstützungskasse auf einen Träger angewiesen sind. Hierin könnte eine fehlende Autonomie in der unternehmerischen Betätigung liegen. Allerdings sind beide Einrichtungen vom Trägerunternehmen unabhängig und verfügen über ein eigenes Vermögen. Auch bei der Verwaltung der Beiträge handeln sie selbstständig. Die Unternehmenseigenschaft entfällt auch nicht aufgrund der sonstigen Merkmale der betrieblichen Altersversorgung<sup>330</sup>. Diese Merkmale werden auch vom EuGH im Rahmen der Prüfung der Unternehmenseigenschaft nicht berücksichtigt.

**2. Obligatorische betriebliche Altersversorgung bei tarifvertraglicher Zusatzversorgung**

Bei der ZVK und der VBL handelt es sich um Zusatzrentensysteme. Die Höhe der Beiträge und Leistungen kann die ZVK nicht selbst bestimmen. Allerdings geschieht dies durch die Tarifvertragsparteien, auf die es für die Beurteilung ankommt. Insoweit muss die selbstständige Festlegung der Höhe der Beiträge und Leistungen bejaht werden. Allerdings arbeitet die ZVK nach dem Umlageverfahren. Es bestehen keine Freistellungsmöglichkeiten. Des weiteren sind soziale Komponenten vorhanden. Hier zeigt sich die Schwierigkeit der Linie des EuGH. Ist ausschlaggebend, dass die Tarifvertragsparteien über die ZVK ein Zusatzrentensystem verwalten und die Höhe der Beiträge und Leistungen selbst festlegen können oder überwiegen die übrigen Kriterien? Und wie ist es zu beurteilen, dass die Tarifvertragsparteien auf die Merkmale der Gemeinsamen Einrichtung Einfluss haben? Gerade aus den Urteilen Albany u.a. muss geschlossen werden, dass die Tatsache, dass es sich um ein Zusatzrentensystem handelt, nicht den Ausschlag gibt; da das Umlageverfahren zur Anwendung

---

<sup>330</sup> Siehe § 4 C. I. 1. d).

kommt, dürfte auch die selbstständige Festlegung der Beiträge und Leistungen irrelevant sein. Vielmehr ist auf die Kriterien abzustellen, die Ausdruck der Solidarität sind<sup>331</sup>. Dabei kann wohl aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH geschlossen werden, dass es auf das tatsächliche Vorliegen von solidarischen Elementen ankommt und weniger darauf, wer diese Merkmale festlegt. Aufgrund dessen ist die Unternehmenseigenschaft der Tarifvertragsparteien bei ihrer Tätigkeit im Rahmen der ZVK sowie der VBL zu verneinen.

#### V. Beurteilung nach hier vertretener Ansicht<sup>332</sup>

Nach hier vertretener Ansicht sind alle Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung Unternehmen. Das gilt auch für die tarifvertraglichen Zusatzrentensysteme im Rahmen der obligatorischen betrieblichen Altersversorgung sowie für die Tarifvertragsparteien, soweit eine Gemeinsame Einrichtung betroffen ist. Die betriebliche Altersversorgung muss nicht notwendig von öffentlichen Einrichtungen durchgeführt werden. Des weiteren handelt es sich dabei nicht um die Ausübung typischerweise hoheitlicher Vorrechte. Es liegt eine Tätigkeit vor, bei der Wettbewerb mit anderen Unternehmen möglich ist.

### § 5 Verhältnis von Kollektivvereinbarungen zum Kartellrecht

Einen weiteren Schwerpunkt der Urteile Albany u.a. das Verhältnis von Kollektivvereinbarungen zum EG-Kartellrecht dar. Im Folgenden werden zunächst die Grundsätze dargestellt, die bis zu den Urteilen Albany u.a. galten, bevor die Urteile näher untersucht werden.

#### A. Vor den Urteilen Albany u.a.

##### I. EG-Recht

Auf EG-rechtlicher Ebene gab es zu dieser Thematik bis zu den Urteilen Albany u.a. nur vereinzelte Äußerungen.

---

<sup>331</sup> So auch EuGH, Urteil v. 22.01.2002 – Rs. C-218/00 – Slg. 2002, I-691 (INAIL).

<sup>332</sup> Siehe § 4 B. III..

## 1. Gemeinschaftspraxis

Nach Ansicht der Kommission sind Arbeitnehmer keine Unternehmen i. S. d. Art. 81 EG<sup>333</sup>. In der Entscheidung „Irish Banks’ Standing Committee“<sup>334</sup> wandte die Kommission Art. 85 auf eine Kollektivvereinbarung an, die die Öffnungszeiten mehrerer Banken regelte. Gegenstand des Verfahrens waren Vereinbarungen, die zwischen vier Banken geschlossen wurden, wobei eine der Vereinbarungen die Öffnungszeiten der Vertragspartner regelte. Die Öffnungszeiten dieser vier Banken werden seit 1965 von den Vertragspartnern mit der Gewerkschaft der Bankangestellten förmlich vereinbart. Obwohl die Öffnungszeiten im Rahmen von Verhandlungen zwischen den verbundenen Banken und der Gewerkschaft der Bankangestellten vereinbart wurden, führte die Kommission lediglich aus, dass die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft im Banksektor nie streitig war. Sie sah allerdings in der streitigen Vereinbarung keinen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG. Zwar bestätigte die Kommission, dass es sich bei den Öffnungszeiten der Banken um einen Aspekt des Wettbewerbs zwischen Unternehmen handele. Im Hinblick auf den Markt, auf dem die verbundenen Banken tätig seien, ergäbe sich aus der streitgegenständlichen Vereinbarung aber keine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs. Des weiteren stellte die Kommission am 31.01.1990 auf eine schriftliche Anfrage hin ohne jegliche Begründung fest, dass sich die Artt. 81, 82 EG „eigentlich nicht mit arbeitsrechtlichen Angelegenheiten befassen“<sup>335</sup>. Somit scheint die Kommission von einem Ausnahmebereich Arbeitsmarkt auszugehen.

## 2. Literatur

Auch in der Literatur wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass es sich beim Arbeitsmarkt um einen Ausnahmebereich handelt, aufgrund dessen die Kartellvorschriften grundsätzlich keine Anwendung finden<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> Kommission, Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 2391/83, ABl. 1984, Nr. C 222/21.

<sup>334</sup> Kommission, Entscheidung v. 30.09.1986 – Az.: IV/31.362 – ABl. Nr. L 295/28 (Irish Banks’ Standing Committee), siehe dazu § 1 B. II..

<sup>335</sup> Kommission, Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 777/89, ABl. 1990, Nr. C 328/3.

<sup>336</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV, Rn. 60; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 20.

Des weiteren wird die Ansicht vertreten, dass in der Tarifautonomie eine immanente Schranke des Art. 81 EG zu sehen sei, die diesen entsprechend begrenze<sup>337</sup>. Diese immanente Schranke wird aus einer Gesamtschau der Vorschriften des EG-Vertrags und deren Bezug auf die Tarifautonomie in den Mitgliedsstaaten gefolgert<sup>338</sup>.

Die h. M. in der Literatur und auch das BAG begründet die Nichtanwendbarkeit der Kartellvorschriften auf arbeitsrechtliche Beziehungen damit, dass die Artt. 81, 82 EG tatbestandsmäßig nicht vorlägen<sup>339</sup>. Gleichgültig aber, wie die Ausnahme der Arbeitsbeziehungen von den EG-Wettbewerbsregeln begründet wird, so ist man sich weitgehend darüber einig, dass es sich dabei nicht um eine unbegrenzte Ausnahme handeln kann<sup>340</sup>. Die Artt. 81 ff EG sollen dann Anwendung finden, wenn sich die Arbeitsvertragsparteien oder Partner der Kollektivvereinbarung nicht auf die Regelung der Arbeitsbeziehungen beschränken, sondern gleichzeitig die unternehmerische Tätigkeit mitregeln<sup>341</sup>. Andere wiederum fordern das Vorliegen mehrerer Voraussetzungen für eine automatische Ausnahme<sup>342</sup>. Was aber gilt, wenn sich Regelungen in Kollektivvereinbarungen auf unternehmerisches Handeln mittelbar oder unmittelbar auswirken, ist noch nicht geklärt.

## II. Deutsches Recht

### 1. Ausschließliche Regelung von Arbeitsbedingungen

Einigkeit besteht darin, dass ein Tarifvertrag, der sich ausschließlich auf die Regelung des Inhalts, des Abschlusses und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Fragen bezieht, sich somit im Rahmen von § 1 Abs. 1 TVG hält, und das unternehmerische

---

<sup>337</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 28; GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 131 ff.

<sup>338</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 28.

<sup>339</sup> BAG, Urteil v. 28.03.1990 – Az.: 4 AZR536/89 – SAE 1991, 181, 187; Emmerich in Dausse, H.I § 1, Rn. 59; Wolf, SAE 1991, S. 187, 188; Schröter in G/T/E, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 23.

<sup>340</sup> Siehe z.B. GA Lenz, Schlussanträge v. 20.09.1995 – Rs. C-415/93 – Slg. 1995, I-4930 ff (Bosman).

<sup>341</sup> Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 4; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 81 (1), Rn. 20; Wolf, SAE 1991, 187, 188; Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 23.

<sup>342</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 28.

Handeln nicht mitregelt, kartellrechtlich zulässig ist<sup>343</sup>. Auch Vereinbarungen, die nicht in Form eines Tarifvertrags abgeschlossen wurden, jedoch Regelungen betreffend das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer enthielten, wurden vom Kartellrecht ausgenommen. So geschehen im Falle des Gagenstoppabkommens, das im Jahre 1960 zwischen Film-Großverleihfirmen und Film-Produktionsfirmen abgeschlossen wurde. Hierbei handelte es sich zwar nicht um einen Tarifvertrag; trotzdem wurde die Anwendbarkeit des GWB mit der Begründung verneint, das Abkommen betreffe Arbeitsverhältnisse; des weiteren seien Arbeitsleistungen angestellter Arbeitnehmer keine „gewerblichen Leistungen“ i.S.d. § 1 GWB<sup>344</sup>. Das gleiche gilt für Streikhilfeabkommen, welche zwischen in einem Arbeitgeberverband zusammengeschlossenen Unternehmen vereinbart werden und für den Fall eines Arbeitskampfes eine Hilfeleistungspflicht sowie eine Wohlverhaltenspflicht beinhalten<sup>345</sup>.

Zur Begründung wird im wesentlichen auf die fehlenden Tatbestandsmerkmale von § 1 GWB verwiesen. So wird auf die fehlende Unternehmenseigenschaft der am Tarifvertrag Beteiligten, unter Geltung des GWB a.F. auf den fehlenden gemeinsamen Zweck und das Nichtvorliegen von Waren oder gewerblichen Leistungen und unter Geltung des GWB in der Fassung vom 26.08.1998 darauf abgestellt, dass es an den miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen

---

<sup>343</sup> Kulka, WuW 1987, 5, 8; Nacken, WuW 1988, 475, 484; Emmerich, § 2, 1. b); Anzinger/Koberski, NZA 1989, 737, 745; Scholz in FS Rittner, S. 629, 631; Biedenkopf, S. 68; Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 468.

<sup>344</sup> BKartA, Brief v. 06.08.1962 – Az.: B 4 – 751 000 – A – 409/61 – WuW/E BKartA 502 ff (Gagenstoppabkommen).

<sup>345</sup> Säcker, ZHR 137, 455.

fehle<sup>346</sup>. Weiterhin wird Art. 9 Abs. 3 GG angeführt, der eine Kartellbildung im Rahmen der Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerade zulasse sowie § 1 Abs. 1 TVG, der als einfaches Gesetz Art. 9 Abs. 3 GG näher ausgestalte<sup>347</sup>. Des weiteren wird auf die gegensätzlichen Ordnungsprinzipien, die auf dem Arbeitsmarkt einerseits und auf dem Gütermarkt andererseits herrschen, verwiesen<sup>348</sup>. Auch das Vorliegen eines (ungeschriebenen) kartellrechtlichen Ausnahmereichs wird angenommen<sup>349</sup>.

## 2. Regelung von Gütermarktverhalten

Übereinstimmung herrscht auch darin, dass in dem Fall, in dem ausschließlich das unternehmerische Handeln durch die im Tarifvertrag vorhandenen Bestimmungen betroffen ist, § 1 GWB Anwendung findet und die Regelung nicht aufgrund der Tatsache, dass sie sich in einem Tarifvertrag befindet, privilegiert ist<sup>350</sup>. Eine solche Regelung befand sich z.B. im Manteltarifvertrag des Landesverbandes des Hotel- und Gaststättengewerbes in Baden-Württemberg e.V. mit dem Berufsverband der Gasthausangestellten, in dem festgelegt wurde, dass die Entlohnung des Bedienungspersonals durch obligatorische Erhebung eines prozentualen Bedienungszuschlags von den Gästen erfolgen solle<sup>351</sup>. Des weiteren wertete das BAG eine tarifvertragliche Regelung als Betriebsnorm, die festlegte, dass die Geschäftsstellen einer Bank am 31.12. geschlossen bleiben, obwohl

---

<sup>346</sup> Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 1158 Anlage 1), abgedruckt in GK, 1958, S. 1075; BAG, Urteil v. 29.04.1966 – Az.: 3 AZR 460/65 – NJW 1966, 1677, 1678; ArbG Berlin, Urteil v. 25.01.1988 – Az.: 4 Ca. 403/87 – WuW/E VG 346; Roth, Tarifautonomie und Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe 1990, 7, 13; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 78 u. 80; Schmidt-Eriksen, ArbuR 1991, 137, 142 f; Kulka, WuW 1987, 5, 18 f; Möschel, Rn. 209; Däubler, Mitbestimmung, S. 312; Säcker/Oetker, S. 210; Junker, ZfA 1996, 383, 391.

<sup>347</sup> Bechtold, § 1, Rn. 50; so wohl auch Rittner, § 6, Rn. 4; Emmerich, § 2, 2.; Söllner, § 17, I. b); Däubler, Mitbestimmung, S. 312; Junker, ZfA 1996, 383, 390.

<sup>348</sup> ArbG Frankfurt, Urteil v. 22.01.1988 – Az.: 4 Ca 457/87 – WuW/E VG 345 f; Wiedemann in Wiedemann, Einleitung, Rn. 36; Rieble, Rn. 458; siehe dazu § 3 II. 1. b) und 2. b).

<sup>349</sup> BKartA, Brief v. 06.08.1962 – Az.: B 4 – 751 000 – A – 409/61 – WuW/E BKartA 502 (Gagenstoppabkommen); Immenga, S. 9 ff; ders. in I/M, 2. Aufl. 1992, § 1, Rn. 321 ff; Rehbinder, BB 1964, 895, 900; Stockmann in Wiedemann, § 7, Rn. 45; so wohl auch Schoch, BB 1965, 477; Windbichler, ZfA 1991, 35, 39 f.

<sup>350</sup> BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Az.: 1 AZR 404/88 – BAGE 62, 171, 189; BKartA, WuW 1989, 563; Schmidt-Eriksen, ArbuR 1991, 137, 142ff; Roth, Tarifautonomie und Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe 1990, 7, 17; Hendriks, S. 59; Söllner, ArbRGegw. Band 35 (1998), S. 30.

<sup>351</sup> Siehe zur kartellrechtlichen Beurteilung Schoch, BB 1965, 477 f.

hierbei das Gütermarktverhalten der Arbeitgeber geregelt wurde<sup>352</sup>. Denn in diesem Fall halten sich Tarifverträge gerade nicht im Rahmen von § 1 Abs. 1 TVG.

### **3. Regelung von Arbeitsbedingungen mit Auswirkungen auf den Gütermarkt**

Nicht einheitlich sind aber die Meinungen, soweit es um Tarifverträge geht, die gem. § 1 Abs. 1 TVG zulässige Regelungen enthalten, sich aber nicht nur auf die Arbeitsbeziehungen auswirken, sondern ebenso – sei es unmittelbar oder mittelbar – auf das unternehmerische Handeln Einfluss haben (sog. janusköpfige Tarifverträge). In der Praxis war ein solcher Fall betroffen bei dem am 02.04.1985 abgeschlossene n Manteltarifvertrag für den Berliner Einzelhandel, mit dem als Reaktion auf das gesetzgeberische Vorhaben der Einführung eines Dienstleistungsabends die Lage der Arbeitszeit der Arbeitnehmer im Handel geregelt werden sollte. Damit sollte einheitlich festgelegt werden, dass die Arbeitszeit um 18.30 Uhr endete. Letzten Endes geht es somit um die Frage, ob dem kartellrechtlich zulässigen Bereich der arbeitsrechtlichen Beziehungen, Grenzen zu setzen sind.

#### a) Arbeitsrechtliche Rechtsprechung

Das BAG geht von einem uneingeschränkten Vorrang des Tarifvertragsrechts aus. Dieser Vorrang könne auch nicht durch eine Interessenabwägung umgangen werden, da es hierfür an normativen Bewertungsmaßstäben fehle<sup>353</sup>. Auch eine Unterwerfung des Zustimmungsbeschlusses des Arbeitgeberverbandes unter das GWB helfe nicht weiter, da mit Blick auf die Zulässigkeit des Tarifvertrags darin ein Widerspruch läge<sup>354</sup>. Allein Rechtsmissbräuchlichkeit könne zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags führen.

---

<sup>352</sup> BAG NZA 1996, 1214, 1215 ff; siehe dazu auch Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 247, Rn. 9.

<sup>353</sup> BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Az.: 1 AZR 404/88 – BAGE 62, 171, 186 f.

<sup>354</sup> BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Az.: 1 AZR 404/88 – BAGE 62, 171, 188 f.

b) Kartellrechtliche Rechtsprechung

Das Kammergericht geht davon aus, dass Tarifverträge solange nicht unter das GWB fallen, als es sich bei ihnen um „rechtlich anerkannte institutionelle Gegebenheiten handelt und die von ihnen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen wesensnotwendig sind“<sup>355</sup>. Dies sei dann der Fall, wenn sich ein Tarifvertrag im Rahmen des nach dem TVG Zulässigen halte und nicht über den Kernbereich der koalitionsmäßigen Tätigkeit gem. Art. 9 Abs. 3 GG hinausgehe<sup>356</sup>. Die wettbewerbsbeschränkenden Folgewirkungen dieser Tarifverträge seien hinzunehmen<sup>357</sup>. Auch der Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes könne in diesem Fall nicht anders beurteilt werden als der Tarifvertrag selbst<sup>358</sup>.

c) Bundeskartellamt

Der vom Bundeskartellamt angenommene Ausnahmebereich Arbeitsbeziehungen besteht nicht grenzenlos. Voraussetzung für die Ausnahme sei das Vorliegen einer unmittelbaren Beziehung zum vertikalen Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis<sup>359</sup>. Bei seiner Beurteilung bezog sich das BKartA dabei auf den konkret vorliegenden Fall<sup>360</sup>, in dem es um mittelbare Folgewirkungen auf dem Gütermarkt ging.

In einer Stellungnahme zur tarifvertraglichen Regelung von Arbeitszeiten befürwortete das BKartA dann aufgrund des Doppelcharakters der betroffenen tarifvertraglichen Regelung eine Interessenabwägung zwischen den sozialen Belangen des Arbeitnehmers und den wettbewerblichen Belangen des Unternehmers<sup>361</sup>. Im Gegensatz zum Gagenstoppabkommen ging es im Falle der La-

---

<sup>355</sup> KG, Urteil v. 21.02.1990 – Az.: Kart. U 4357/89 – WuW/E OLG 4531, 4534 (Ladenöffnungszeit).

<sup>356</sup> KG, Urteil v. 21.02.1990 – Az.: Kart. U 4357/89 – WuW/E OLG 4531, 4534 (Ladenöffnungszeit).

<sup>357</sup> KG, Urteil v. 21.02.1990 – Az.: Kart. U 4357/89 – WuW/E OLG 4531, 4535 (Ladenöffnungszeit).

<sup>358</sup> KG, Urteil v. 21.02.1990 – Az.: Kart. U 4357/89 – WuW/E OLG 4531, 4537 (Ladenöffnungszeit).

<sup>359</sup> BKartA, Brief v. 31.01.1961 – Az.: Z 2 – 121 100 – 465/60 – WuW/E BKartA 339, 340 (Sonnabendarbeitszeit).

<sup>360</sup> WuW/E BKartA 502, 506 (Gagenstoppabkommen): „...Gleichwohl erfasst das GWB *derartige* Folgewirkungen eines Abkommens, das zum arbeitsrechtlichen Bereich gehört, nicht....“.

<sup>361</sup> BKartA, WuW 1989, 563.

ge der Arbeitszeiten um unmittelbare Folgewirkungen einer arbeitsrechtlichen Regelung, die nach Meinung des BKartA nicht unbegrenzt von der Anwendung des GWB ausgenommen sein sollen.

d) Literatur

In der Literatur gehen die Meinungen darüber, inwieweit arbeitsrechtliche Beziehungen gegenüber dem GWB privilegiert sind, weit auseinander.

Einigkeit besteht darin, dass das GWB bei arbeitsrechtlichen Vereinbarungen zur Anwendung kommt, die nur als Vorwand dafür getroffen wurden, den Wettbewerb auf dem Gütermarkt zu beschränken („Flucht ins Tarifrecht“)<sup>362</sup>. Dies wird mit dem allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs<sup>363</sup> oder damit begründet, dass der Zweck der Ausnahme der Tarifverträge vom GWB in diesem Fall gerade nicht gegeben sei<sup>364</sup>.

Abgesehen von diesen Fällen gibt es Stimmen, die es aufgrund von Art. 9 Abs. 3 GG und § 1 Abs. 1 TVG auch dann bei der Unanwendbarkeit des GWB bewenden lassen wollen, wenn sich Tarifverträge mittelbar oder unmittelbar auf den Gütermarkt auswirken<sup>365</sup>.

Soweit von einem Ausnahmehereich Arbeitsmarkt ausgegangen wird, wird vertreten, dass dieser Bereich verlassen werde, wenn nicht unmittelbar und ausschließlich das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer berührt werde<sup>366</sup>. Sei dieser Bereich aber betroffen, so sei das GWB auch dann nicht anwendbar, wenn sich mittelbar Auswirkungen auf den Gütermarkt ergäben<sup>367</sup>.

Nach Vaubel ist das GWB anwendbar, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung Mittel zur Stärkung des Unternehmens ist, um dadurch indirekt die Interessen der Arbeitnehmer zu stärken<sup>368</sup>. Das GWB ist aber nicht anwendbar, wenn eine

---

<sup>362</sup> Reh binder, BB 1964, 985, 901; Roth, Tarifautonomie und Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe 1990, 7, 24; Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 474 ff.

<sup>363</sup> Wiedemann in Wiedemann, Rn. 371; Däubler, Rn. 380.

<sup>364</sup> Säcker/Oetker, S. 218.

<sup>365</sup> Schmidt-Eriksen, ArbuR 1991, 137, 143; Lange, Kap. 2, § 1, Rn. 10; Säcker/Oetker, S. 216 f; Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 470.

<sup>366</sup> Reh binder, BB 1964, 895, 900; Immenga in I/M, 2. Aufl. 1992, § 1, Rn. 323.

<sup>367</sup> Reh binder, BB 1964, 895, 900; Immenga in I/M, 2. Aufl. 1992, § 1, Rn. 324.

<sup>368</sup> Vaubel, S. 73.

Wettbewerbsbeschränkung nur Folge einer Tarifvertragsklausel ist, die direkt Arbeitnehmerinteressen wahrt<sup>369</sup>.

Wieder andere sehen als Grenze der Ausnahme arbeitsrechtlicher Vereinbarungen vom GWB das verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip, das aufgrund des Aufeinandertreffens zweier grundrechtlich gewährleisteter Prinzipien zur Anwendung komme<sup>370</sup>. Ähnlich argumentieren die Vertreter der Immanenztheorie, nach denen eine Wettbewerbsbeschränkung solange zulässig ist, als sie notwendig ist, um die Funktionsfähigkeit anerkannter Rechtsinstitute zu sichern<sup>371</sup>. Des weiteren gibt es Stimmen in der Literatur, die im Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG die Grenze der Freistellung arbeitsrechtlicher Beziehungen sehen<sup>372</sup>.

e) Stellungnahme

Die Unanwendbarkeit des GWB kann nicht grenzenlos sein. Dies könnte zum Missbrauch durch die Sozialpartner insbesondere zu Lasten der Nichtorganisierten führen. Für die Begrenzung ist darauf abzustellen, ob sich Tarifverträge im Bereich des nach dem TVG Zulässigen halten und unmittelbar das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regeln. Mittelbare Auswirkungen auf den Gütermarkt sind in diesem Fall hinzunehmen. Auf den Kernbereich der koalitionsmäßigen Tätigkeit sollte nicht abgestellt werden, da sich dieser nicht eindeutig bestimmen lässt. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist aufgrund der damit id.R. verbundenen Abwägung abzulehnen. Auch das Günstigkeitsprinzip kommt als Begrenzung der Ausnahme nicht in Betracht<sup>373</sup>.

**B. Urteile Albany u.a.**

Die Urteile Albany u.a. beschränken sich nicht auf Tarifverträge und Tarifverhandlungen, sondern betreffen allgemein Kollektivvereinbarungen und Kollektiv-

---

<sup>369</sup> Vaubel, S. 73.

<sup>370</sup> Scholz in FS für Fritz Rittner, S. 629 ff, insb. 644; Gamillscheg, § 16 II. 3. b) (1), S. 692 f.

<sup>371</sup> Poth, S. 173; ähnlich auch Hendriks, S. 100 f; Kulka, RdA 1988, 336, 343.

<sup>372</sup> Löwisch/Rieble, § 4, Rn. 159; Löwisch in FS Rittner, 381; Rieble, Rn. 1616.

<sup>373</sup> Siehe dazu ausführlich § 6 B. II. 1..

tivverhandlungen, allerdings bezogen auf den arbeitsrechtlichen Bereich<sup>374</sup>. In den englischen Fassungen der Urteile ist von „collective agreements“ und „collective negotiations“ die Rede<sup>375</sup>. Die Bedeutung dieser Begriffe beschränkt sich nicht auf die speziellen Tarifverträge und Tarifverhandlungen<sup>376</sup>. Dass in den deutschen Übersetzungen von Tarifverträgen und –verhandlungen die Rede ist, liegt am zugrundeliegenden Sachverhalt.

## **I. Arbeitsmarkt keine Bereichsausnahme**

### **1. Argumentation des EuGH**

Der Arbeitsmarkt wird vom EuGH nicht als eine allgemeine Bereichsausnahme angesehen<sup>377</sup>. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Gerichtshof in den Urteilen Albany u.a. die Betriebsrentenfonds als Unternehmen ansieht und auf sie die Kartellvorschriften anwendet<sup>378</sup>. Außerdem befasst sich der Gerichtshof in den Urteilen Albany u.a. gerade mit der speziellen Frage der Anwendbarkeit des Art. 81 EG auf Kollektivvereinbarungen und zeigt damit, dass er stillschweigend davon ausgeht, dass der Arbeitsmarkt grundsätzlich unter das EG-Kartellrecht fällt<sup>379</sup>. Des weiteren nimmt der EuGH zur Begründung seiner Ansicht verschiedene Vorschriften des EG-Rechts in Bezug, die sich sowohl auf den Bereich des Sozialrechts als auch des Arbeitsrechts beziehen. Die Urteile Albany u.a. fügen sich damit in eine Reihe von Urteilen ein, in denen der EuGH die Unternehmenseigenschaft der jeweils betroffenen Einrichtungen prüfte und damit stillschweigend davon ausgegangen ist, dass der Sozialbereich nicht

---

<sup>374</sup> So auch Blanke, AuR 2000, 26, 28.

<sup>375</sup> So z.B. EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 59 f (Albany – engl. Originalfassung).

<sup>376</sup> Hierfür gibt es den spezielleren Begriff der „union agreements“.

<sup>377</sup> Das gleiche gilt für das Urteil des EuGH v. 12.09.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Slg. 2000, I-6451 ff (Pavlov) sowie für das Urteil des EuGH v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111 (van der Woude).

<sup>378</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 87 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 87 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 77 (Drijvende Bokken).

<sup>379</sup> So auch EuGH, Urteil v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111 (van der Woude).

generell von den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags ausgenommen ist<sup>380</sup>.

## 2. Weitere Argumente

Der Ansicht des EuGH kann zugestimmt werden<sup>381</sup>. Dass keine allgemeine Ausnahme Arbeitsmarkt existiert, ergibt sich aus den Vorschriften des EG-Vertrags sowie der Systematik, die im Rahmen des EG-Vertrags für Freistellungen von den Kartellvorschriften gilt.

### a) Vorschriften des EG-Vertrags

Schon aus bestimmten Vorschriften des EG-Vertrags wird deutlich, dass der Sozialbereich – und damit auch der Arbeitsmarkt – nicht allgemein vom Wettbewerb ausgenommen sein kann.

#### (1) Artt. 2 u. 3 lit. g, j, m EG

Hier sind zunächst die Artt. 2 und 3 EG zu nennen. Gem. Art. 2 EG ist es die Aufgabe der Gemeinschaft, u.a. durch die Durchführung der in Art. 3 EG genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen in der ganzen Gemeinschaft neben anderen Zielen eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau, ein hohes Maß an sozialem Schutz, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum und einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen zu fördern.

---

<sup>380</sup> EuGH, Urteil v. 23.04.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979 ff (Höfner und Elser); Urteil v. 11.12.1997 – Rs. C-55/96 – Slg. 1997, I-7119 ff (Job Centre); Urteil v. 17.02.1993 – verb. Rs. C-159/91 u. C-160/91 – Slg. 1993, I-637 ff (Poucet und Pistre); Urteil v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 – Slg. 1995, I-4013 ff (Fédération française des sociétés d'Assurance).

<sup>381</sup> So auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/97 (Albany), verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), Rs. C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, 5754, Tz.: 130; ders. Schlussanträge v. 23.03.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov) – EuGH, Slg. 2000, I-6451, Tz.: 101; GA Lenz, Schlussanträge v. 20.09.1995 – Rs. C-415/92 – EuGH, Slg. 1995, I-4930, Tz.: 273 f (Bosman); Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 136, Rn. 10; Fleischer, DB 2000, 821, 822; von Wallwitz, S. 113.

Die von Artt. 2 und 3 EG vorgesehenen Aufgaben und Ziele der Gemeinschaft sind demnach miteinander verbunden. Die in Art. 2 EG aufgeführten sozialpolitischen und wirtschaftspolitischen Ziele sollen gerade mit den in Art. 3 EG genannten Politiken, die sich sowohl auf die Sozialpolitik als auch auf den Wettbewerb beziehen, erreicht werden.

(2) Artt. 136 u. 140 EG

Aus Art. 136 Abs. 2 EG ergibt sich, dass die Gemeinschaft und die Mitgliedsstaaten zum Zweck der Erreichung der in Abs. 1 aufgeführten sozialen Ziele Maßnahmen durchführen, die u.a. der Notwendigkeit, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft der Gemeinschaft zu erhalten, Rechnung tragen. Art. 140 EG, der die sozialpolitische Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten betrifft, verweist darauf, dass die Förderung dieser Zusammenarbeit durch die Kommission unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des EG-Vertrags erfolgen soll. Indem Vorschriften des Sozialrechts selbst ausdrücklich auf den Wettbewerb Bezug nehmen, kann gefolgert werden, dass auch dieser Bereich des EG-Rechts bei der Anwendung der EG-Kartellvorschriften nicht außen vor bleiben kann.

b) Systematik der Ausnahmereiche des EG-Vertrags

Auch die Systematik der Ausnahmereiche des EG-Vertrags bestätigt diese Annahme. Aufgrund der allumfassenden Geltung der EG-Wettbewerbsregeln ist es im Vertrag selbst ausdrücklich festgelegt, wenn bestimmte Tätigkeiten von den Wettbewerbsvorschriften ausgenommen sind (z.B. Art. 36 EG für die Landwirtschaft)<sup>382</sup>. Eine solche Ausnahme fehlt aber für den Sozialbereich.

Allerdings könnte argumentiert werden, beim Sozialbereich müssten andere Maßstäbe in der rechtlichen Beurteilung des Verhältnisses zu den Wettbewerbsregeln angelegt werden, da Tätigkeiten im Sozialbereich zumindest unmittelbar keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen<sup>383</sup>. Dagegen spricht aber, dass sich aus dem EG-Vertrag nicht ergibt, dass es sich beim Sozialbereich um

<sup>382</sup> EuGH, Urteil v. 30.04.1986 – verb. Rs. C-209/84 bis C-213/84 – Slg. 1986, I-1425, Tz.: 40 (Asjes).

<sup>383</sup> Siehe z.B. Grill in Lenz, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 26, der die Asjes-Rechtsprechung des EuGH lediglich für Wirtschaftsbereiche gelten lässt.

sich aus dem EG-Vertrag nicht ergibt, dass es sich beim Sozialbereich um einen Bereich handelt, der aufgrund seiner besonderen Merkmale auch gesondert behandelt werden müsste. Im Gegenteil, die Sozialvorschriften sind ein Teilbereich der Politiken der Gemeinschaft. Somit stehen sie auf gleicher Stufe wie z.B. die Landwirtschaft. Es wäre unverständlich, würde man im Sozialbereich trotzdem andere rechtliche Bewertungsmaßstäbe anlegen.

c) Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

Zusätzlich kann auf die Erwägungen der Vertragsparteien der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer<sup>384</sup> verwiesen werden, die deutlich machen, dass Wettbewerb und Sozialordnung unweigerlich zusammengehören<sup>385</sup>.

## **II. Funktionale Ausnahme für Kollektivvereinbarungen**

In den Urteilen Albany u.a. entwickelt der EuGH aber eine funktionale Ausnahme für Kollektivvereinbarungen vom EG-Kartellrecht.

### **1. Argumentation des EuGH<sup>386</sup>**

Wichtigste Erkenntnis der Urteile ist, dass es keine allgemeine Ausnahme vom EG-Kartellrecht für Kollektivvereinbarungen gibt<sup>387</sup>. Zwar sieht der EuGH die Bedeutung von Kollektivverhandlungen und würdigt sie auch entsprechend. Doch verliert er dabei nicht die Bedeutung, die das Wettbewerbsrecht in der

---

<sup>384</sup> Sartorius II, Nr. 190

<sup>385</sup> „(...) Die Verwirklichung des Binnenmarkts ist das wirksamste Mittel zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Gewährleistung eines Höchstmaßes an Wohlstand in der Gemeinschaft; bei der Verwirklichung des Binnenmarkts ist der Förderung und Schaffung neuer Arbeitsplätze erste Priorität einzuräumen; die Gemeinschaft hat sich den Herausforderungen der Zukunft hinsichtlich der wirtschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit insbesondere unter Berücksichtigung der regionalen Ungleichgewichte zu stellen. Der soziale Konsens trägt zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und der gesamten Wirtschaft sowie zur Schaffung von Arbeitsplätzen bei; daher ist er eine wesentliche Voraussetzung für eine kräftige Wirtschaftsentwicklung. (...)“

<sup>386</sup> Siehe § 1 A. II. 1..

<sup>387</sup> So auch Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 482.

Gemeinschaft hat, aus den Augen<sup>388</sup>. Da der Gerichtshof gerade von einer funktionalen Ausnahme ausgeht, besteht auch kein Widerspruch zu der Aussage, dass der Arbeitsmarkt keine Bereichsausnahme darstellt. Des weiteren zeigt die Annahme einer funktionalen Ausnahme, dass der Gerichtshof grundsätzlich davon ausgeht, dass Kollektivvereinbarungen oder Vereinbarungen bzw. Beschlüsse, die sich auf Kollektivvereinbarungen beziehen, tatbestandsmäßig unter das EG-Kartellrecht fallen können<sup>389</sup>. Eine Ausnahme kommt nur unter zwei Bedingungen in Betracht<sup>390</sup>:

a) Im Rahmen von Kollektivverhandlungen geschlossene Vereinbarungen

Der Gerichtshof erwähnt einmal die „Art“ der betroffenen Vereinbarungen. Dabei macht er deutlich, dass es sich um zwischen den Sozialpartnern im Rahmen von Kollektivverhandlungen geschlossene Vereinbarungen handeln muss. Eine genauere Definition unterbleibt. Allerdings nennt der Gerichtshof im Rahmen der Subsumtion Merkmale, die das Kriterium näher umschreiben. So muss die zwischen den Sozialpartnern abgeschlossene Vereinbarung die Form eines Kollektivvertrags haben und muss gerade das Ergebnis einer Kollektivverhandlung zwischen Organisationen sein, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten<sup>391</sup>. Ein wichtiges Merkmal ist somit der Dialog zwischen den Sozialpartnern<sup>392</sup>.

b) Verfolgung sozialpolitischer Ziele

Des weiteren verweist der Gerichtshof auf den „Gegenstand“ der zu beurteilenden Vereinbarung. Dabei fordert er, dass die Sozialpartner mit dem Abschluss der Kollektivvereinbarungen sozialpolitische Ziele verfolgen. Nur die im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge sind von der Anwendung des EG-

---

<sup>388</sup> Dazu auch Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 482.

<sup>389</sup> So auch Gyselen, CMLR 2000, 425, 441

<sup>390</sup> Dazu auch Steinmeyer in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 29, Rn. 112 ff.

<sup>391</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 62 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 59 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 49 (Drijvende Bokken).

<sup>392</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 62 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 59 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 49 (Drijvende Bokken).

Kartellrechts freigestellt. Auch dieser Teil der Formel wird nicht weiter konkretisiert. Allerdings spricht der Gerichtshof von der gemeinsamen Suche der Sozialpartner nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen<sup>393</sup>. Auch im Rahmen der Subsumtion stellt der Gerichtshof darauf ab, dass Gegenstand der Vereinbarungen ein von den Parteien jeweils angestrebtes Zusatzrentensystem sei und dieses unmittelbar zur Verbesserung einer der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, nämlich ihrer Entlohnung, beitragen<sup>394</sup>.

## 2. Stellungnahme

Es ist zu begrüßen, dass der Gerichtshof davon ausgeht, dass Tarifverträge grundsätzlich tatbestandsmäßig unter die Vorschriften des EG-Kartellrechts fallen. Alles andere wäre ein Widerspruch zur Bedeutung der EG-Wettbewerbsregeln im EG-Vertrag. Zu begrüßen ist aber auch, dass Kollektivvereinbarungen bedingt von der Anwendbarkeit der EG-Kartellvorschriften ausgenommen werden.

### a) Ausreichende Berücksichtigung sozialpolitischer Ziele auf Tatbestands-ebene?

Möglicherweise können sozialpolitische Ziele aber auch im Rahmen des Tatbestands von Art. 81 Abs. 1 EG ausreichend berücksichtigt werden. In diesem Fall könnte das Kartellrecht grundsätzlich weiterhin zur Anwendung kommen.

---

<sup>393</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 59 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 56 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 46 (Drijvende Bokken).

<sup>394</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 63 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 60 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 50 (Drijvende Bokken).

## (1) Keine Ausnahme im Rahmen der Tatbestandsprüfung

Im EG-Kartellrecht kommen die Gemeinschaftsorgane bei ambivalenten Auswirkungen einer Maßnahme auf den Wettbewerb immer öfter schon auf Tatbestandsebene bei Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale zu einer Unanwendbarkeit des Art. 81 EG. So ist Art. 81 EG in Fällen, in denen Nebenabreden zu einer kartellrechtlich unbedenklichen Hauptvereinbarung den Wettbewerb beschränken, nicht anwendbar, wenn diese Nebenabreden zur Durchführung der Hauptvereinbarung funktionsnotwendig sind (sog. ancillary restraints)<sup>395</sup>. Das gleiche gilt bei wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen, die der Markterschließung oder Marktöffnung dienen<sup>396</sup>. Die Begründung ist dabei unterschiedlich, allerdings erfolgt i.d.R. eine Abwägung der Vor- und Nachteile einer zu beurteilenden Maßnahme<sup>397</sup>. Dabei berücksichtigt aber auch der EuGH lediglich wettbewerbliche Belange<sup>398</sup>. Aufgrund dessen wird vertreten, dass zumindest Anfänge einer rule of reason nach amerikanischem Vorbild<sup>399</sup> im EG-Kartellrecht vorhanden seien<sup>400</sup>. Andere sehen in der Vorgehensweise eine teleologische Reduktion des Tatbestandes<sup>401</sup>. Letzten Endes kann aber die Bezeichnung der Vorgehensweise dahingestellt bleiben. Denn sie führt nicht zu einer Ausnahme von Tarifverträgen vom EG-Kartellrecht unter ausreichender Berücksichtigung der sozialpolitischen Zielsetzungen der Sozialpartner.

## (2) Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG nur in Ausnahmefällen

Gem. Art. 81 Abs. 3 EG können durch die Kommission und zum Teil auch durch nationale Behörden die Bestimmungen des Abs. 1 für nicht anwendbar erklärt werden. Dafür müssen aber zwei positive Voraussetzungen – Verbesse-

---

<sup>395</sup> Emmerich, § 37, 7. a), § 41, 5.; von Wallwitz, S. 124 f; GA Lenz, Schlussanträge v. 20.09.1995 – Rs. C-415/93 – Slg. 1995, 4930, Tz.: 268 (Bosman).

<sup>396</sup> Z.B. EuGH, Urteil v. 08.06.1982 – Rs. C-258/78 – Slg. 1982, 2015, Tz.: 58 (Nungesser).

<sup>397</sup> Von Gamm, Einf. A, Rn. 29; Emmerich, § 37, 7. a); a.A. Bunte in Langen/Bunte, Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 42.

<sup>398</sup> GA Léger, Schlussanträge v. 10.07.2001 – Rs. C-309/99 – EuGH, Slg. 2002, I-1582, Tz.: 104 (Wouters).

<sup>399</sup> Siehe dazu z.B. Ackermann, S. 11 ff.

<sup>400</sup> GA Léger, Schlussanträge v. 10.07.2001 – Rs. C-309/99 – EuGH, Slg. 2002, I-1582, Tz.: 103 (Wouters); Emmerich, I/M-EG, Bd. I, Art. 85 Abs. 1, Rn. 258; einschränkend Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 254 ff; a.A. Grill in Lenz, Art. 81, Rn. 22.

<sup>401</sup> Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV, Rn. 147 ff.

nung der Warenerzeugung/-verteilung bzw. Förderung des technischen/wirtschaftlichen Fortschritts sowie angemessene Verbraucherbeteiligung – und zwei negative Voraussetzungen – Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung und Fortbestand wesentlichen Restwettbewerbs – vorliegen. Eine Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die durch die Vereinbarung auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen nach ihrem Gegenstand, ihrem Inhalt und ihren Auswirkungen nicht über das hinausgehen, was zur Verwirklichung der mit der Wettbewerbsbeschränkung verfolgten Ziele erforderlich ist<sup>402</sup>. Dies ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Die Wettbewerbsbeschränkung darf nicht nur zur Erreichung der Ziele der Ab-sprache geeignet sein; sie muss vielmehr der einzige Weg sein, auf dem die Ziele überhaupt in demselben Ausmaß oder mit derselben Sicherheit erreicht werden können<sup>403</sup>. An diesem Merkmal wird bei Kollektivvereinbarungen die Freistellung i.d.R. scheitern, da eine Unerlässlichkeit von Kollektivvereinbarungen für die Verfolgung der Ziele i.d.R. nicht gegeben sein wird. Art. 81 Abs. 3 EG ist somit nur in den seltensten Fällen geeignet, Kollektivvereinbarungen vom EG-Kartellrecht freizustellen.

#### b) Praktische Konkordanz als Grundlage

Der EuGH geht nicht darauf ein, welche Methodik ihn zu seinem Ergebnis kommen lässt. Eine ausdrückliche Kollisionsregel enthält das Gemeinschaftsrecht nicht. Es ist auch kein Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers ersichtlich, der weiterhelfen könnte. Eine teleologische Reduktion im Rahmen des Kartellrechts kann nicht angenommen werden, da dazu erst das Kartellrecht anwendbar sein müsste. Die Vorgehensweise des EuGH erinnert vielmehr an den Grundsatz der praktischen Konkordanz im deutschen Verfassungsrecht<sup>404</sup>. Danach darf es bei einer Kollision verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter nicht zu einer vorschnellen Güterabwägung oder sogar dazu kommen, dass eines der Güter auf Kosten des anderen realisiert wird. Vielmehr müssen beide Güter so be-

---

<sup>402</sup> Weiß in Calliess/Ruffert, Art. 81 EG-Vertrag, Rn. 161; Brinker in Schwarze, Artikel 81 EGV, Rn. 73.

<sup>403</sup> EuGH, Urteil v. 25.10.1977 – Rs. C-27/76 – Slg. 1977, 1875, Tz.: 44 f (Metro ./ SABA I).

<sup>404</sup> Hanau in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 19, Rn. 5; ähnlich Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 483.

grenzt werden, dass beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können<sup>405</sup>. Der EG-Vertrag selbst zeigt, dass er vom Prinzip praktischer Konkordanz ausgeht. So spricht Art. 95 Abs. 3 S. 2 EG davon, dass bestimmte Ziele angestrebt werden sollen, Art. 6 davon, dass Erfordnisse des Umweltschutzes bei der Verfolgung der Ziele des Art. 3 EG einbezogen werden müssen. Beide Vorschriften zeigen, dass die genannten Ziele nicht ohne Rücksicht auf andere Belange durchgesetzt, sondern unter angemessener Berücksichtigung anderer Ziele des EG-Vertrags erreicht werden sollen. Im übrigen hat der EuGH schon frühzeitig zum Ausdruck gebracht, dass dem EG-Recht das Prinzip praktischer Konkordanz nicht unbekannt ist<sup>406</sup>.

c) Zustimmung mit Einschränkungen

Im Ergebnis kann den Ausführungen des EuGH zugestimmt werden, allerdings sollte die Begründung differenzierter erfolgen. Dass sich den Vorschriften des EG-Vertrags eine Ausnahme für die Anwendbarkeit der EG-Kartellvorschriften auf nationale Kollektivvereinbarungen entnehmen lässt, ist nicht so deutlich wie vom EuGH behauptet<sup>407</sup>.

(1) Vorschriften des EG-Vertrags

i. Art. 137 EG: Tarifvertragsrecht erfasst

Art. 137 Abs. 1 lit. f EG spricht davon, dass zur Verwirklichung der in Art. 136 EG genannten Ziele die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedsstaaten im Bereich der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung fördert und unterstützt. Gem. Art. 137 Abs. 5 EG ist demgegenüber Art. 137 EG u.a. auf das Koalitionsrecht nicht anwendbar.

---

<sup>405</sup> Siehe z.B. Hesse, Rn. 72.

<sup>406</sup> EuGH, Urteil vom 08.02.1968 – Rs. C-28/66 – Slg. 1968, I-2, 20 (Niederlande ./ . Kommission).

<sup>407</sup> So auch Berg, EuZW 2000, 170, 171.

In diesem Zusammenhang ist streitig, ob das Tarifvertragsrecht unter Art. 137 Abs. 1 oder Abs. 5 EG fällt<sup>408</sup>.

Nach einer Ansicht fällt das Tarifvertragsrecht unter die Ausnahme des Art. 137 Abs. 5 EG<sup>409</sup>. Dies wird im wesentlichen damit begründet, dass es ein Bestandteil des Koalitionsrechts sei und damit von diesem nicht getrennt werden könne<sup>410</sup>. Danach verbleibt für Art. 137 Abs. 1 lit. f EG im wesentlichen noch die betriebliche Mitbestimmung sowie die Mitbestimmung in Unternehmensorganen<sup>411</sup>. Demgegenüber geht eine andere Ansicht davon aus, dass das Tarifvertragsrecht von Art. 137 Abs. 1 lit. f EG erfasst wird<sup>412</sup>. Denn Art. 140 EG unterscheidet ausdrücklich zwischen Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen<sup>413</sup>.

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Der EG-Vertrag selbst unterscheidet zwischen Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen. Es ist nicht einzusehen, weshalb in Art. 140 EG beide Begriffe Erwähnung finden, wenn der eine im anderen schon enthalten ist. Eine Unterscheidung von Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen im Rahmen des Art. 137 EG sowie die daraus folgende unterschiedliche Behandlung macht auch Sinn. Denn es ist eher notwendig, die Durchführung von grenzüberschreitenden Tarifverträgen europarechtlich einheitlich zu regeln, als europaweit einheitliche Standards für die Mitgliedschaft in Gewerkschaften aufzustellen. Die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft wirkt sich i.d.R. nicht wesentlich auf Arbeitnehmer in anderen Mitgliedsstaaten aus, wohingegen bei der Ausführung eines grenzüberschreitenden Tarifvertrags Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedsstaaten unmittelbar betroffen sein können.

Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass das Tarifvertragsrecht unter Art. 137 Abs. 1 lit. f EG fällt. Da Art. 137 EG von der Unterstützung und Förderung der Tätigkeit der Mitgliedsstaaten spricht, kann ihm in gewissem Maße eine die Förderung von nationalen Tarifverträgen und sonstigen Kollektivvereinbarungen beinhaltende Funktion zugeschrieben werden. Allerdings genügt diese Vor-

---

<sup>408</sup> Siehe schon oben § 4 A. I. 2. d) (2) ii (b).

<sup>409</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 137, Rn. 9.

<sup>410</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 137, Rn. 9.

<sup>411</sup> Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 137, Rn. 14.

<sup>412</sup> Schmidt, I., Rn. 23; Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 37; Langenfeld in Grabit/Hilf, Art. 137, Rn. 92.

<sup>413</sup> Rebhahn in Schwarze, Artikel 137 EGV, Rn. 19.

schrift allein nicht, um eine Ausnahme von den EG-Kartellvorschriften zu begründen.

ii. Artt. 136, 138, 139, 140 EG

Art. 136 EG spricht die Förderung von Kollektivvereinbarungen nicht ausdrücklich an. Er benennt die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz und die Förderung des sozialen Dialogs als Ziel der Gemeinschaft und der Mitgliedsstaaten.

Demgegenüber beziehen sich die Artt. 138, 139 EG ausdrücklich auf den sozialen Dialog zwischen den Sozialpartnern und darauf, dass dieser zum Abschluss von Vereinbarungen führen kann. Beide Vorschriften beziehen sich aber auf den sozialen Dialog und den Abschluss von Vereinbarungen auf Gemeinschaftsebene. Es geht also um Verhandlungen gemeinschaftsweit organisierter Sozialpartner und um den Abschluss von Vereinbarungen, die gemeinschaftsweite Geltung erlangen<sup>414</sup>. Aus diesen Vorschriften kann somit höchstens geschlossen werden, dass der EG-Vertrag, wenn er denn gemeinschaftsweite Vereinbarungen anerkennt und fördert, sich nicht gegen nationale Vereinbarungen wendet. Allerdings folgt daraus nicht zwangsläufig, dass auch nationale Tarifverträge gefördert werden, denn die hM in der Literatur geht davon aus, dass mit vertraglichen Beziehungen und Vereinbarungen i.S.d. Art. 139 EG keine Tarifverträge gemeint sind<sup>415</sup>.

Des Weiteren besteht ein großer Unterschied zwischen Tarifverträgen, die von Sozialpartnern eines Mitgliedsstaats geschlossen werden und grenzüberschreitend wirken und Vereinbarungen auf Gemeinschaftsebene zwischen gemeinschaftsweit tätigen Sozialpartnern. Ein Interesse an der Förderung letzterer Vereinbarungen durch die Gemeinschaft ist ungleich größer.

Auch Art. 140 Spiegelstrich 7 EG erwähnt das Koalitionsrecht sowie die Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Doch auch hier geht es um die Förderung der Tätigkeit der Mitgliedsstaaten durch die

---

<sup>414</sup> Zu einer möglichen Konkretisierung der Sozialpartner auf Gemeinschaftsebene Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 138 EG-Vertrag, Rn. 6 ff.

<sup>415</sup> Siehe dazu § 3 A II 5 d) (2) iii.

Kommission. Der Abschluss von Kollektivvereinbarungen ist allerdings keine Tätigkeit der Mitgliedsstaaten, sondern der Sozialpartner der Mitgliedsstaaten. Somit kommt Art. 140 EG dieselbe Bedeutung im Hinblick auf die Ausnahme von den EG-Kartellvorschriften zu wie Art. 137 EG.

## (2) Europa- und völkerrechtliche Bestimmungen

Allerdings sind die Sozialvorschriften des EG-Vertrags im Zusammenhang mit den sonstigen europarechtlichen oder völkerrechtlichen Bestimmungen zu sehen, die innerhalb der Gemeinschaft Anwendung finden. Art. 6 der Europäischen Sozialcharta bezieht sich ausdrücklich auf die Förderung von Verhandlungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden und auf den Abschluss von Gesamtvereinbarungen. Hier werden aber nur die Vertragsparteien verpflichtet, zu denen nicht die Gemeinschaft selbst zählt. Des weiteren kommt der Europäischen Sozialcharta nur begrenzte Rechtswirkung zu<sup>416</sup>. Außerdem ist Ziff. 12 Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer zu beachten. In dieser Vorschrift wird ausdrücklich vom Recht der Arbeitgeber und Arbeitgebervereinigungen sowie den Gewerkschaften gesprochen, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen. Auch diese Vorschrift hat nur sehr begrenzte Rechtswirkung. Auf beide Vorschriften verweist aber Art. 136 Abs. 1 EG<sup>417</sup>.

## (3) Gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz

Kollektivverhandlungen und –vereinbarungen im arbeitsrechtlichen Bereich sind in sämtlichen Mitgliedsstaaten mehr oder weniger anerkannt. Dieser Umstand muss als allgemeiner Grundsatz der Mitgliedsstaaten auch im EG-Recht Berücksichtigung finden.

---

<sup>416</sup> Siehe § 3 B. V. 4. d).

<sup>417</sup> Zum rechtlichen Charakter des Verweises siehe § 3 B V. 4. d).

(4) Zwischenergebnis

Kollektivvereinbarungen können nicht mit der Begründung von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen werden, dass eine Bereichsausnahme Arbeitsmarkt existiert. Allerdings fördert das EG-Recht Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivvereinbarungen<sup>418</sup>. Dazu stünde es im klaren Widerspruch, genau diese Vereinbarungen dem EG-Kartellrecht zu unterstellen und damit deren mögliche Nichtigkeit in Kauf zu nehmen.

Aufgrund der vom EuGH in den Urteilen Albany u.a. aufgestellten Formel lassen sich schon jetzt folgende Schlussfolgerungen ziehen: Die Fälle, in denen lediglich die Form einer Kollektivvereinbarung genutzt wird, um nicht unter die Kartellvorschriften des EG-Vertrags zu fallen, in denen aber konkret die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitgebers und somit eine Wirtschaftsbedingung geregelt wird, werden von der Ausnahme nicht erfasst, denn in diesem Fall werden unmittelbar weder Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geregelt noch war eine solche Regelung von den Sozialpartnern bezweckt. Somit fällt die tarifvertragliche Regelung nicht unter die Ausnahme, nach der die Geschäftsstellen einer Bank am 31.12. geschlossen bleiben. Demgegenüber fallen die Kollektivvereinbarungen unter die Ausnahme, die unmittelbar Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen regeln, sich aber auf die Wirtschaftsbedingungen auswirken.

## **§ 6 Konkretisierung der Ausnahme und Folgen der Urteile Albany u.a.**

Nunmehr sollen die vom EuGH entwickelten Kriterien für das Vorliegen der Ausnahme konkretisiert werden, wobei die einzelnen Kriterien der Ausnahme gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen sind. Des weiteren soll geklärt werden, ob die Ausnahme eingeschränkt werden muss.

---

<sup>418</sup> So auch Fleischer, DB 2000, 821, 823.

## A. Konkretisierung der Kriterien

### I. Kumulatives Vorliegen

Die Kriterien der Ausnahme – „Art und Gegenstand“ – müssen zwingend kumulativ vorliegen<sup>419</sup>.

Schon die Entscheidungsgründe machen deutlich, dass der Gerichtshof ein kumulatives Vorliegen der Kriterien fordert. Das zeigt schon die vom Gerichtshof aufgestellte Formel – „Art und Gegenstand“ – selbst<sup>420</sup>. Aber auch im Rahmen der Subsumtion des Sachverhalts unter die Formel macht der Gerichtshof deutlich, dass beide Kriterien geprüft werden müssen<sup>421</sup>.

Würde man die Verfolgung sozialpolitischer Ziele für die Ausnahme genügen lassen, würde das zur Anerkennung einer Bereichsausnahme Arbeitsmarkt führen. Dass eine solche im EG-Recht nicht existiert, wurde schon dargestellt<sup>422</sup>.

Auch Sinn und Zweck der Ausnahme sprechen für ein kumulatives Vorliegen der Kriterien. Die vom EuGH zur Begründung der Ausnahme angeführten Vorschriften beziehen sich inhaltlich auf die Verbesserung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sowie die Stärkung sozialen Schutzes und fördern deshalb den Abschluss von Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern. Würde man es genügen lassen, dass nur eines der Kriterien vorliegt, widerspräche das gerade Sinn und Zweck der Ausnahme. Denn es wäre nicht einzusehen, die EG-Kartellvorschriften auf Vereinbarungen nicht anzuwenden, die den Wettbewerb auf den Gütermärkten beschränken, nur weil sie im Rahmen von Kollektivverhandlungen als Kollektivvereinbarung abgeschlossen wurden.

---

<sup>419</sup> So auch EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 22.03.2002 – Rs. E-8/00, Tz.: 50 (Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund).

<sup>420</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 60 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 57 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 47 (Drijvende Bokken); so auch EuGH, Urteil v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111, Tz.: 22 (van der Woude).

<sup>421</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 61 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 58 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 48 (Drijvende Bokken); so auch EuGH, Urteil v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111, Tz.: 23 (van der Woude).

<sup>422</sup> Siehe § 5 B I.

## II. „Art“

Aus den Urteilen Albany u.a. ergibt sich, dass das Kriterium „Art“ auf jeden Fall dann erfüllt ist, wenn Tarifverträge als Ergebnis von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern abgeschlossen werden.

### a) Kollektivvereinbarungen zwischen Sozialpartnern notwendig?

Fraglich ist aber, ob die Nichtanwendung der Artt. 81 ff EG nur dann in Betracht kommt, wenn Kollektivverhandlungen zwischen Sozialpartnern zu Kollektivvereinbarungen geführt haben. Aufgrund der Urteile Albany u.a. könnte davon ausgegangen werden, dass der EuGH davon ausgeht, dass diese Voraussetzung unbedingt erfüllt sein muss. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dem Gerichtshof bisher nur Verfahren vorgelegt wurden, in denen Kollektivverhandlungen zwischen Sozialpartnern vorausgegangen waren<sup>423</sup>.

Dass die EG-Kartellvorschriften auf Kollektivvereinbarungen zwischen Sozialpartnern, die auf Kollektivverhandlungen beruhen, nicht anwendbar sind, ergibt sich aus den Sozialvorschriften des EG-Vertrags, sonstigen europa- und völkerrechtlichen Vorschriften sowie aus dem allgemeinen Grundsatz der Mitgliedsstaaten<sup>424</sup>. Fraglich ist, ob auch einseitig abgesprochenes Arbeitgeberverhalten derart privilegiert sein kann, auch wenn es zu Wettbewerbsbeschränkungen führt<sup>425</sup>. Hier müssen ebenfalls die soeben zitierten Vorschriften in Bezug genommen werden. Dabei fällt auf, dass diese Vorschriften zwar von der Verbesserung der Arbeitsbedingungen und des sozialen Schutzes oder des sozialen Dialogs sprechen, dabei aber keine Kollektivverhandlungen zwischen Sozialpartnern fordern. Auch Art. 137 EG nimmt nicht nur auf die kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen Bezug (siehe Art. 137 Abs. 1 lit. f und demgegenüber Art. 137 Abs. 1 lit. b und c EG). Das gleiche gilt für Art. 140 EG. Auch Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte spricht nur von der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes. Aus einer Ge-

---

<sup>423</sup> Zum Urteil in Sachen Pavlov siehe sogleich.

<sup>424</sup> Siehe § 5 B. II. 2. c).

<sup>425</sup> Siehe zu der Problematik im deutschen Recht Rieble, Rn. 462 f.

samtschau dieser Vorschriften wird deutlich, dass die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im Vordergrund steht, nicht so sehr aber die Verbesserung aufgrund von Kollektivverhandlungen zwischen Sozialpartnern. Diese werden ermöglicht und gefördert, sind aber keine Voraussetzung. Aufgrund dessen müssen auch Verhaltensweisen von Arbeitgebern, die sich unmittelbar auf die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beziehen, von der Anwendung der Artt. 81 EG ausgenommen sein.

Auch ein Blick auf die Entscheidung Pavlov des EuGH bestätigt dies<sup>426</sup>. In Sachen Pavlov fanden Verhandlungen zwischen selbstständigen Fachärzten und deren Standesvertretung statt. Eine Nichtanwendbarkeit der Artt. 81 ff EG wurde abgelehnt, da die Vorschriften des EG-Vertrags Verhandlungen zwischen Angehörigen eines freien Berufs und deren Standesvertretung nicht förderten. Die unterschiedliche Behandlung der Sachverhalte Albany u.a. und Pavlov ist gerechtfertigt. Dabei sind die besonderen Umstände unselbstständiger Beschäftigungsverhältnisse zu berücksichtigen. Diese liegen in der von Natur aus vorhandenen Übermacht der jeweiligen Arbeitgeber. Diese können grundsätzlich die Arbeitsbedingungen diktieren und haben gegenüber den Arbeitnehmern ein Weisungsrecht. Gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit kann diese Übermacht verstärkt dazu führen, dass sich Arbeitnehmer aus Angst vor Arbeitslosigkeit auch mit Arbeitsbedingungen einverstanden erklären, die für sie von Nachteil sind. Arbeitnehmer haben nicht ohne weiteres die Möglichkeit, sich selbstständig zu machen und sich somit eigene Arbeitsbedingungen zu schaffen. Solange also Arbeitnehmer betroffen sind und deren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen verbessert werden, spricht nichts gegen eine Privilegierung der Vereinbarungen der Arbeitgeber.

Die Charakterisierung der Arbeitgeber als Unternehmen, selbst im Rahmen von Kollektivverhandlungen und dem Abschluss von Kollektivvereinbarungen, steht diesem Ergebnis ebenfalls nicht entgegen. Denn für die Prüfung der Unternehmenseigenschaft müssten die EG-Kartellvorschriften zunächst einmal anwendbar sein. Wird die Anwendbarkeit mit der hier vertretenen Begründung verneint,

---

<sup>426</sup> EuGH, Urteil v. 12.09.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Slg. 2000, I-6451, Tz.: 64 (Pavlov); siehe dazu § 1 D und Grancharova, ELR 2000, 337 ff.

kommt es zum notwendigen Schutz von Vereinbarungen zur unmittelbaren Verbesserung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, ohne die Systematik des Kartellrechts zu durchbrechen.

b) Sozialpartner

Das soeben gefundene Ergebnis wird auch dadurch bestätigt, dass sich nicht alle der in Bezug genommenen Vorschriften auf Sozialpartner beziehen. Der Begriff der Sozialpartner wird vom EuGH nicht näher konkretisiert. Er spricht vielmehr allgemein von Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten<sup>427</sup>. Eine Definition lässt sich aber in den europarechtlichen Vorschriften nicht finden. Nach hM sind damit Assoziationen von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern gemeint, die zumindest auch Arbeitsbedingungen beeinflussen wollen<sup>428</sup>. Landesvertretungen freier Berufe gehören nicht zu den Sozialpartnern. Demgegenüber kommt auch der einzelne Arbeitgeber als Sozialpartner in Betracht<sup>429</sup>.

c) Form

Zur „Art“ gehört auch die Form der Vereinbarung<sup>430</sup>.

(1) Sozialpartner als Vertragsparteien, Schriftform

Allerdings gibt es keine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die eine bestimmte Form für Kollektivvereinbarungen vorschreibt. Der EuGH geht in den Urteilen Albany u.a. davon aus, dass es sich bei den streitgegenständlichen Vereinbarungen jeweils um Tarifverträge handelt. Er bezieht sich somit auf das nationale Recht. Allerdings ist eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung der Form notwendig. Als einheitliches Merkmal sollte zumindest gefordert werden, dass

---

<sup>427</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 59 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 56 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 46 (Drijvende Bokken).

<sup>428</sup> Rebhahn in Schwarze, Artikel 138, Rn. 9

<sup>429</sup> Siehe § 7 A. I. 2. b).

<sup>430</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 62 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 59 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 49 (Drijvende Bokken); etwas missverständlich, aber wohl übereinstimmend auch GA Fennelly, Schlussanträge v. 11.05.2000 – Rs. C-222/98 – EuGH, Slg. 2000, I-7111, Tz.: 24 (van der Woude).

Vertragsparteien ausschließlich die Sozialpartner sind. Dies ergibt sich aus der Begründung für die Ausnahme. Aufgrund von Beweis Zwecken sollten die Vereinbarungen schriftlich abgefasst werden. Allerdings ist das keine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen der Ausnahme.

(2) Normativwirkung?

Fraglich ist, ob auch der normative Charakter einer Vereinbarung zu diesen einheitlichen Merkmalen zu zählen ist. Nicht in allen Mitgliedsstaaten haben Tarifverträge normativen Charakter<sup>431</sup>. Aus den Urteilen Albany u.a. ergibt sich, dass Kollektivvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern dann vom EG-Kartellrecht ausgenommen sind, wenn durch sie Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geregelt werden. In diesem Fall ist die Normativwirkung gegeben, da sich die Kollektivvereinbarungen unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse auswirken. Bei fehlender Normativwirkung sind die zwischen den Sozialpartnern ausgehandelten Bedingungen dann für die Arbeitnehmer verbindlich, wenn sie in den jeweiligen Arbeitsvertrag einbezogen werden. Hier könnte argumentiert werden, dass die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen in diesem Fall nicht mehr unmittelbar auf Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern beruht, sondern auf Verhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer. Allerdings ergibt sich aus den EG-Sozialvorschriften nicht, dass eine Ausnahme vom Kartellrecht nur beim Vorliegen einer Normativwirkung in Betracht kommt. Es liegt vielmehr in der Autonomie der Sozialpartner, ob eine Vereinbarung normativ oder nur schuldrechtlich wirken soll. Außerdem kann auch bei nur schuldrechtlich wirkenden Vereinbarungen von einer unmittelbaren Regelung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gesprochen werden, da die Sozialpartner in diesem Fall den vereinbarten Verpflichtungen unterliegen. Gehen diese dahin, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestimmte Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen geschaffen werden müssen, ist die unmittelbare Wirkung offensichtlich.

---

<sup>431</sup> Siehe dazu Gamillscheg, § 15, I. 2. a) (S. 541); Körtgen, S. 36 (Frankreich), S. 42 (Großbritannien).

### III. „Gegenstand“

Nach den Ausführungen des EuGH hat das Kriterium „Gegenstand“ sowohl eine objektive als auch eine subjektive Seite („(...) im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge (...)"<sup>432</sup>.

#### 1. **Objektive Seite: Sozialpolitische Ziele mit unmittelbarem Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen**

##### a) Sozialpolitische Ziele

Die Ausführungen des EuGH sind dahingehend zu verstehen, dass es beim Kriterium des Gegenstandes um die Verfolgung sozialpolitischer Ziele geht, deren unmittelbare Folge die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sein muss<sup>433</sup>. Dies wird bestätigt durch die Urteile van der Woude und Pavlov<sup>434</sup>. Des Weiteren wird aus der vom EuGH aufgestellten Formel und aus der Tatsache, dass Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen auf verschiedene Art und Weise verbessert werden können, deutlich, dass sich das Kriterium Gegenstand nicht ausschließlich auf Zusatzrentensysteme beschränkt<sup>435</sup>. Bestätigt wird dies im Verfahren van der Woude, in dem es um Beiträge zur Krankenversicherung ging. Eine Vorstellung von der Bedeutung des Begriffs „sozialpolitische Ziele“ gibt die nicht abschließende Aufzählung in Art. 140 EG. So können die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen z.B. verbessert werden, indem die soziale Sicherheit des Arbeitnehmers im Rahmen seiner Beschäftigung verbes-

---

<sup>432</sup> Siehe § 1 A. II. 1..

<sup>433</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 63 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 60 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 50 (Drijvende Bokken); so auch GA Fennelly, Schlussanträge v. 11.05.2000 – Rs. C-222/98 – EuGH, Slg. 2000, I-7111, Tz.: 25 f (van der Woude).

<sup>434</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111, Tz.: 25 (van der Woude); dazu Kronenberger, ELR 2000, 341 f; EuGH, Urteil v. 12.09.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Slg. 2000, I-6451, Tz.: 68 (Pavlov).

<sup>435</sup> So auch GA Fennelly, Schlussanträge v. 11.05.2000 – Rs. C-222/98 – EuGH, Slg. 2000, I-7111, Tz.: 21 (van der Woude).

sert wird<sup>436</sup>. Dabei sind mit sozialpolitischen Zielen alle Ziele gemeint, die dem Schutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis dienen.

b) Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

Dass ein unmittelbarer Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen vorliegen muss, zeigt die Auslegung der vom EuGH angeführten Vorschriften. Aus dem Wortlaut von Art. 117 EGV (jetzt Art. 136 EG) ergab sich, dass sich die Sozialvorschriften des EG-Vertrags nur auf Arbeitskräfte beziehen.

Art. 136 EG demgegenüber erwähnt die Arbeitskräfte nicht mehr. Nach wie vor wird aber zumindest in den Artt. 137 ff EG häufig auf Arbeitnehmer oder Arbeitskräfte Bezug genommen, wobei beide Begriffe identisch sind<sup>437</sup>. Zur Sozialpolitik zumindest i. S. d. Artt. 137 ff EG zählen im allgemeinen nur jene Aspekte, die Arbeitnehmer und deren soziale Position betreffen. Die Vorschriften haben somit ihren Bedeutungsschwerpunkt im Rahmen des individuellen und auch kollektiven Arbeitsrechts<sup>438</sup>. Doch auch Art. 136 EG bezieht sich schwerpunktmäßig zumindest aufs Arbeitsrecht und betrifft damit wohl auch hauptsächlich Arbeitnehmer<sup>439</sup>.

(1) Begriffsbestimmung: Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

Eine allgemein gültige oder im Zusammenhang mit dem Abschluss von Kollektivvereinbarungen geltende Definition der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen existiert im EG-Recht nicht<sup>440</sup>. Aber nicht nur die genaue Bedeutung dieser Begriffe ist unklar; unsicher ist auch, ob zwischen beiden Begriffen überhaupt ein Unterschied besteht.

---

<sup>436</sup> Was unter sozialer Sicherheit zu verstehen ist, ergibt sich aus den zu Art. 42 EG entwickelten Grundsätzen sowie aus Art. 4 der VO (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern verwiesen werden (ABl. EG Nr. L 149/2).

<sup>437</sup> Schulte in G/T/E, Artikel 117, Rn. 18; Rebhahn in Schwarze, Artikel 136 EGV, Rn. 18.

<sup>438</sup> Rebhahn in Schwarze, Artikel 136, Rn. 3.

<sup>439</sup> Rebhahn in Schwarze, Artikel 136 EGV, Rn. 2; Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 136, Rn. 29; a.A. Coen in Lenz, Art. 136, Rn. 1.

<sup>440</sup> Steinmeyer in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 12, Rn. 51.

*i. Unterschiedliche Bedeutung*

Bei Art. 137 EG ist umstritten, ob die Begriffe Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen die gleiche Bedeutung haben<sup>441</sup>. Allerdings nehmen sowohl die Vorschriften des EG-Vertrags (siehe z.B. Art. 137 Abs. 1 lit. b und lit. g EG) als auch der EuGH<sup>442</sup> immer wieder auf beide Begriffe Bezug. Schon daraus muss gefolgert werden, dass sie eine unterschiedliche Bedeutung haben.

*ii. Einzelfallentscheidung*

Die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen werden im EG-Recht an mehreren Stellen erwähnt, so in den Artt. 39 Abs. 2, 136, 137 Abs. 1 lit. b und 140 Spiegelstrich 2 EG, in Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1612/68<sup>443</sup>, in Art. 3 RL 96/71/EG<sup>444</sup>, in Art. 5 RL 76/207/EWG<sup>445</sup>, in Ziff. 7-9 Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte sowie in Art. 2 Europäische Sozialcharta die Arbeitsbedingungen, in Art. 137 Abs. 1 lit. g EG, in Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1612/68 und in Art. 3 RL 97/71/EG die Beschäftigungsbedingungen. Des Weiteren ist die Beschäftigung z.B. in Art. 140 Spiegelstrich 1 EG sowie in Art. 3 RL 76/207/EWG erwähnt. Dass keine einheitliche Begriffsbestimmung existiert, liegt daran, dass beide Begriffe in den unterschiedlichen Normen auch unterschiedliche Bedeutung haben. Das zeigt sich z.B. an Art. 137 EG, der z.B. den Kündigungsschutz sowie den Schutz des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz zusätzlich zu den Arbeitsbedingungen nennt. Demgegenüber spricht Art. 136 EG all-

---

<sup>441</sup> Bejahend Schmidt, Kap. I, Rn. 24; zweifelnd Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 49; Langenfeld in Grabitz/Hilf, Art. 137 EGV, Rn. 83; wieder anders Krebber in Calliess/Ruffert, Art. 137 EG-Vertrag, Rn. 15.

<sup>442</sup> EuGH, Urteil v. 12.09.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98 – Slg. 2000, I-6451, Tz.: 67 (Pavlov); Urteil v. 21.09.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111, Tz.: 22 (van der Woude); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 59 (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 56 (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 46 (Drijvende Bokken).

<sup>443</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft.

<sup>444</sup> Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

<sup>445</sup> Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen.

gemein von Lebens- und Arbeitsbedingungen. Eine Begriffsbestimmung muss damit immer im jeweiligen Zusammenhang erfolgen<sup>446</sup>.

### iii. Begriffsbestimmung

Im allgemeinen wird der Begriff der Arbeitsbedingungen im EG-Recht eher weit ausgelegt<sup>447</sup>. Nach Ansicht des EFTA-Gerichtshofs ist dabei aber der gute Glaube der Parteien zu berücksichtigen<sup>448</sup>. Ein Blick auf die Urteile Albany u.a. hilft bei der Begriffsbestimmung nicht weiter. Der EuGH nimmt sowohl auf Art. 136 EG als auch auf Artt. 138, 139, 140 EG Bezug. Nur in Art. 136 und 140 EG ist von Arbeitsbedingungen die Rede. Ohne konkreten Zusammenhang könnte mit Arbeitsbedingungen das gesamte Arbeitsrecht gemeint sein. Art. 140 Spiegelstrich 2 EG zeigt aber, dass zwischen Arbeitsrecht und Arbeitsbedingungen unterschieden wird. In Art. 136 EG ist der Begriff demgegenüber allumfassend gemeint ist. Im Rahmen von Art. 137 EG ist wiederum anerkannt, dass der Begriff der Arbeitsbedingungen eng auszulegen ist<sup>449</sup>. Im Zusammenhang mit der RL 76/207/EWG versteht der EuGH unter dem Begriff der Arbeitsbedingungen alle Leistungen, die notwendig mit einem Arbeitsverhältnis verknüpft sind<sup>450</sup>. Im Rahmen von Art. 39 EG sind nach allgemeiner Meinung die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne gemeint, d.h. dass von ihnen nicht nur die durch Gesetz oder andere hoheitliche Maßnahmen festgesetzten oder in Einzel- oder Kollektivarbeitsverträgen ausgehandelten Konditionen, sondern auch alle vom Arbeitgeber freiwillig gewährten Nebenleistungen erfasst werden<sup>451</sup>.

Aufgrund fehlender EG-rechtlicher Normen, die sich auf Kollektivvereinbarungen beziehen, gibt es keine Anhaltspunkte im EG-Recht für den genauen Umfang der Kompetenzen der Sozialpartner zum Abschluss von Kollektivvereinbarungen. Ein Anhaltspunkt für die Begriffsbestimmung in diesem Zusammen-

---

<sup>446</sup> Birk in Münchener Handbuch, § 18, Rn. 4.

<sup>447</sup> Schmidt, Kap. I, Rn. 9; Blanpain/Schmidt/Schweibert, Rn. 134.

<sup>448</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 22.03.2002 – Rs. E-8/00, Tz.: 53, 56 (Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund).

<sup>449</sup> Schmidt, Kap. I, Rn. 10; Balze, S. 262 ff.

<sup>450</sup> EuGH, Urteil v. 13.07.1995 – Rs. C-116/94 – Slg. 1995, I-2131, Tz.: 17 ff, insbes. 24 (Meyers).

<sup>451</sup> Siehe z.B. Wölker in G/T/E, Artikel 48, Rn. 40.

hang ergibt sich daraus, dass das Tarifvertragsrecht Berücksichtigung finden muss. Aufgrund dieser Tatsache ist aber zumindest klar, dass mit Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht die ebenfalls in Art. 136 EG genannten Lebensbedingungen gemeint sein können. Des weiteren enthält der EG-Vertrag in den Artt. 125 ff Vorschriften, die insb. den Zugang zur Beschäftigung betreffen. Des weiteren können die Begriffsbestimmungen in den Mitgliedsstaaten als weiterer Anhaltspunkt herangezogen werden. Aus alledem kann der Begriff der Arbeitsbedingungen dahingehend konkretisiert werden, dass die Bedingungen gemeint sind, die sich auf das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im engeren Sinne beziehen, also auf alle Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben<sup>452</sup>. Darunter fallen z.B. Dauer und Lage der Arbeitszeit, Arbeitsentgelt einschließlich zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers, Dauer und Lage des Urlaubs, Pflicht des Arbeitgebers auf Zuweisung der dem Vertrag entsprechenden Tätigkeit, Überstunden etc.. Dagegen betreffen die Beschäftigungsbedingungen all diejenigen Bedingungen, die den Zugang zur Beschäftigung selbst, deren Beendigung und alle Umstände betreffen, die zwar einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben, aber nicht direkt die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag betreffen. Hier können z.B. Abschluss des Arbeitsvertrags, Kündigungsbedingungen und Kündigungsschutz, Anhörung und Unterrichtung der Arbeitnehmer, betriebliche Mitbestimmung, gemeinsame Einrichtungen etc. genannt werden.

## (2) Verbesserung und Verschlechterung

Fraglich ist auch, ob die Ausnahme vom Kartellrecht tatsächlich nur die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betrifft oder ob nicht vielmehr auch Verschlechterungen dieser Bedingungen erfasst werden. Letztere Fälle werden freilich äußerst selten vorkommen, da Gewerkschaften i.d.R. nicht zuungunsten der Arbeitnehmer handeln werden.

---

<sup>452</sup> Siehe dazu Steinmeyer in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 12, Rn. 51.

Der EuGH beschränkt sich in den Urteilen Albany u.a. auf die Verbesserung, sagt aber nicht, wann genau von einer Verbesserung auszugehen ist<sup>453</sup>. Hier darf nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer abgestellt werden. Vielmehr ist zu fragen, ob objektiv gesehen eine Verbesserung eintritt. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer vorteilhafter werden oder der soziale Schutz verstärkt wird. Die vom EuGH angeführten und die sonstigen für eine Ausnahme sprechenden Vorschriften zeigen aber, dass auch die Verschlechterung von der Ausnahme erfasst wird. Die Artt. 136, 137 und 140 EG sprechen zwar nur von der Verbesserung der Arbeitsbedingungen; sie beziehen sich aber auch nur auf die Ziele der Gemeinschaft und der Mitgliedsstaaten, nicht auf den zulässigen Inhalt von Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern. Dieser richtet sich aber nach nationalem Recht, solange eine entsprechende europarechtliche Regelung fehlt. Art. 139 EG ist des weiteren neutral formuliert. Die Förderung bezieht sich hier auf die Kollektivverhandlungen und –vereinbarungen, nicht auf deren Inhalt. Das gleiche gilt auch für Art. 28 der EU-Grundrechtecharta, Art. 6 der Europäischen Sozialcharta und Nr. 12 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte<sup>454</sup>. Ein Blick auf das deutsche Recht zeigt, dass die Tarifmacht nicht auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen beschränkt ist. Des weiteren kann die Einbeziehung der Verschlechterung nicht mit einem Verweis auf die Forderung nach Verfolgung sozialpolitischer Ziele abgelehnt werden. Auch mit einer Verschlechterung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen können sozialpolitische Ziele verfolgt werden. Als Beispiel kann die tarifvertraglich verlängerte Arbeitszeit ohne Lohnausgleich genannt werden, die notwendig ist, um Arbeitsplätze zu sichern. Natürlich ist aber gerade bei einer verschlechternden Regelung in Kollektivvereinbarungen genau zu überprüfen, ob damit tatsächlich auch sozialpolitische Ziele verfolgt werden.

---

<sup>453</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 59 ff (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 56 ff (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 46 ff (Drijvende Bokken).

<sup>454</sup> Im Ergebnis so auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens’), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 166 ff.

## 2. **Subjektive Seite: Zielsetzung**

Zur objektiven Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen muss noch hinzukommen, dass eine Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen bezweckt wird („(...) im Hinblick auf (...)“). Hier könnte ein subjektiver Wille der Sozialpartner gefordert werden oder eine auf die Regelung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gerichtete Zielsetzung der Sozialpartner genügen. Der Wille der Sozialpartner allein, keine sozialpolitischen Ziele zu verfolgen, sondern vielmehr die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitgebers zu regeln, ist für den Wettbewerb solange nicht schädlich, als er sich nicht tatsächlich auf dem Gütermarkt wettbewerbsbeschränkend auswirkt. Des Weiteren zeigt die Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal „Bezwecken“ in Art. 81 Abs. 1 EG, dass das objektive Element ausschlaggebend ist<sup>455</sup>. Aufgrund dessen ist als subjektives Element eine auf die Regelung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gerichtete – und somit objektiv zu bestimmende – Zielsetzung der Sozialpartner zu fordern.

## IV. **Rechtsfolgen**

Aufgrund der Notwendigkeit eines kumulativen Vorliegens der Kriterien, ist bei Kollektivvereinbarungen, bei denen eines der Kriterien nicht gegeben ist, Kartellrecht anwendbar. Da das Kriterium „Gegenstand“ zwei Elemente hat, sollte das auch für den Fall gelten, dass lediglich das objektive oder subjektive Element fehlt. Beim Fehlen des objektiven Elements ist das offensichtlich. Doch auch im Falle des Fehlens des subjektiven Elements ist diese Rechtsfolge gerechtfertigt, da es nicht um die Sanktionierung des Vorliegens einer Absicht geht, sondern um eine Zielsetzung der Sozialpartner, die objektiv zu bestimmen ist. Allerdings wird in den Fällen, in denen das subjektive Element fehlt, i.d.R. auch das objektive Element nicht vorliegen.

Die schon erwähnte tarifvertragliche Regelung der Lage der Arbeitszeit erfüllt die aufgeführten Kriterien und fällt somit unter die Ausnahme. Anders ist bei der tarifvertraglichen Regelung zu entscheiden, nach der die Entlohnung des Bedienungspersonals in Gaststätten und Hotels durch obligatorische Erhebung

---

<sup>455</sup> Siehe dazu § 7 B. II. 5..

eines Bedienungszuschlags zu finanzieren ist. Hierbei wird nicht eine Arbeitsbedingung des Arbeitnehmers, sondern vielmehr eine Wirtschaftsbedingung des Arbeitgebers geregelt, denn die Erhebung des Bedienungszuschlags erfasst unmittelbar nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Gast.

Aus der Voraussetzung der Art ergibt sich, dass auch Gagenstoppabkommen von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen sind, da durch sie unmittelbar Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer geregelt werden. Demgegenüber sind Streikhilfeabkommen nicht von der Anwendung des EG-Kartellrechts ausgenommen, da durch sie gerade keine Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer unmittelbar geregelt werden.

## **B. Einschränkung der Ausnahme?**

Nunmehr stellt sich die Frage, ob die vom EuGH entwickelte Ausnahme eingeschränkt werden muss. Den Ausführungen des EuGH zufolge sind keine derartigen Einschränkungen erforderlich.

### **I. Gründe für eine mögliche Einschränkung**

Die Notwendigkeit einer Einschränkung der Ausnahme könnte sich aufgrund der Bedeutung des Wettbewerbs für den Binnenmarkt und des daraus und aus der Systematik des EG-Vertrags folgenden allumfassenden Geltungsanspruchs der EG-Wettbewerbsregeln ergeben<sup>456</sup>. Des weiteren folgt die vom EuGH entwickelte Ausnahme so deutlich gerade nicht aus dem EG-Vertrag<sup>457</sup>. Außerdem handelt es sich um sehr auslegungsbedürftige Normen. Dem stehen die Vorschriften des EG-Kartellrechts gegenüber, die ausführlich und konkret ausgestaltet sind und ausdrücklich klarstellen, dass wettbewerbsbeschränkende Absprachen verboten sind. Auch aus den in den Mitgliedsstaaten geltenden Grundsätzen zum Verhältnis von Tarifverträgen zum Kartellrecht ergibt sich, dass nach h. M. grundsätzlich keine unbegrenzte Ausnahme akzeptiert wird<sup>458</sup>.

---

<sup>456</sup> EuGH, Urteil v. 21.02.1973 – Rs. C-6/72 – Slg. 1973, I-22215, Tz.: 24 (Continental Can).

<sup>457</sup> Siehe dazu § 5 B. II. 2. c).

<sup>458</sup> Siehe die Übersicht bei GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 80 ff.

Daraus wird vereinzelt gefolgert, dass die Ausnahme von Kollektivvereinbarungen vom EG-Kartellrecht nicht dazu führen kann, dass letztere im Bereich der Kollektivvereinbarungen überhaupt nicht zur Anwendung kommen<sup>459</sup>.

## **II. Mögliche Vorgehensweisen**

### **1. Günstigkeitsprinzip nicht ausreichend**

Im deutschen Recht wird vertreten, dass das Günstigkeitsprinzip die Freistellung der Tarifverträge von der Anwendbarkeit des GWB beschränkt<sup>460</sup>. Ob dem EG-Recht das Günstigkeitsprinzip bekannt ist oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben. Denn es wäre als Beschränkung der Kartellwirkung von Tarifverträgen nicht ausreichend. Zwar gibt es dem Arbeitgeber die Möglichkeit, übertarifliche Arbeitsbedingungen anzubieten. Nach einer Ansicht enthält das Günstigkeitsprinzip sogar ein Kartellverbot bei übertariflichen Arbeitsbedingungen<sup>461</sup>. Allerdings betrifft das eben nur den übertariflichen Bereich. Arbeitgeber werden gerade in konjunkturell schwachen Zeiten nicht gewillt und auch nicht in der Lage sein, übertariflich zu bezahlen. Aufgrund des Tarifvertrags sind sie aber verpflichtet, Tariflohn zu zahlen. Hier kommt somit die Kartellwirkung voll zum Vorschein. Dass grundsätzlich im übertariflichen Bereich keine Kartellwirkung vorliegt, ändert nichts an der aufgrund des Tarifvertrags gegebenen Wettbewerbsbeschränkung. Denn die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Arbeitgeber liegt gerade darin, nicht selbst entscheiden zu können, ob sie untertarifliche, tarifliche oder übertarifliche Arbeitsbedingungen anbieten.

### **2. Ablehnung der Kernbereichstheorie**

Es wird die Ansicht vertreten, dass die Ausnahme nur eingreifen soll, wenn die streitgegenständliche Vereinbarung lediglich Kernbereiche von Tarifverhand-

---

<sup>459</sup> So auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 186 ff.

<sup>460</sup> Siehe § 5 A. II. 3. d).

<sup>461</sup> Löwisch in FS Rittner, 381 ff; ders. in Löwisch/Rieble, § 4, Rn. 217 ff.

lungen (z.B. Löhne und Arbeitsbedingungen) betrifft<sup>462</sup>. Gegen die Kernbereichstheorie sprechen aber zwei Argumente.

Zunächst ist es nicht einfach zu bestimmen, welche Gegenstände zu den Kernbereichen von Tarifverhandlungen gehören. Arbeitsrechtler werden den Kernbereich weiter auslegen als Kartellrechtler. Dies würde zu Rechtsunsicherheiten führen, die an sich nur durch ein „Case-Law“ des EuGH klargestellt werden könnten. Wo dieser aber die Trennlinie ziehen soll, ist genauso unklar. Außerdem würde der Handlungsspielraum der Sozialpartner bei Abschluss von Vereinbarungen zu stark eingeschränkt. Denn das EG-Recht fordert nicht, dass sich die Sozialpartner auf einen Kernbereich beschränken, wenn sie Kollektivvereinbarungen mit Bezug auf Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen abschließen. Im übrigen werden die Arbeitsbedingungen als ein Kernbereich von Tarifverhandlungen angesehen. Da aber grundsätzlich ein Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen bestehen muss, ist fraglich, wo hier noch eine Begrenzung liegen kann.

### **3. Zulässigkeit mittelbarer und unmittelbarer Auswirkungen auf Dritte**

Kollektivvereinbarungen können unmittelbare Auswirkungen auf das Verhältnis Arbeitgeber – Dritte haben, durch die die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers eingeschränkt wird. Dabei sind mit Dritten Kunden und Lieferanten des Arbeitgebers, konkurrierende Arbeitgeber sowie Verbraucher und dritte Märkte gemeint. Hier sei an die Tarifverträge zur Regelung der Lage der Arbeitszeit erinnert. Bei der Arbeitszeit handelt es sich unstreitig um eine Arbeitsbedingung. Wird diese durch Tarifvertrag geregelt, kann sie sich aber unmittelbar auf Dritte auswirken, da insbesondere im Einzelhandel die Lage der Arbeitszeit mit der Öffnungszeit der Ladengeschäfte, einem bedeutenden Wettbewerbsparameter, gleichgesetzt werden kann.

---

<sup>462</sup> So ähnlich GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 193, der ein zweigliedriges Begrenzungskriterium vorschlägt, bei dessen erstem Teil es sich um die Kernbereichstheorie handelt; Fleischer, DB 2000, 821, 823.

In seinen Schlussanträgen zu den Verfahren Albany u.a. hatte GA Jacobs zur Einschränkung der Ausnahme der Kollektivvereinbarungen vom Kartellrecht im wesentlichen auf diese unmittelbaren Auswirkungen auf Dritte abgestellt. Die Ausnahme sollte dann enden, wenn eine tarifvertragliche Regelung über die Kernbereiche von Tarifverhandlungen hinausgeht und unmittelbar dritte Personen oder Märkte berührt<sup>463</sup>. Maßstab sollte sein, ob die Vereinbarung lediglich Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verändert oder begründet oder darüber hinausgeht<sup>464</sup>. Dieser Vorschlag stimmt mit der Systematik des Kartellrechts überein. Allerdings müssen auch die Besonderheiten der EG-Sozialvorschriften berücksichtigt werden. Diese enthalten aber keine Einschränkung der Förderung derartiger Vereinbarungen bei unmittelbaren Auswirkungen auf das Verhältnis des Arbeitgebers zu Dritten. Beim Abstellen auf die unmittelbaren Auswirkungen von Kollektivvereinbarungen würde wiederum der Handlungsspielraum der Sozialpartner entgegen den einschlägigen Vorschriften des EG-Rechts zu sehr beschränkt. Dies wäre im übrigen auch dann der Fall, wenn zur Begrenzung auf mittelbare Auswirkungen der Kollektivvereinbarungen auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Dritten abgestellt würde.

### **III. Meinung im Schrifttum**

Im Schrifttum lehnt die hM eine Einschränkung der Ausnahme ab<sup>465</sup>. Danach darf es nicht zu einer Verhältnismäßigkeitskontrolle der Kollektivvereinbarungen durch die Kartellbehörden kommen<sup>466</sup>. Aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Rücksichtnahmegrundsatzes sei das primäre Gemeinschaftsrecht im Einklang mit den Menschenrechten auszulegen, was dazu führe, dass bei der Auslegung der Artt. 81 ff EG die Tarifautonomie berücksichtigt werden müsse<sup>467</sup>.

---

<sup>463</sup> GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 193; so auch Gyselen, CMLR 2000, 425, 441 f.

<sup>464</sup> GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 193.

<sup>465</sup> Hanau in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 19, Rn. 5; Steinmeyer in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 29, Rn. 112 ff; Schiek in Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 480 ff; Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 247, Rn. 16; Blanke, AuR 2000, 28, 30 ff.

<sup>466</sup> Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 482.

<sup>467</sup> Schiek in Däubler, TVG, Einleitung Rn. 483; ähnlich Hanau in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 19, Rn. 5.

Außerdem dürften die Kollektivpartner nicht dazu verpflichtet werden, bei den Kollektivverhandlungen darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Ergebnisse möglichst wenig wettbewerbshindernd sind, da ansonsten der freie Einigungsprozess nicht mehr gewährleistet wäre<sup>468</sup>. Allerdings gibt es auch kritische Stimmen<sup>469</sup>.

#### IV. Stellungnahme

Eine Einschränkung der vom EuGH entwickelten Ausnahme ist mit der hM abzulehnen.

Zwar kommt den EG-Wettbewerbsvorschriften ein umfassender Geltungsanspruch zu, doch ist die Bedeutung der EG-Sozialvorschriften seit dem Amsterdamer Vertrag gestiegen. Den EG-Sozialvorschriften kommt nunmehr der gleiche Rang zu wie den EG-Wettbewerbsvorschriften<sup>470</sup>. Aufgrund dessen sind bei einem Aufeinandertreffen dieser beiden Bereiche des EG-Vertrags die Vorschriften beider Bereiche zum Ausgleich zu bringen. Dieses Ergebnis wird aber dann nicht erreicht, wenn ein Bereich wieder eingeschränkt wird.

Andererseits muss der Geltungsanspruch der EG-Wettbewerbsvorschriften berücksichtigt werden. Um dies zu gewährleisten, bietet sich folgende Lösung an:

##### 1. **Bejahung der Unternehmenseigenschaft**

In den Urteilen Albany u.a. bejaht der EuGH die Unternehmenseigenschaft der Betriebsrentenfonds<sup>471</sup>. Dies führt dazu, dass die Kartellvorschriften – allerdings nach Maßgabe des Art. 86 Abs. 2 EG<sup>472</sup> – auf sie anzuwenden sind.

Art. 86 Abs. 2 EG lässt eine Anwendung der Kartellvorschriften aber nur in begrenztem Maße zu. Durch die Bejahung der Unternehmenseigenschaft der Be-

---

<sup>468</sup> Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 247, Rn. 16.

<sup>469</sup> Fleischer, DB 2000, 821, 823; Berg, EuZW 2000, 170, 171; mit Einschränkungen Gyselen, CMLR 2000, 425, 441 f; GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I-5754, Tz.: 186 ff.

<sup>470</sup> Siehe dazu § 3 B. I..

<sup>471</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 71 ff (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 71 ff (Brentjens'); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 61 ff (Drijvende Bokken).

<sup>472</sup> Siehe § 8 C..

etriebsrentenfonds wird der Handlungsspielraum der Sozialpartner beim Abschluss von Kollektivvereinbarungen nicht berührt. Trotzdem erfolgt eine kartellrechtliche Kontrolle des Handelns der von den Sozialpartnern geschaffenen Einrichtungen. Somit kommt der Geltungsanspruch der EG-Wettbewerbsvorschriften auf einer Stufe zum Tragen, auf der die durch die EG-Sozialvorschriften gewährleisteten Kollektivvereinbarungen nicht mehr unmittelbar betroffen sind.

## 2. Enge Auslegung

Außerdem muss die Ausnahme eng ausgelegt werden<sup>473</sup>. Die Ausnahme führt dazu, dass die EG-Kartellvorschriften ausnahmsweise nicht zur Anwendung kommen. Dabei handelt es sich um keine ausdrücklich angeordnete Ausnahme. Eine enge Auslegung hält am vom EG-Recht vorgegebenen Handlungsspielraum der Sozialpartner fest. Mitgliedsstaatliche Besonderheiten dürfen dabei nicht unberücksichtigt bleiben.

### a) Kriterien der engen Auslegung

Bei einer engen Auslegung sollten folgende Umstände berücksichtigt werden:

#### (1) „Art“

Die enge Auslegung bezieht sich einerseits auf die Art der Vereinbarungen. Die Ausnahme kann nicht auf Vereinbarungen übertragen werden, die nicht die schon erwähnten Voraussetzungen erfüllen<sup>474</sup>. Eine großzügigere Auslegung wird von den EG-Sozialvorschriften nicht unterstützt. Des weiteren ist daran zu denken, dass die Sozialpartner jeweils nur insoweit Kollektivvereinbarungen abschließen können, als sie dazu nach ihrer Satzung berechtigt sind. Für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände bedeutet das, dass sie lediglich Regelungen für ihre Mitglieder vereinbaren dürfen.

---

<sup>473</sup> So auch GA Fennelly, Schlussanträge v. 11.05.2000 – Rs. C-222/98 – EuGH, Slg. 2000, I-7111, Tz.: 32 (van der Woude).

<sup>474</sup> Siehe § 5 B. II..

## (2) „Gegenstand“

Hier kommt es darauf an, dass tatsächlich auch Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geregelt werden bzw. dass eine solche Regelung auch tatsächlich bezweckt wird<sup>475</sup>. Die Vorstellung der Sozialpartner, dass eine solche Regelung möglicherweise eintreten werde, genügt nicht<sup>476</sup>. Des weiteren muss für jede einzelne von den Sozialpartnern ausgehandelte Bestimmung der Vereinbarung überprüft werden, ob damit Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geregelt werden<sup>477</sup>. Für das Vorliegen des objektiven Elements genügt es nicht – wie der EuGH annimmt<sup>478</sup> –, wenn die Kollektivvereinbarung zwar an einzelnen Stellen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen regelt, aber an anderen Stellen lediglich die unternehmerische Handlungsfreiheit beschränkt wird. Des weiteren kann sich eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung auch aus einer Gesamtschau der einzelnen Bestimmungen ergeben, obwohl dies bei isolierter Betrachtung der einzelnen Bestimmungen vielleicht nicht der Fall ist<sup>479</sup>. Die Folge muss sein, dass all diejenigen Bestimmungen, bei denen das objektive Element fehlt, nicht von den EG-Kartellrechtsvorschriften ausgenommen sind.

Gegenstand der jeweiligen Vereinbarung dürfen ausschließlich sozialpolitische Ziele sein<sup>480</sup>. Es genügt nicht, wenn sie zusätzlich zu wirtschaftspolitischen Zielen verfolgt werden. Des weiteren müssen durch die Vereinbarung unmittelbar Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geregelt werden. Nur mittelbare Auswirkungen auf diese genügen nicht.

---

<sup>475</sup> Unentschieden Berg, EuGZ 170, 171.

<sup>476</sup> Ähnlich EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 22.03.2002 – Rs. E-8/00, Tz.: 55 f (Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund).

<sup>477</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 22.03.2002 – Rs. E-8/00, Tz.: 51 (Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund).

<sup>478</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 71 ff (Albany); Urteil v. 21.09.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 71 ff (Brentjens’); Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 61 ff (Drijvende Bokken).

<sup>479</sup> EFTA-Gerichtshof, Urteil v. 22.03.2002 – Rs. E-8/00, Tz.: 57 (Landsorganisasjonen i Norge ./ Kommunes Sentralforbund).

<sup>480</sup> So auch GA Fennelly, Schlussanträge v. 11.05.2000 – Rs. C-222/98 – Slg. 2000, I-7111, Tz.: 32 (van der Woude).

b) Beispiele

Kollektivvereinbarungen zur Regelung der Arbeitszeit betreffen unmittelbar eine Arbeitsbedingung. Das gleiche gilt für kollektivvertraglich geregelte Lohn-erhöhungen. Die durch Kollektivvereinbarung geregelte Verlagerung des Pro-duk-tionsstandorts ins Ausland betrifft demgegenüber nicht unmittelbar eine Be-schäftigungs- und Arbeitsbedingung des Arbeitnehmers. Der Umzug in das je-weilige Land bezieht sich auf die Lebensbedingungen des Arbeitnehmers. Even-tuell durch die Verlagerung folgende Anpassungen der Löhne (als Beispiel) er-folgen dann durch neue Vereinbarungen, die gesondert zu überprüfen sind.

**C. Anwendung hier vertretener Ansicht auf die Urteile Albany u.a.**

Im Folgenden sollen die vom EuGH entwickelten Grundsätze unter Berücksich-tigung der hier vertretenen Auffassung auf die den Urteilen Albany u.a. zugrun-deliegenden Sachverhalte angewendet werden.

**I. Anwendbarkeit des Kartellrechts**

Es ist zu prüfen, ob eine enge Auslegung zu einem anderen Ergebnis führt. Da es sich in den Verfahren Albany u.a. unstreitig um Tarifverträge handelt, be-schränkt sich die folgende Überprüfung auf den „Gegenstand“.

**1. Erteilung einer Versorgungszusage**

Weil es nach niederländischem Recht im Belieben des Arbeitgebers liegt, ob er betriebliche Altersversorgung gewährt oder nicht, stellt die Erteilung einer Ver-sorgungszusage eine unmittelbare Regelung der Beschäftigungs- und Arbeits-bedingungen, hier nämlich der Entlohnung, dar.

## **2. Schaffung eines Betriebsrentenfonds, Antrag auf Anordnung der Pflichtmitgliedschaft**

Durch die streitgegenständlichen Tarifverträge wurde des weiteren ein Betriebsrentenfonds für die gesamte Branche geschaffen, welcher von Vertretern der Sozialpartner verwaltet wird. Durch die Schaffung einer solchen Einrichtung werden aber die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht unmittelbar geregelt. Eine Ausnahme dieser Bestimmung von den Artt. 81 ff EG ist damit nicht möglich. Die gleiche Beurteilung muss für den im Tarifvertrag enthaltenen Antrag auf Anordnung der Pflichtmitgliedschaft gelten.

## **II. Keine Tatbestandsmäßigkeit gem. Art. 81 Abs. 1 EG**

Da nicht alle der Vereinbarungen in den Urteilen Albany u.a. unter die Ausnahme fallen, ist zu prüfen, ob sie gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen. Danach sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Dabei ist vom Vorliegen der notwendigen Zwischenstaatlichkeit auszugehen, da bei den betroffenen Bestimmungen zumindest dritte Unternehmen betroffen sein können, die im Bereich der betrieblichen Altersversorgung tätig sind, und diese oftmals auch europaweit tätig sind.

### **1. Unternehmen**

Hinsichtlich der Unternehmenseigenschaft der Sozialpartner kann auf das schon oben Ausgeführte verwiesen werden<sup>481</sup>. Somit kommen hier die Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberverband in Betracht.

---

<sup>481</sup> Siehe § 4 A. III. 1..

## 2. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

Hier ist nicht der gesamte Sachverhalt bekannt. Zumindest aber kann festgestellt werden, dass sich die Arbeitgeber der jeweiligen Branche geeinigt haben, in Tarifverhandlungen einzutreten. Dies könnte eine – ausdrückliche oder stillschweigende – Vereinbarung sein. Möglicherweise liegt auch ein Beschluss eines Arbeitgeberverbandes vor. Zumindest aber ist von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen<sup>482</sup>.

## 3. Wettbewerbsbeschränkung

### a) Begriffsbestimmung und Drittwettbewerb

Eine Verhinderung liegt vor, wenn Wettbewerb völlig ausgeschlossen wird, für eine Einschränkung genügt jede sonstige spürbare Wettbewerbsbeschränkung<sup>483</sup>, wobei die Verfälschung den Oberbegriff darstellt<sup>484</sup>. Streitig ist, ob für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung Voraussetzung ist, dass diese sich auf die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der an der Absprache Beteiligten bezieht<sup>485</sup>, ob es genügt, dass die Marktposition Dritter beeinträchtigt wird<sup>486</sup> oder ob beides kumulativ vorliegen muss<sup>487</sup>. Aufgrund des von den Artt. 81 ff EG bezweckten umfassenden Wettbewerbsschutzes muss es für die Anwendbarkeit der Vorschriften genügen, wenn Absprachen i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG allein wettbewerbsbeschränkende Wirkungen auf Dritte haben. Nur diese Auslegung wird auch dem Selbstständigkeitspostulat des EuGH gerecht, denn nur wenn auch die Wettbewerbsfreiheit Dritter geschützt wird, können diese Unternehmen autonom über ihr Marktverhalten entscheiden. Diese Auslegung

---

<sup>482</sup> Ähnlich Kommission, Entscheidung v. 30.09.1986 – Az.: IV/31.362 – ABl. 1986 Nr. L 295/28, Tz.: 15 (Irish Banks' Standing Committee).

<sup>483</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 59.

<sup>484</sup> EuGH, Urteil v. 13.07.1966 – Rs. C-? – Slg. 1966, 457, 483, Tz.:? (Italienische Klage); Grill in Lenz, Art. 81, Rn. 13; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 118.

<sup>485</sup> Emmerich, I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 159.

<sup>486</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 62; Schröter in G/T/E, Artikel 85, Rn. 84.

<sup>487</sup> Siehe dazu Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 157.

entspricht auch der Praxis der Kommission<sup>488</sup>. Auch die Judikatur hat in jüngerer Zeit allein auf Drittwirkungen abgestellt.<sup>489</sup>

b) Albany u.a.

Hier ist zunächst die Vereinbarung der Arbeitgeber zur Errichtung eines Betriebsrentenfonds mit einheitlicher Verwaltung durch die Arbeitgeber und Gewerkschaften zu überprüfen. Dabei kann der Wettbewerb zwischen den Arbeitgebern und der Wettbewerb bezüglich der Versicherungsunternehmen betroffen sein. Allein die Errichtung eines Betriebsrentenfonds kann aber den Wettbewerb weder in die eine noch in die andere Richtung beschränken, solange mit der Vereinbarung nicht sonstige Zwangselemente verbunden sind. Die Errichtung eines Betriebsrentenfonds beinhaltet für die Arbeitgeber die Möglichkeit, Kosten bei der betrieblichen Altersversorgung einzusparen, da die Verwaltung vereinfacht werden kann und Größenvorteile genutzt werden können.

Auf dem Markt der Versicherungsunternehmen wird durch die Errichtung der Wettbewerb noch erweitert, da ein neuer Konkurrent in das Versicherungsgeschäft eintritt. Der Wettbewerb wird auch nicht aufgrund des Antrags der Arbeitgeber auf Anordnung der Pflichtmitgliedschaft beschränkt. Der Antrag selbst enthält keine Elemente, die die Arbeitgeber zu einem bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zwingen würde. Erst die Anordnung selbst könnte zu solchen Folgen führen.

c) Ergebnis

Die nicht unter die Ausnahme fallenden Bestimmungen der Tarifverträge sind somit nicht tatbestandsmäßig i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG.

---

<sup>488</sup> Kommission, Entscheidung v. 10.07.1985, ABl. 1985 L 1219/35, Tz.: 47 (EATE).

<sup>489</sup> EuGH, Urteil v. 28.04.1998 – Rs. C-306/96 – Slg. 1998, I-1997, Tz.: 22 ff (Javico).

## **D. Folgen der Urteile Albany u.a.**

Die Klärung des Verhältnisses von Kollektivvereinbarungen zum Kartellrecht in den Urteilen Albany u.a. erfolgte im Rahmen der Prüfung einer Verletzung der mitgliedsstaatlichen Pflichten aus den Artt. 3 Abs. 1 lit. g, 10 Abs. 2, 81 EG im Hinblick auf die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft durch den Mitgliedsstaat.

### **I. Pflichten der Mitgliedsstaaten nach EG-Recht**

Gem. Art. 10 Abs. 2 EG unterlassen die Mitgliedsstaaten alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrags gefährden könnten. Zu diesen Zielen gehört gem. Art. 3 lit. g EG ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Eine Konkretisierung von Art. 3 lit. g EG stellen die Artt. 81, 82 EG dar<sup>490</sup>. Obwohl sich die Artt. 81, 82 EG nur an Unternehmen richten, entfalten sie über Art. 10 Abs. 2 auch Wirkungen gegenüber den Mitgliedsstaaten. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH. Danach dürfen die Mitgliedsstaaten aufgrund der Artt. 81 und 82 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten<sup>491</sup>. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Mitgliedsstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt, einen Verstoß gegen Art. 82 EG begünstigt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt<sup>492</sup>. Dabei ist für die Anwendung der Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 lit. g, 81, 82 EG Voraussetzung, dass ein Wettbewerbsverstoß

---

<sup>490</sup> EuGH, Urteil v. 16.11.1977 – Rs. C-13/77 – Slg. 1977, I-2115, Tz.: 28/29 (INNO ./ ATAB); Urteil v. 29.01.1985 – Rs. C-231/83 – Slg. 1985, I-305, Tz.: 10 (Leclerc – Treibstoff).

<sup>491</sup> Ständige Rspr., siehe nur EuGH, Urteil v. 16.11.1977 – Rs. C-13/77 – Slg. 1977, I-2115, Tz.: 30/35 (INNO ./ ATAB).

<sup>492</sup> EuGH Slg. 1993, 5851, Tz.: 10 (Ohra); 1993, 5751, Tz.: 14 (Meng); 1989, 803, Tz.: 48 (Ahmed Saeed); Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 14.

von Unternehmen vorausgeht (sog. Akzessorietätstheorie)<sup>493</sup>. Die Literatur stimmt mit der Rechtsprechung des EuGH überein<sup>494</sup>.

## II. Folgen für Mitgliedsstaaten

In den Urteilen Albany u.a. verneint der EuGH einen Verstoß des Mitgliedsstaates gegen die Artt. 3 lit. g, 10 Abs. 2 und 81 Abs. 1 EG durch Anordnung der Pflichtmitgliedschaft<sup>495</sup>. Dem ist zuzustimmen. Da die streitgegenständliche Vereinbarung in den Verfahren Albany u.a. der Anwendbarkeit der Kartellvorschriften entzogen ist, fehlt es schon an einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Sozialpartner, welches aber aufgrund der Akzessorietätstheorie notwendig ist. Die in die Wirtschaft eingreifende Entscheidung ist gerade die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft, die aber ausschließlich durch den zuständigen Minister erfolgt und nicht von privaten Wirtschaftsteilnehmern getroffen wird. Dabei darf bei der Beurteilung eines Verstoßes des Mitgliedsstaates nicht darauf abgestellt werden, dass die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft die eigentliche Wettbewerbsbeschränkung erst bewirkt. Denn dieser Umstand wäre zu berücksichtigen, wenn es zur Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 1 EG käme. Da dieser aber schon gar nicht anwendbar ist, kann die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft nicht anders beurteilt werden, als die Vereinbarung selbst.

Im übrigen müsste das Argument auch dann verworfen werden, wenn die Artt. 81 ff EG zwar anwendbar wären, die Wettbewerbsbeschränkung oder deren Spürbarkeit aber erst durch die Maßnahme des Mitgliedsstaats erzeugt wird. Gem. Art. 10 Abs. 2 EG muss ein Wettbewerbsverstoß der Unternehmen vorausgehen. Dies ist aber nicht der Fall und kann auch durch eine entsprechend weite Auslegung der Fallgruppe des Vorschreibens von Wettbewerbsverstößen im Rahmen der Pflichten der Mitgliedsstaaten gem. den Artt. 3 Abs. 1 lit. g, 10 Abs. 2, 81, 82 EG nicht angenommen werden. Denn auch das Vorschreiben von Wettbewerbsbeschränkungen setzt voraus, dass die Wettbewerbsbeschränkung

---

<sup>493</sup> EuGH Slg. 1986, 1425, Tz.: 72 (Asjes); 1989, 803, Tz.: 48 (Ahmed Saeed); EuGH, EuZW 1990, 67, Tz.: 16 (van Eycke); van der Esch, ZHR 155, 274, 279 f; Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 8.

<sup>494</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 8; Jung in Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 4; Bach, S. 126 ff; Giesen, S. 61 ff; Heinemann, S. 60.

<sup>495</sup> Siehe § 1 A. II. 2..

gerade aufgrund der Befolgung der Vorschrift durch die betroffenen Unternehmen eintritt. In diesen Fällen kann somit nur geprüft werden, ob nicht Art. 86 Abs. 1 EG anwendbar ist.

Auch durch den Erlass der Rechtsvorschriften, die die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft ermöglichen, hat der Mitgliedsstaat nicht gegen die Artt. 3 lit. g, 10 Abs. 2, 81 Abs. 1 EG verstoßen. Durch diese Vorschriften werden keine Kartellabsprachen in Form von Tarifverträgen vorgeschrieben. Des weiteren liegt auch keine Verstärkung einer solchen Kartellabsprache vor. Denn der Erlass der Rechtsvorschriften erfolgte schon, bevor kartellrechtlich unzulässige Vereinbarungen vorlagen.

### **III. Folgen für die Diskussion im deutschen Recht**

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Urteile Albany u.a. Einfluss auf die Diskussion um das Verhältnis von nationalen Tarifverträgen zum deutschen Kartellrecht haben können. Die Übersicht über die Behandlung der Problematik nach deutschem Recht hat gezeigt, dass diese nicht mit den vom EuGH entwickelten Grundsätzen übereinstimmt<sup>496</sup>.

#### **1. Mögliche Übertragung der vom EuGH entwickelten Grundsätze?**

##### **a) Berücksichtigung sozialpolitischer Belange bei Freistellung?**

Auch im deutschen Recht kommt eine Ausnahme von Kollektivvereinbarungen vom Kartellrecht nicht durch die Anwendung der Freistellungsvorschriften in Betracht. Hier könnte insbesondere an die §§ 7, 8 GWB gedacht werden. § 7 GWB entspricht im wesentlichen Art. 81 Abs. 3 EG. Auch hier wird es i.d.R. an der Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung der in § 7 GWB aufgeführten Ziele fehlen. In § 8 GWB können zwar bei der Interessenabwägung außerwirtschaftliche Ziele berücksichtigt werden, doch muss auch hier die Wettbewerbsbeschränkung aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig sein. Da dieselben Ziele i.d.R. auf

---

<sup>496</sup> Siehe § 5 A. II..

weniger wettbewerbsbeschränkende Weise erreicht werden können, würde es nur in den seltensten Fällen zu einer Freistellung von Kollektivvereinbarungen vom Kartellrecht kommen.

b) Ausreichende Berücksichtigung sozialpolitischer Belange auf Tatbestandsebene?

Ebenfalls zu prüfen ist, ob sozialpolitische Belange nicht auch bei Anwendung von § 1 GWB ausreichend berücksichtigt werden können.

(1) Immanenztheorie

Eine Möglichkeit könnte die Immanenztheorie sein. Sie beruht auf dem Gedanken, dass Verstöße gegen § 1 GWB dann hingenommen werden müssen, wenn ein wettbewerblich anzuerkennendes Interesse an der Wettbewerbsbeschränkung besteht. Der Immanenzgedanke wird bei verschiedenen Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB angesiedelt, zum einen beim Merkmal der alten Fassung des § 1 GWB „gemeinsamer Zweck“<sup>497</sup>, zum anderen bei dem der „Wettbewerbsbeschränkung“<sup>498</sup>. Der BGH selber hat sich noch nicht ausdrücklich auf die Immanenztheorie berufen<sup>499</sup>, hat aber schon die der Immanenztheorie zugrundeliegenden Bewertungsmaßstäbe angewandt<sup>500</sup>. Aus der Beschreibung der Immanenztheorie wird deutlich, dass diese gerade unter Berücksichtigung wettbewerblicher Interessen anzuwenden ist. Die ausreichende Berücksichtigung sozialpolitischer Interessen ist dabei nicht möglich.

(2) Rechtsgüter- und Interessenabwägung, „rule of reason“

Des weiteren wird vertreten, dass eine tatbestandlich unter § 1 GWB fallende Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer Rechtsgüter- und Interessenabwä-

---

<sup>497</sup> Schmidt, Kartellverbot, S. 79; Huber/Baums in FK, § 1, Rn. 203.

<sup>498</sup> Möschel, § 5, Rn. 204; Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 195.

<sup>499</sup> Siehe z.B. Emmerich, § 3, 9. a).

<sup>500</sup> BGH, Urteil v. 13.11.1990 – Az.: KZR 2/89 – WuW/E BGH 2285, 2288 (Spielkarten); Urteil v. 27.05.1986 – Az.: KZR 32/84 – WuW/E BGH 272675, 2677 (Nassauische Landeszeitung).

gung zugelassen werden könnte<sup>501</sup>. Ergibt eine Abwägung, dass die von der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung verfolgten Ziele als gegenüber dem Schutz des Wettbewerbs höherrangig anzusehen sind, so wird die Wettbewerbsbeschränkung zugelassen<sup>502</sup>. Mit Blick auf die Systematik der §§ 1 ff GWB, die ein Regel-Ausnahme-Verhältnis statuieren, ist die Anwendung einer Rechtsgüter- und Interessenabwägung zur Einschränkung des § 1 GWB abzulehnen. Mit derselben Begründung muss auch die Anwendung einer „rule of reason“ im deutschen Recht abgelehnt werde<sup>503</sup>.

c) Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

Der EuGH beschränkt die Ausnahme für Kollektivvereinbarungen vom Kartellrecht auf die „Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“. Mit Blick auf die Definition der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen und auf § 1 Abs. 1 TVG müsste man eine Übertragung der Grundsätze aber ablehnen, da nach deutschem Recht nicht nur die Verbesserung, sondern grundsätzlich die Regelung der in § 1 Abs. 1 TVG genannten Aspekte möglich ist. Nach hier vertretener Ansicht muss aber die vom EuGH entwickelte Ausnahme auf die „Regelung“ der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen ausgedehnt werden, so dass insoweit doch eine Übertragung möglich ist.

d) Enge Auslegung

Dass die Ausnahme der Tarifverträge vom Kartellrecht nicht unbeschränkt sein kann, ist h.M. in der Literatur und in der kartellrechtlichen Rechtsprechung<sup>504</sup>. Die Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG ist nur in beschränktem Maße möglich<sup>505</sup>. Des weiteren wird im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG nur ein Kernbereich schrankenlos gewährleis-

---

<sup>501</sup> Emmerich, § 4, 5.; Zimmer in I/M, § 1, Rn. 270.

<sup>502</sup> Zimmer in I/M, § 1, Rn. 305.

<sup>503</sup> So auch Emmerich, § 4, 5.; Schmidt, AG 1998, 551, 557.

<sup>504</sup> Siehe § 5 A. II. 3..

<sup>505</sup> Böhm, S. 14; Beuthien, ZfA 1984, 1, 14/15; Poth, NZA 1989, 626, 628/629.

tet<sup>506</sup>. Aufgrund dessen könnte auch die enge Auslegung ins deutsche Recht übertragen werden.

## 2. Stellungnahme

Trotzdem können die vom EuGH entwickelten Grundsätze nicht auf das deutsche Recht übertragen werden. Der Wettbewerb hat im deutschen Recht nicht denselben Stellenwert wie im EG-Vertrag. Er wird zwar grundrechtlich gewährleistet, allerdings nicht als selbstständiges Grundrecht. Den Wettbewerbsvorschriften im deutschen Recht kommt auch keine spezifische Funktion zu wie denen des EG-Rechts, die in der Förderung der Integration der nationalen Märkte besteht. Des Weiteren wird die Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich gewährleistet. Sie hat demnach im deutschen Recht einen höheren Stellenwert als im EG-Recht, wo das Tarifvertragsrecht noch nicht einmal gewährleistet wird. Art. 9 Abs. 3 GG bezieht sich auf Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dabei ist anerkannt, dass sich die Wirtschaftsbedingungen auf das Arbeitsleben beziehen und dass eine Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG möglich ist<sup>507</sup>. Außerdem existiert ein kodifiziertes Tarifvertragsrecht mit entsprechender Rechtsprechung. Zwar ist anerkannt, dass die Ausnahme der Tarifverträge vom Kartellrecht im deutschen Recht nicht grenzenlos sein kann. Aber gerade die Übertragung der engen Auslegung auf das deutsche Recht würde die im Grundgesetz gewährleistete Tarifautonomie zu sehr einschränken.

Aus alledem folgt, dass das Verhältnis von Tarifverträgen zum deutschen Kartellrecht nach den Urteilen Albany u.a. nicht anders beurteilt werden kann als zuvor. Das EG-Recht wird aber insoweit Einfluss auf diese Diskussion nehmen als es grundsätzlich Vorrang vor nationalem Recht hat.

---

<sup>506</sup> Siehe nur Kemper in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art.9 Abs. 3, Rn. 171.

<sup>507</sup> Böhm, S. 14; Beuthien, ZfA 1984, 1, 14/15; Poth, NZA 1989, 626, 628/629.

## **§ 7 Anwendung der Ausnahme auf arbeitsrechtliche Vereinbarungen**

Im folgenden sollen die grundsätzlich möglichen sowie die schon dargestellten in der Praxis geschlossenen Kollektivvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung sowie Maßnahmen von Unternehmen und der öffentlichen Hand in diesem Bereich auf deren kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden.

### **A. Mögliche arbeitsrechtliche Vereinbarungen**

#### **I. Kollektivverträge**

##### **1. Europäischer Tarifvertrag**

Europäische Tarifverträge sind ohne weiteres von der vom EuGH entwickelten Ausnahme erfasst, solange auch die Voraussetzung „Gegenstand“ vorliegt. Dies ergibt sich schon aus einer Auslegung der Artt. 138, 139 EG, die insbesondere den sozialen Dialog sowie den Abschluss von Vereinbarungen zwischen Sozialpartnern auf Gemeinschaftsebene fördern. Bei den auf europäischer Ebene tätigen Sozialpartnern handelt es sich auf jeden Fall um Sozialpartner i.S.d. Rechtsprechung des EuGH. Bis jetzt ist es allerdings noch nicht zum Abschluss Europäischer Tarifverträge gekommen.

##### **2. Deutscher Tarifvertrag**

###### **a) Verbandstarifverträge erfasst**

Verbandstarifverträge, mit denen die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer geregelt werden, fallen unter die vom EuGH entwickelte Ausnahme. Bei den den Verfahren Albany u.a. zugrundeliegenden Sachverhalten handelte es sich gerade um solche Tarifverträge.

b) Firmentarifverträge ebenfalls erfasst

Die Einschlägigkeit der Ausnahme könnte aber bei Firmentarifverträgen fraglich sein. Denn der EuGH spricht von „Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten“ sowie von „Sozialpartnern“. Beide Begriffe nehmen somit auf Vereinigungen Bezug. Beim Firmentarifvertrag steht der Gewerkschaft aber lediglich ein Arbeitgeber gegenüber. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Ausnahme eng auszulegen ist. Allerdings wurde mit „Sozialpartner“ der Ausdruck „management and labour“ der englischen Fassung der Urteile Albany u.a.<sup>508</sup> übersetzt. Dieser Begriff gibt nicht zwangsläufig vor, dass eine Vereinigung vorliegen muss. Des weiteren ist anerkannt, dass der Begriff des Sozialpartners je nach Zusammenhang einen anderen Inhalt haben kann<sup>509</sup>. Außerdem kommt die Ausnahme gerade den Arbeitnehmern zugute. Würde man aber den einzelnen Arbeitgeber nicht als Sozialpartner anerkennen, würde das gerade zu Lasten der Arbeitnehmer gehen. Es kann daher keinen Unterschied machen, ob ein einzelner Arbeitgeber seine Interessen gegenüber den Gewerkschaften vertritt oder ob ein Arbeitgeberverband dies für mehrere Arbeitgeber tut. Somit fallen auch Firmentarifverträge unter die Ausnahme.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Tariffähigkeit des Konzerns. Nach hM ist der Konzern als Gesamtheit der unter einheitlicher Leitung zusammengefassten rechtlich selbstständigen Unternehmen nicht tariffähig<sup>510</sup>. Etwas anderes gilt für die Konzernobergesellschaft, solange sie selbst Arbeitgeber ist. Das ist der Fall gegenüber den bei der Konzernobergesellschaft angestellten Arbeitnehmern oder soweit die bei den Konzernunternehmen tätigen Arbeitnehmer arbeitsvertraglich der Konzernobergesellschaft zugeordnet sind<sup>511</sup>.

Streitig ist aber die Tariffähigkeit in den übrigen Fällen. Teilweise wird überlegt, ob man den Konzern nicht als Arbeitgeberverband mit der Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen für alle Konzerngesellschaften ansehen kann<sup>512</sup> oder ob die Konzernobergesellschaft nicht als zweiter Arbeitgeber angesehen

---

<sup>508</sup> EuGH, Urteil v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 59 f (Albany – engl. Originalfassung).

<sup>509</sup> Rebhahn in Schwarze, Artikel 138, Rn. 9.

<sup>510</sup> Oetker in Wiedemann, § 2, Rn. 105 m.w.N..

<sup>511</sup> Oetker in Wiedemann, § 2, Rn. 107.

<sup>512</sup> Kempen/Zachert, § 2, Rn. 74.

werden kann, der zu den rechtlich selbstständigen Unternehmen hinzutritt<sup>513</sup>. Nach hM ist aber auf die Möglichkeit des Abschlusses eines mehrgliedrigen Tarifvertrags abzustellen, um eine konzerneinheitliche tarifvertragliche Regelung innerhalb der Konzernunternehmen zu erhalten<sup>514</sup>. Dabei kann sich die Konzernobergesellschaft gegenüber der Gewerkschaft schuldvertraglich verpflichten, ihren Einfluss auf die Konzernunternehmen geltend zu machen, um konzerneinheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen<sup>515</sup>.

### c) Besonderheiten beim Schlichtungsverfahren

Fraglich ist, was gilt, wenn der Tarifvertrag aufgrund eines Schlichtungsverfahrens zustande kommt.

Die Schlichtung dient der Konfliktlösung zwischen den Tarifvertragsparteien und soll Arbeitskämpfe vermeiden oder beenden helfen<sup>516</sup>. Durch die Schlichtung soll die Verhandlung gefördert werden<sup>517</sup>. Das Schlichtungsverfahren kann durch Kompromiss zwischen den Beteiligten oder durch Schlichtungsspruch beendet werden, wobei vorrangig auf eine Einigung hinzuarbeiten ist<sup>518</sup>. Der Schlichtungsspruch ist nur dann für die Parteien verbindlich, wenn sie sich ihm vorher unterworfen haben oder ihn nachträglich angenommen haben<sup>519</sup>. Der verbindliche Schlichtungsspruch hat die Wirkung eines Tarifvertrags<sup>520</sup>.

#### (1) Sozialpartner im Einzelfall

Fraglich ist, ob die Beteiligten des Schlichtungsausschusses als Sozialpartner angesehen werden können. Der Schlichtungsausschuss ist immer mit einem unparteiischen Vorsitzenden und mit einer bestimmten Anzahl von Beisitzern besetzt. Die Beisitzer sind Mitglieder der Tarifvertragsparteien. In diesem Fall

---

<sup>513</sup> Däubler, Mitbestimmung, S. 444 f.

<sup>514</sup> Oetker in Wiedemann, Rn. 107; Peter in Däubler, TVG, § 2, Rn. 93; Löwisch/Rieble, § 2, Rn. 59.

<sup>515</sup> Oetker in Wiedemann, § 2, Rn. 108 f; Kempen/Zachert, § 2, Rn. 74.

<sup>516</sup> Gamillscheg, § 31, 1..

<sup>517</sup> Löwisch, Rn. 317.

<sup>518</sup> Gamillscheg, § 31, 1..

<sup>519</sup> Löwisch, Rn. 323, 329.

<sup>520</sup> Gamillscheg, § 31, 3. c); Löwisch, Rn. 318.

sind somit einzelne Arbeitgeber und Arbeitnehmer beteiligt; eine Organisation, die die Arbeitnehmer vertritt, wird nicht eingeschaltet. Trotzdem müssen sowohl die Beisitzer der Arbeitgeber- als auch die der Arbeitnehmerseite als Sozialpartner angesehen werden. Denn sie stellen im Rahmen der Schlichtung die Vertreter der jeweiligen Sozialpartner dar, die eine Einigung herbeiführen sollen. Das zeigt auch die Tatsache, dass der Tarifvertrag später durch die Tarifvertragsparteien angenommen wird oder dass eine vorherige Unterwerfung durch diese erfolgt. Etwas anderes gilt aber für den unparteiischen Vorsitzenden. Dieser ist kein Mitglied der Tarifvertragsparteien und damit auch nicht deren Vertreter.

## (2) Schlichtungsspruch als Kollektivvereinbarung?

Des weiteren problematisch ist das Zustandekommen des Tarifvertrags durch Schlichtungsspruch. Hier ist fraglich, ob der Tarifvertrag aufgrund von Kollektivverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zustande kommt. Zwar gehen dem Schlichtungsspruch Verhandlungen voraus. Doch führen diese gerade nicht zum Abschluss eines Tarifvertrags. Dieser kommt erst durch den Schlichtungsspruch selbst zustande. Kommt es aber durch Einigung der Beisitzer zur Beendigung des Schlichtungsverfahrens, ohne dass der unparteiische Vorsitzende eingreifen muss, ist der daraus folgende Tarifvertrag als Kollektivvereinbarung anzusehen. Denn in diesem Fall bleibt die Autonomie der Tarifvertragsparteien gewahrt, die Grundlage von Tarifverhandlungen überhaupt ist.

Wird das Schlichtungsverfahren aber durch den Schlichtungsspruch des unparteiischen Dritten beendet, kommt zwar auch ein Tarifvertrag zustande. Dieser beruht aber gerade nicht auf der Tarifautonomie der Sozialpartner. Hier muss das Vorliegen einer Kollektivvereinbarung verneint werden. Die Beteiligung des unparteiischen Dritten ist wiederum unproblematisch, wenn er lediglich als Moderator zwischen den Parteien tätig ist, ohne sich dabei selbst inhaltlich in die Verhandlungen einzuschalten.

d) Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nach TVG

Fraglich ist, ob die in § 1 Abs. 1 TVG aufgeführten Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen betreffen können, unter die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen i.S.d. Ausnahme fallen, ob also die nach deutschem Recht den Tarifvertragsparteien zustehende Tarifmacht über die vom EuGH entwickelte Ausnahme hinausgeht. Bei den Inhaltsnormen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG wird es sich i.d.R. um Arbeitsbedingungen i.S.d. Ausnahme handeln, bei den Abschluss- und Beendigungsnormen um Beschäftigungsbedingungen. Bei den Betriebsnormen ist je nach Einzelfall zu entscheiden. So betreffen Normen bezüglich Arbeitsschutzeinrichtungen oder die Gestaltung des Arbeitsplatzes unmittelbar Arbeitsbedingungen. Das gilt aber nicht für Normen betreffend Torkontrollen oder Rauchverbote. Betriebsverfassungsrechtliche Normen betreffen demgegenüber nicht unmittelbar die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer. Sie wirken sich zwar auf die Stellung der Arbeitnehmer aus, betreffen aber unmittelbar die Einrichtung und Organisation einer Betriebsverfassung sowie die Rechte der Arbeitnehmervertretungen. Auch Normen betreffend Gemeinsame Einrichtungen fallen i.d.R. nicht unter die Ausnahme. Somit zeigt sich, dass es durchaus Fälle geben kann, in denen zwar nicht mehr die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen i.S.d. Rechtsprechung des EuGH betroffen sind, trotzdem aber nach deutschem Tarifrecht zulässige Regelungen getroffen wurden. Dieser Widerspruch ist grundsätzlich entsprechend dem Verhältnis des deutschen zum EG-Recht zu lösen, so dass das EG-Recht grundsätzlich Vorrang hat. Allerdings darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen werden, dass es im gesamten EG-Recht keine Definition für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gibt und gerade das Tarifrecht in den einzelnen Mitgliedsstaaten i.d.R. genau gesetzlich geregelt ist.

### **3. Europäische Betriebsvereinbarungen**

Die Kompetenzen der europäischen Betriebsräte sind auf Information und Anhörung beschränkt (§§ 1, 32 f EBRG). Mitwirkungsrechte sind nicht vorgese-

hen<sup>521</sup>. Insoweit werden auch Europäische Betriebsvereinbarungen nicht genannt. Die EBR-Richtlinie 94/45/EG<sup>522</sup> enthält im übrigen auch keine Rechtsgrundlage für den Abschluss solcher Vereinbarungen<sup>523</sup>. Trotzdem haben in der Praxis einige Unternehmen mit europäischen Betriebsräten Vereinbarungen abgeschlossen<sup>524</sup>. Dabei handelt es sich aber lediglich um unverbindliche Vereinbarungen oder Vereinbarungen ohne Normativcharakter<sup>525</sup>. Diese Vereinbarungen fallen somit nicht unter die Ausnahme vom EG-Kartellrecht.

Auch die RL 2001/86/EG<sup>526</sup> zur Arbeitnehmervertretung sowie die RL 2002/14/EG<sup>527</sup> enthalten keine Ermächtigung zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen. Letztere bezieht sich ausschließlich auf die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 1), erstere erwähnt neben der Unterrichtung (Art. 2 lit. i) und Anhörung (Art. 2 lit. j) zwar auch die Mitbestimmung (Art. 2 lit. k), meint dabei aber nur das Recht, einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder zu wählen bzw. die Bestellung zu empfehlen und/oder abzulehnen.

#### **4. Deutsche Betriebsvereinbarungen**

Auch Betriebsvereinbarungen könnten als Kollektivverträge nach den Grundsätzen des EuGH vom EG-Kartellrecht ausgenommen sein.

##### **a) Betriebsrat als Sozialpartner**

Fraglich ist, ob der Betriebsrat, der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat Sozialpartner i.S.d. Rechtsprechung des EuGH sind.

---

<sup>521</sup> Schmidt, Kap. IV, Rn. 52.

<sup>522</sup> RL 94/45/EG v. 01.11.1996, ABl. EG 1994 L 254/64.

<sup>523</sup> Rademacher, S. 132.

<sup>524</sup> Schmidt, Kap. IV, Rn. 52.

<sup>525</sup> Schmidt, Kap. IV, Rn. 52.

<sup>526</sup> RL 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.03.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 L 80/29.

<sup>527</sup> RL 2001/86/EG des Rates v. 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001 L 294/22; siehe dazu Hanau in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 19, Rn. 153 ff; siehe dazu Reichold, NZA 2003, 289 ff.

Der Betriebsrat besteht aus Arbeitnehmern des jeweiligen Betriebs oder aus Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die aber schon mindestens sechs Monate in dem Betrieb tätig waren (§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 7 BetrVG). Die Zahl der Betriebsratsmitglieder richtet sich nach der Größe des Betriebs (§ 9 BetrVG). Somit kann der Betriebsrat auch aus nur einem Arbeitnehmer bestehen. Es handelt sich eindeutig um eine Vereinigung von Arbeitnehmern, die diese auch vertritt, wenn der Betriebsrat aus einer Mehrzahl von Arbeitnehmern besteht. Der Betriebsrat stellt dann einen Sozialpartner dar. Das gilt auch für den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat. Aufgrund des zum Firmentarifvertrag Ausgeführten muss aber auch der aus einem einzigen Arbeitnehmer bestehende Betriebsrat als Sozialpartner angesehen werden. Auch in diesem Fall ginge eine Verneinung der Sozialpartnereigenschaft zu Lasten der Arbeitnehmer. Im übrigen liegt auch hier eine Organisation vor, die Arbeitnehmer vertritt, denn es kommt nicht auf das einzelne Betriebsratsmitglied an, sondern auf das Organ Betriebsrat selbst.

b) Andere Beurteilung wegen § 2 Abs. 1 BetrVG ?

Es ist zu überlegen, ob eine unterschiedliche Behandlung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gerechtfertigt ist, weil gem. § 2 Abs. 1 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammenarbeiten. Hierin liegt ein Unterschied zum Verhältnis von Arbeitgeber/Arbeitgeberverband und Gewerkschaft. Letztere arbeitet i.d.R. nicht zum Wohl des Betriebs/Unternehmens des Verhandlungsgegners mit diesem zusammen. Insoweit könnten die Ausgangsvoraussetzungen von denen abweichen, die den EuGH zur Entwicklung der Ausnahme bewogen haben. Allerdings wird auch diese Vorschrift nicht das Vorliegen der natürlichen Interessengegensätze zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vermeiden<sup>528</sup>. § 2 Abs. 1 BetrVG soll nur helfen, diese Gegensätze möglichst einvernehmlich auszugleichen. Die schwächere Stellung der Arbeitnehmer wird durch § 2 Abs. 1 BetrVG nicht beseitigt. Der Betriebsrat handelt

---

<sup>528</sup> Fitting, § 76, Rn. 16.

trotzdem vorrangig im kollektiven Interesse der Arbeitnehmer<sup>529</sup>. Des weiteren müssen sowohl die Belange des Betriebs als auch die der Arbeitnehmer berücksichtigt werden. Somit wird nicht ein Belang über den anderen gestellt<sup>530</sup>. Deshalb spricht auch § 2 Abs. 1 BetrVG nicht gegen eine Gleichbehandlung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung.

c) Besonderheiten bei Einigungsstellenverfahren

Auch bei der Betriebsvereinbarung stellt sich die Frage, ob sie dann unter die Ausnahme fällt, wenn sie aufgrund eines Spruchs der Einigungsstelle zustande kommt. Können Meinungsverschiedenheiten nicht auf dem Weg der Verhandlung gelöst werden (§ 74 Abs. 1 S. 1 BetrVG), wird bei Bedarf zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat eine Einigungsstelle gebildet (§ 76 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Voraussetzung für die Anrufung der Einigungsstelle ist der ernsthafte Versuch, die Meinungsverschiedenheit auf dem Verhandlungsweg zu lösen (§ 74 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Gem. § 76 Abs. 2 S. 1 BetrVG besteht die Einigungsstelle aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern, die vom Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt werden, und einem unparteiischen Vorsitzenden (§ 76 Abs. 2 S. 1 BetrVG), auf dessen Person sich beide Seiten einigen müssen. Im erzwingbaren Einigungsstellenverfahren hat der Spruch der Einigungsstelle bindende Wirkung für die Betriebspartner (§ 76 Abs. 5 S. 1 BetrVG), im übrigen kommt ihm nur dann bindende Wirkung zu, wenn sich die Betriebspartner dem Spruch im voraus unterworfen haben oder ihn nachträglich annehmen (§ 76 Abs. 6 S. 2 BetrVG).

Trotz der Unterschiede zwischen dem tariflichen Schlichtungsverfahren und dem Einigungsstellenverfahren sind die zur tariflichen Schlichtung entwickelten Grundsätze auf die Betriebsvereinbarung übertragbar<sup>531</sup>. Auch hier kann das Vorliegen der Voraussetzungen „Sozialpartner“ und „Zustandekommen aufgrund Kollektivverhandlung“ nur in den schon aufgezeigten Fällen bejaht wer-

---

<sup>529</sup> BAG, Urteil v. 02.07.1980 – AP Nr. 5 zu § 101 – BetrVG 1972; von Hoyningen-Huene, § 4 II. 1. b).

<sup>530</sup> Fitting, § 76, Rn. 56.

<sup>531</sup> Siehe § 7 A. I. 2. c).

den. Dies ergibt sich schon aufgrund der Gleichstellung von Betriebsvereinbarungen mit Tarifverträgen i.S.d. Rechtsprechung des EuGH. Des weiteren kann gem. § 76 Abs. 8 BetrVG durch Tarifvertrag bestimmt werden, dass an die Stelle der Einigungsstelle eine tarifliche Schlichtungsstelle tritt.

d) Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

Fraglich ist auch hier, ob die Regelungsmacht der Parteien der Betriebsvereinbarung mit den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen i.S.d. Ausnahme übereinstimmt. Da Betriebsvereinbarungen weitgehend dieselben Regelungen enthalten können wie Tarifverträge, kann auf das zum Tarifvertrag Ausgeführte verwiesen werden<sup>532</sup>.

## 5. Richtlinien nach SprAuG

Probleme bereitet auch die Einordnung der Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Sprecherausschuss über Richtlinien gem. § 28 SprAuG.

a) Sprecherausschuss als Sozialpartner

Aufgrund der Besonderheiten, die bei leitenden Angestellten vorliegen, ist zu klären, ob die eng auszulegende Ausnahme des EuGH auch hier noch eingreift.

Gem. § 5 Abs. 3 BetrVG findet das BetrVG auf leitende Angestellte keine Anwendung. Grund dafür ist, dass leitende Angestellte Funktionen ausüben, die der Arbeitgeberseite zuzurechnen sind (siehe dazu z.B. § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 – 3 BetrVG)<sup>533</sup>. Der Arbeitgeber verfolgt aber in erster Linie wirtschaftliche Interessen. Leitende Angestellte müssen sich bei ihrer Aufgabenerfüllung mit den unternehmerischen Interessen des Arbeitgebers identifizieren. In dieser Funktion vertreten sie den Arbeitgeber und sind somit Gegenspieler des Betriebsrats<sup>534</sup>. Auf der anderen Seite sind auch leitende Angestellte Arbeitnehmer<sup>535</sup>.

---

<sup>532</sup> Siehe § 7 A. I. 2. d).

<sup>533</sup> Von Hoyningen-Huene, § 3, 4. b); Fitting, § 5, Rn. 321.

<sup>534</sup> Von Hoyningen-Huene, § 3, 4. b); Fitting, § 5, Rn. 320.

<sup>535</sup> Von Hoyningen-Huene, § 3, 4. b); Fitting, § 3, Rn. 322.

Sie schließen mit dem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag, unterliegen seinem Weisungsrecht und können von ihm gekündigt werden.

Ausschlaggebend für die Beurteilung kann nicht die Funktion einer Person sein. Die wahrzunehmenden Funktionen sind Teil der auszuübenden Tätigkeit. Darauf kann es aber nicht ankommen. Ausschlaggebend kann allein der Status der jeweiligen Person im Arbeitsleben sein. Nur wenn dieser Ausdruck der natürlichen Schwäche der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ist, ist die Ausnahme anwendbar. Sobald also der Status der leitenden Angestellten als Arbeitnehmer betroffen ist, ist auch der Sprecherausschuss als deren Vertretung als Sozialpartner i.S.d. Rechtsprechung des EuGH anzusehen. Auch in diesem Zusammenhang ist irrelevant, dass gem. § 2 Abs. 1 S. 1 SprAuG Sprecherausschuss und Arbeitgeber zum Wohl der leitenden Angestellten und des Betriebs zusammenarbeiten<sup>536</sup>.

b) Richtlinien und Vereinbarungen sowie Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nach SprAuG

Den Richtlinien zwischen Arbeitgeber und Sprecherausschuss gehen entsprechende Verhandlungen voraus. Gem. § 28 Abs. 1 SprAuG sind die Richtlinien schriftlich abzuschließen. Bei entsprechender Vereinbarung haben die Richtlinien Normativcharakter (§ 28 Abs. 2 S. 1 SprAuG). Da § 28 Abs. 1 SprAuG von Richtlinien über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen spricht, kann auf das zum Tarifvertrag Ausgeführte verwiesen werden<sup>537</sup>. Sowohl die Richtlinien mit als auch die ohne Normativwirkung sind demnach Kollektivvereinbarungen im Sinne des EuGH und fallen unter die vom EuGH entwickelte Ausnahme.

---

<sup>536</sup> Siehe § 7 A. I. 4. b).

<sup>537</sup> Siehe § 7 A. I. 2. d).

## **II. Sonstige Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern, andere kollektive Regelungen**

Zwischen den Sozialpartnern kann es zum Abschluss außertariflicher Vereinbarungen kommen, die sich auch auf Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen beziehen können. Bei diesen handelt es sich lediglich um schuldrechtliche Verträge, denen jegliche normative Wirkung fehlt<sup>538</sup>. Da aber eine normative Wirkung keine zwingende Voraussetzung für die Ausnahme vom Kartellrecht ist, fallen auch solche Vereinbarungen unter die Ausnahme, soweit unmittelbar Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geregelt werden.

Einseitig erlassene Arbeitsregelungen werden i.d.R. nicht vom Kartellrecht ausgenommen sein. Dabei handelt es sich z.B. um Verwaltungsanweisungen, Einstellungsbedingungen des DGB oder Erlasse des öffentlichen Arbeitgebers<sup>539</sup>. Hier wird i.d.R. der unmittelbare Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen fehlen.

## **III. Individualverträge, betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz**

Auch Individualverträge (Einzelzusage, Gesamtzusage und betriebliche Einheitsregelung) werden von der Ausnahme erfasst, solange eine unmittelbare Regelung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und eine darauf gerichtete Zielsetzung vorliegt. Das gleiche gilt für den Grundsatz der betrieblichen Übung sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz.

---

<sup>538</sup> Wiedemann in Wiedemann, § 1, Rn. 18 ff.

<sup>539</sup> Wiedemann in Wiedemann, § 1, Rn. 23; Gamillscheg, § 12, 9. a) (1) u. (2).

## IV. Empfehlungen

### 1. EG-Recht

Fraglich ist, unter welche Verhaltensweise die Empfehlung fällt. Nach EG-Recht<sup>540</sup> kann dies im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben, da Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen in ihren Rechtsfolgen gleichgestellt sind und schon die Abstimmung allein für die Anwendbarkeit der Vorschrift genügen sollte<sup>541</sup>. In vielen Fällen wird aber das Abstimmungsverbot eingreifen. Im übrigen kann auf das zu Art. 81 Abs. 1 EG Gesagte verwiesen werden<sup>542</sup>.

### 2. Deutsches Recht

Fraglich ist, inwieweit Empfehlungen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung nach deutschem Kartellrecht relevant sind. Dabei kann es sich z.B. um die Empfehlung handeln, die betriebliche Altersversorgung über ein bestimmtes Unternehmen durchzuführen. Diese Empfehlung kann von Arbeitgebern, Arbeitgeberverbänden oder Gewerkschaften stammen und sich außerhalb eines Tarifvertrags oder in einem solchen<sup>543</sup> befinden. Gem. § 22 Abs. 1 S. 1 GWB sind Empfehlungen verboten, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bezwecken oder bewirken.

---

<sup>540</sup> Siehe dazu Kommission, Entscheidung v. 21.12.1988, ABl. 1989 L 74/21, Tz.: 37 (LDPE); EuGEL, Urteil v. 24.10.1991 - Rs. C-1/89 – Slg. 1991, II-867, Tz.: 120 (Rhône-Poulenc); Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rn. 84, 108; Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 76 ff; Schröter in G/T/E, Artikel 85 Absatz 1, Rn. 43; Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 72.

<sup>541</sup> So Zimmer in I/M, § 1, Rn. 112; a.A. Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 68.

<sup>542</sup> Siehe insbesondere § 5 B II i.V.m. § 6 A; siehe auch § 7 B. II. 1. zur Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaften in diesem Fall.

<sup>543</sup> Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003), z.B. Druckindustrie West + Ost.

a) Täterkreis

§ 22 Abs. 1 S. 1 GWB richtet sich lediglich an den Empfehlenden, nicht an den Empfehlungsempfänger<sup>544</sup>. Wird eine Empfehlung lediglich befolgt, liegt darin kein Verstoß gegen das GWB. Dabei muss es sich beim Empfehlenden nicht um ein Unternehmen handeln<sup>545</sup>. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 22 GWB. Dieser spricht lediglich von Empfehlungen und nicht von Empfehlungen durch Unternehmen. Im Vergleich zu den übrigen Normen des GWB wird aber deutlich, dass immer dann, wenn Adressat der Norm ein Unternehmen sein soll, dies auch in der Norm deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Daraus folgt, dass die Tarifvertragsparteien grundsätzlich sowohl als funktionale Unternehmen als auch als Nicht-Unternehmen Adressat der Norm sind.

b) Empfehlungsbegriff

Nach der Rechtsprechung ist die Empfehlung als eine Erklärung zu verstehen, „durch die jemand ein bestimmtes Marktverhalten als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt. Ihr wohnt das Bestreben inne, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, zu beeinflussen“<sup>546</sup>. Dabei wird auf jegliche faktische Bindungswirkung und auf eine bestimmte Intensität der Empfehlung verzichtet<sup>547</sup>. Eine Empfehlung liegt somit z.B. vor, wenn die Tarifvertragsparteien vorschlagen, ein bestimmtes Modell zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung zu wählen.

c) Bezwecken und Bewirken

Mit Blick auf das Bezwecken muss der Empfehlende wenigstens mit dolus eventualis gehandelt, die Empfehlungswirkung also zumindest billigend in Kauf

---

<sup>544</sup> Sauter in I/M, § 22, Rn. 2.

<sup>545</sup> Siehe nur Emmerich, § 17 I. a); Bunte, § 7 III 6..

<sup>546</sup> BGH, Urteil v. 14.01.1960 – Az.: KRB 12/59 – WuW/E BGH 369 (Kohlenplatzhandel); Urteil v. 30.06.1987 – Az.: KZR 12/86 – WuW/E BGH 2411, 2413 (Personenbeförderung ab Stadtkreisgrenze).

<sup>547</sup> BGH, Urteil v. 16.12.1976 – Az.: KVR 5/75 – WuW/E BGH 1474, 1480 (Architektenkammer); Urteil v. 30.06.1987 – Az.: KZR 12/86 – WuW/E BGH 623, 624 (Personenbeförderung ab Stadtkreisgrenze).

genommen haben<sup>548</sup>. Bei einer durch Empfehlung bewirkten Beschränkung des Wettbewerbs wird nach neuerer Rechtsprechung verlangt, dass der Empfehlende mit dem Willen gehandelt hat, das Verhalten der Marktteilnehmer zu koordinieren<sup>549</sup>. Der Vorsatz muss sich des weiteren auf das gleichförmige Verhalten sowie die spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse beziehen<sup>550</sup>. Bei der Empfehlung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung durch die Tarifvertragsparteien wird der geforderte Empfehlungswille i.d.R. gegeben sein, da es den Tarifvertragsparteien gerade darauf ankommt, die betriebliche Altersversorgung zu vereinheitlichen. Dass ein gleichförmiges Verhalten sowie eine spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse die Folge sein können, werden die Tarifvertragsparteien in diesem Fall zumindest in Kauf nehmen.

d) Umgehungsempfehlung

Gem. § 22 Abs. 1 S. 1 GWB muss eine Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bezweckt sein oder bewirkt werden. Die Empfänger der Empfehlung müssen sich somit nach dem Willen des Empfehlenden oder tatsächlich so verhalten, dass objektiv ein gesetzliches oder ein auf einer Verfügung beruhendes Verbot umgangen wird<sup>551</sup>. Der objektive Tatbestand der umgangenen Norm oder Verfügung muss somit gegeben sein, ohne dass die nach der umgangenen Norm oder Verfügung eigentliche Verbotshandlung, z.B. die Vereinbarung i.S.d. § 1 GWB, vorliegen muss, da diese gerade durch das gleichförmige Verhalten ersetzt wird<sup>552</sup>. Dabei muss der Umgehungserfolg nicht tatsächlich eingetreten sein; eine bezweckte Umgehung reicht aus<sup>553</sup>. Findet das GWB schon keine Anwendung, weil die entsprechenden Voraussetzungen dafür vorliegen<sup>554</sup>, kann auch eine Empfehlung nicht gem. § 22 GWB kontrolliert werden (z.B. Empfehlung der Gewerkschaft, einen be-

---

<sup>548</sup> Bechtold, § 22, Rn. 4.

<sup>549</sup> BGH, Urteil v. 22.03.1994 – Az.: KVR 23/93 – WuW/E BGH 2923, 2925 ff (Mustermie-Tarifvertragertrag).

<sup>550</sup> Sauter in I/M, § 22, Rn. 31.

<sup>551</sup> Bechtold, § 22, Rn. 5; Sauter in I/M, § 22, Rn. 17.

<sup>552</sup> Bechtold, § 22, Rn. 5; Bunte in Langen/Bunte, § 22, Rn. 10; Emmerich, § 17, 1. b).

<sup>553</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 22, Rn. 13; Emmerich, § 17, 1. b).

<sup>554</sup> Siehe § 5 A. II.

stimmten Durchführungsweg zu wählen, gleichgültig, ob diese Empfehlung im Rahmen eines Tarifvertrags ausgesprochen wird oder nicht). Bei Anwendbarkeit des GWB kommt ein Verstoß gegen § 22 GWB nicht in Betracht, wenn ein Verstoß gegen § 1 GWB im Rahmen der Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung aus anderen Gründen ausscheidet als der fehlenden Absprache, da es an der von § 22 GWB geforderten Umgehung fehlt. Wie aber festgestellt<sup>555</sup>, können Tarifverträge zur betrieblichen Altersversorgung auch gegen § 1 GWB verstoßen, weshalb in diesem Fall die Empfehlung gem. § 22 GWB verboten ist.

#### V. Sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 81 Abs. 1 lit. d EG/§ 1 GWB würde auch den Fall erfassen, dass zwischen Unternehmen, die im Bereich der betrieblichen Altersversorgung tätig sind, eine Absprache stattfindet, durch die vereinbart wird, andere Unternehmen durch die Anwendung unterschiedlicher sachlich nicht gerechtfertigter Bedingungen im Wettbewerb zu benachteiligen<sup>556</sup>.

Solche Vereinbarungen sind auch zwischen Arbeitgebern und Anbietern betrieblicher Altersversorgung denkbar. Das gilt auch für Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und diesen Unternehmen, soweit die Gewerkschaften in dieser Situation als Nachfrager gegenüber den Unternehmen auftreten. Hier greift § 1 GWB allerdings nicht ein, da Gewerkschaften und Unternehmen in diesem Fall nicht miteinander in Wettbewerb stehen.

Ebenso enthält Art. 81 Abs. 1 lit. e EG ein Verbot von Koppelungsgeschäften. Hier kann an eine Absprache zwischen dem Unternehmen der betrieblichen Altersversorgung und Arbeitgebern bzw. Gewerkschaften als Nachfragern gedacht werden, die die Arbeitgeber zur Erlangung besonders günstiger Bedingungen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung dazu verpflichtet, weitere, damit in keinem sachlichen Zusammenhang stehende Dienstleistungen dieses Unternehmens in Anspruch zu nehmen. Auch hier würde § 1 GWB nicht eingreifen.

---

<sup>555</sup> Siehe § 7 B..

<sup>556</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 91.

## **B. Kollektivvereinbarungen in der Praxis**

Im Folgenden werden die Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung<sup>557</sup> kartellrechtlich überprüft. Soweit dabei Unterschiede zwischen deutschem und EG-Kartellrecht bestehen, wird auf diese kurz eingegangen. Folgende Regelungen werden auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft<sup>558</sup>:

- Erteilung einer Versorgungszusage
- Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung (§ 4 Abs. 2 TVG) zur betrieblichen Altersversorgung durch die Sozialpartner
- Verpflichtung der Arbeitgeber zur Leistung von Beiträgen an die Gemeinsame Einrichtung
- Bestimmung eines Durchführungswegs
- Bestimmung eines konkreten Versicherungsunternehmens
- Antrag auf AVE (bezogen auf einen Tarifvertrag, der eine oder mehrere der oben genannten Regelungen enthält)

Ebenfalls werden Empfehlungen von Gewerkschaften, die sich auf die Gewährung betrieblicher Altersversorgung beziehen sowie die AVE durch die öffentliche Hand überprüft.

## **I. Anwendbarkeit des Kartellrechts**

Zunächst ist zu prüfen, ob Art. 81 Abs. 1 EG bzw. § 1 GWB überhaupt anwendbar sind.

---

<sup>557</sup> Siehe § 2 D..

<sup>558</sup> Soweit nicht anders bezeichnet, sind alle Formen der Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gemeint.

## 1. Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG

Hier sind die vom EuGH entwickelten Kriterien anzuwenden, wobei auf eine enge Auslegung zu achten ist. Dass Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nach ihrer „Art“ unter die vom EuGH entwickelte Ausnahme fallen, wurde soeben festgestellt<sup>559</sup>. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist auch zunächst davon auszugehen, dass die Sozialpartner die Verfolgung sozialpolitischer Ziele bezweckt haben.

### a) Ansicht des EuGH

Da Ziel der Vereinbarungen die Gewährung und nähere Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung ist und diese einen Teil der Entlohnung darstellt, haben die Vereinbarungen sozialpolitische Ziele. Nach Ansicht des EuGH liegt auch eine unmittelbare Verbesserung der Arbeitsbedingung Entlohnung vor. Für die Erteilung der Versorgungszusage, die Errichtung einer Gemeinsamen Einrichtung und den Antrag auf AVE ergibt sich das schon aus den Urteilen Albany u.a.. Doch ebenso wird der EuGH die übrigen Regelungen beurteilen, da es auf die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen durch den Tarifvertrag im ganzen ankommt.

### b) Hier vertretene Ansicht

Nach hier vertretener Ansicht müssen die einzelnen Bestimmungen in den Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen sozialpolitische Ziele verfolgen, die unmittelbar Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen regeln. Dabei muss eine enge Auslegung jeder einzelnen kollektivvertraglichen Regelung erfolgen. Im folgenden kann sich die Untersuchung auf die Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen beschränken, da aufgrund der zu überprüfenden Materie keine Verschlechterungen ersichtlich sind.

---

<sup>559</sup> Siehe dazu § 7 A. I. 2. u. 4..

## (1) Erteilung einer Versorgungszusage

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erteilung einer Versorgungszusage durch Entgeltumwandlung ergibt sich aus § 1 a Abs. 1 S. 1 BetrAVG, weshalb argumentiert werden könnte, dass eine Kollektivvereinbarung nicht mehr zu einer Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen führen kann. Hier ist aber § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG zu beachten, nach dem u.a. von § 1a BetrAVG abgewichen werden kann. Ob das auch bedeutet, dass der Anspruch auf Entgeltumwandlung tarifvertraglich abbedungen werden kann, ist streitig<sup>560</sup>, bedarf hier aber keiner Entscheidung. Denn dass eine unmittelbare Verbesserung hier der Arbeitsbedingung Entlohnung vorliegt, ergibt sich schon aus folgendem: In vielen der abgeschlossenen Tarifverträge wird neben der Entgeltumwandlung auch die Gewährung eines Arbeitgeberbeitrags für die betriebliche Altersversorgung vereinbart. Des weiteren kann gem. § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG in Tarifverträgen von den §§ 1a, 2 bis 5, 16, 27 und 28 BetrAVG zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Soweit Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, kann für diese eine Entgeltumwandlung gem. § 17 Abs. 5 BetrAVG nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder zugelassen ist. Eine Verbesserung ist somit zu bejahen.

## (2) Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung, Verpflichtung zur Beitragsleistung

Obwohl beides mit der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung in Zusammenhang stehen kann, führen die Regelungen nicht unmittelbar zu einer Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer. Die Anwendung von § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG auf Tarifverträge, durch die Gemeinsame Einrichtungen geschaffen werden, kann nicht über die Grundsätze der konzentrativen Vollfunktionsunternehmen verhindert werden, da es sich bei Gemeinsamen Einrichtungen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung um kooperative Gemeinschaftsunternehmen bzw. Teilfunktionsunternehmen handelt. Ist ein einzelner Arbeitgeber am Tarifvertrag beteiligt, ist er

---

<sup>560</sup> Dafür z.B. Rieble, BetrAV 2001, 584, 590 f; Schliemann, BetrAV 2001, 732, 736 ff; dagegen Blomeyer, BetrAV 2001, 430, 439.

zwar Unternehmer, doch erfolgt keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens. Die Beteiligung der Arbeitgeber im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses macht die Arbeitgeber nicht zu den „Muttergesellschaften“ der Gemeinsamen Einrichtung. Auch insoweit wird kein Wettbewerbsverhalten koordiniert. § 1 GWB bzw. Art. 81 Abs. 1 EG finden somit Anwendung.

### (3) Bestimmung eines Durchführungswegs

Hier kann es um die Vereinbarung eines konkreten Durchführungswegs gehen oder um die Beschränkung der Wahlfreiheit im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Durchführungswege. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur bei den Durchführungswegen Pensionskasse, Pensionsfonds und Direktversicherung die Riester-Förderung für den Arbeitnehmer möglich ist, soweit die Voraussetzungen der §§ 10a, 82 Abs. 2 EStG erfüllt werden. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Erfüllung dieser Voraussetzungen ergibt sich zwar schon aus § 1a Abs. 1 S. 3 i.V.m. Abs. 3 BetrAVG. Dabei ist aber § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG zu beachten, wonach u.a. von § 1a BetrAVG durch Tarifvertrag abgewichen werden kann. Da die Riester-Förderung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung neben einem bestimmten Durchführungsweg unmittelbar an die Entgeltumwandlung gebunden ist (§§ 10a, 82 Abs. 2 EStG) und eine Erhöhung der Rentenleistungen bedeutet, ist die Bestimmung eines Durchführungswegs durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung als unmittelbare Regelung der Arbeitsbedingung Entlohnung anzusehen.

### (4) Bestimmung eines konkreten Unternehmens

Die unmittelbare Verbesserung der Arbeitsbedingung Entlohnung kann hier nur dann bejaht werden, wenn gerade aufgrund der Wahl des konkreten Unternehmens eine unmittelbare Verbesserung eintritt, die über die Verbesserung hinausgeht, die durch die Erteilung der Versorgungszusage und möglicherweise durch die Wahl des Durchführungswegs eintritt. Das ist z.B. der Fall, wenn – wie bei der ZVK oder der VBL – trotz Arbeitslosigkeit, Erziehungsurlaubs etc. Ansprüche auf Rentenleistungen erworben werden. Diese Fälle sind in Deutschland relativ selten und treten nur bei den obligatorischen tarifvertraglichen Zu-

satzrentensystemen auf. In den übrigen Fällen handelt es sich bei der Bestimmung eines konkreten Unternehmens nicht um die unmittelbare Verbesserung einer Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingung.

(5) Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung

Der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung bewirkt keine unmittelbare Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.

## 2. Anwendbarkeit von § 1 GWB

Nach hier vertretener Ansicht<sup>561</sup> ist zu prüfen, ob die einzelnen Regelungen nach dem TVG zulässig sind und unmittelbar das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen. Anerkannt ist, dass der betrieblichen Altersversorgung Entgeltcharakter zukommt<sup>562</sup>. Aufgrund dessen handelt es sich bei Tarifnormen zur betrieblichen Altersversorgung um Inhaltsnormen gem. § 1 Abs. 1 TVG<sup>563</sup>.

Im übrigen kann auf das zur Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EG Gesagte verwiesen werden. Denn nach der Definition der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen<sup>564</sup> betrifft eine unmittelbare Regelung dieser Bedingungen unmittelbar auch das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Auch bei Verzicht auf eine enge Auslegung der Kriterien im deutschen Recht kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Die Erteilung der Versorgungszusage sowie die Bestimmung des Durchführungswegs beziehen sich unmittelbar auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die übrigen Regelungen dagegen nicht.

---

<sup>561</sup> Siehe § 5 A. II. 3. e).

<sup>562</sup> BVerfG, DB 1984, 190; BAG, DB 1972, 1486; 1982, 126; 1989, 2400; Langohr-Plato, Rn. 32; Blomeyer/Otto, Einl., Rn. 132 ff; Griebeling, Rn. 17.

<sup>563</sup> Siehe statt vieler Winter in Däubler, TVG, § 1, Rn. 422 ff.

<sup>564</sup> Siehe § 6 A. III. 1. b) (1).

### 3. **Zwischenergebnis**

Die Regelungen der oben aufgeführten Fälle 1 und 2 der Variante 2 sind somit von einer kartellrechtlichen Überprüfung ausgenommen. Ausgenommen von der Anwendung des Kartellrechts sind auch Regelungen, die als konkretes Unternehmen Einrichtungen mit solidarischen Komponenten wie die ZVK des Baugewerbes oder die VBL bestimmen.

## II. **Tatbestandsmäßigkeit**

Die übrigen Regelungen sind nunmehr kartellrechtlich zu überprüfen.

### 1. **Unternehmen, Unternehmensvereinigung**

Wie schon ausgeführt<sup>565</sup>, kommen beim Abschluss von Kollektivvereinbarungen als Unternehmen die Arbeitgeber, als Unternehmensvereinigung die Arbeitgeberverbände in Betracht. Bei Gewerkschaften muss die Unternehmenseigenschaft zumindest im Fall von Empfehlungen bejaht werden, die außerhalb eines Tarifvertrags ausgesprochen werden. Denn durch die Empfehlung wirken die Gewerkschaften unmittelbar auf die angesprochenen Arbeitgeber ein. In dieser Einwirkung liegt der Versuch der Willensbeeinflussung im Hinblick auf eine unternehmerische Entscheidung. Erfolgt die Empfehlung im Rahmen eines Tarifvertrags, ist fraglich, ob nicht auch hier ausnahmsweise die Unternehmenseigenschaft der Gewerkschaften bejaht werden muss. Denn es stellt keine Pflicht der Gewerkschaften gegenüber ihren Mitgliedern dar, den Arbeitgebern Empfehlungen auszusprechen. Trotzdem muss hier die Unternehmenseigenschaft verneint werden. Ziel der Empfehlung ist es nämlich, die Arbeitgeber zu bewegen, möglichst das Unternehmen zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung auszuwählen, das die besten Konditionen für die Arbeitnehmer bietet. Erfolgt die Empfehlung dann im Rahmen eines Tarifvertrags, kann sie als Teil der Kollektivverhandlungen angesehen werden.

---

<sup>565</sup> Siehe § 4 A. III. 1..

## 2. Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmte Verhaltensweise

Unter einer Vereinbarung versteht man jede Übereinkunft zwischen zwei oder mehr Parteien, durch die sich wenigstens einer der Beteiligten zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet<sup>566</sup>. Es werden sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen erfasst<sup>567</sup>.

Beschlüsse sind alle Rechtsakte, durch die eine Unternehmensvereinigung ihren Willen bildet<sup>568</sup>.

Eine abgestimmte Verhaltensweise ist bei jeder Form der Koordinierung gegeben, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne ge-  
diehen ist, die aber bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt<sup>569</sup>. Die abgestimmte Verhaltensweise ist abzugrenzen von einseitigen Maßnahmen, für die sich die Unternehmen ohne Verhaltensabstimmung entscheiden<sup>570</sup>.

### a) Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes

Im deutschen Recht ist zu berücksichtigen, dass nach § 1 GWB weitere Voraussetzung ist, dass es sich bei den beteiligten Unternehmen um miteinander in Wettbewerb stehende Unternehmen handelt. Somit kann nicht auf den Verbandstarifvertrag selbst abgestellt werden. In die kartellrechtliche Beurteilung nach § 1 GWB ist aber der Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes einzubeziehen. Auf diesen kann hier zurückgegriffen werden.

### b) Sonstige Fälle

Fraglich ist, wie verfahren werden kann, wenn der Arbeitgeberverband nicht beteiligt ist und es somit an einem Zustimmungsbeschluss fehlt. Beim Firmenta-

---

<sup>566</sup> Grill in Lenz, Art. 81, Rn. 1; Emmerich, § 37, 4. i.V.m. § 3, 4.

<sup>567</sup> Grill in Lenz, Art. 81, Rn. 2.

<sup>568</sup> Roth/Ackermann in FK, Grundfragen Art. 81 Abs. 1, Rn. 103; Emmerich, § 37, 4. i.V.m. § 3, 6.

<sup>569</sup> Z.B. EuGH, Urteil v. 14.07.1972 – Rs. C-48/69 – Slg. 1972, I-619, Tz.: 54 (ICI); Urteil v. 16.12.1975 – verb. Rs. C-40 u.a./73 – Slg. 1975, I-1663, Tz.: 26 (Suiker Unie); Urteil v. 14.07.1981 – Rs. C-172/80 – Slg. 1981, I-2021, Tz.: 12 (Züchner).

<sup>570</sup> Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 108.

rifvertrag sowie bei der Betriebsvereinbarung ist zu überprüfen, ob nicht eine Vereinbarung einzelner Arbeitgeber bzw. der jeweils beteiligten Unternehmen oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise dahingehend vorliegt, inhaltlich identische Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen in den jeweiligen Betrieben bzw. Unternehmen abzuschließen. Eine ausdrückliche Vereinbarung dieser Art wird aber i.d.R. nicht vorliegen. Etwas anderes kann bei mehrgliedrigen Tarifverträgen der Fall sein. Bei der abgestimmten Verhaltensweise wird wohl der Beweis Probleme bereiten. Insbesondere wird es schwierig sein nachzuweisen, dass zwischen selbstständigen Unternehmen nicht lediglich ein zulässiges Parallelverhalten vorliegt. Bei der Gesamtbetriebsvereinbarung kommt diese Vorgehensweise nicht in Betracht, da es sich bei den Betrieben des Unternehmens um unselbstständige Unternehmensteile handelt; auch Gesellschafter oder Vorstandsmitglieder einer Kapitalgesellschaft sind keine Unternehmen.

Des Weiteren besteht bei der Betriebsvereinbarung die Möglichkeit, auf eine abgestimmte Verhaltensweise der Arbeitgeber abzustellen. Voraussetzung dafür ist, dass eine Koordinierung von Betriebsratsverhalten dahingehend vorliegt, einheitliche Betriebsvereinbarungen abzuschließen. Ist das der Fall und richten sich die Arbeitgeber nach der jeweiligen Betriebsvereinbarung, kann die Abstimmung der Betriebsräte den Arbeitgebern zugerechnet werden, da es sich bei den Betriebsräten um ein Organ des Betriebs handelt<sup>571</sup>. Auch hier wird aber der Beweis Probleme bereiten. Festzuhalten ist somit, dass nie der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung selbst Gegenstand der kartellrechtlichen Überprüfung sind.

### **3. Wettbewerbsbeschränkung**

Da die zu überprüfenden Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmten Verhaltensweisen auf Tarifverträge Bezug nehmen, sind die Tarifverträge für die Beurteilung, ob eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, heranzuziehen. Die einzelnen Regelungen in den Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen müssten demnach auf dem relevanten Markt zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen können.

---

<sup>571</sup> Rieble, Rn. 475.

Dabei ist auf einen wesentlichen Unterschied zwischen § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EG hinzuweisen. Gem. § 1 GWB ist Voraussetzung, dass miteinander in Wettbewerb stehende Unternehmen betroffen sind, weshalb die Beschränkung von Drittwettbewerb dann nicht mehr unter § 1 GWB subsumiert werden kann, wenn sich die Beschränkung nicht auch auf das Wettbewerbsverhältnis der an der Absprache Beteiligten bezieht<sup>572</sup>. Somit ist Voraussetzung für die Anwendung des § 1 GWB, dass zwischen den Beteiligten ein aktuelles oder potentielles Wettbewerbsverhältnis besteht und sich die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme gerade auf diesen aktuellen oder potentiellen Wettbewerb auswirkt<sup>573</sup>. Im übrigen stimmt der Wortlaut von § 1 GWB im wesentlichen mit dem von Art. 81 Abs. 1 EG überein; die Auslegungsergebnisse zu den einzelnen Merkmalen können somit aufs deutsche Recht übertragen werden.

a) Fehlende wirtschaftliche Handlungsfreiheit bei Konzerngesellschaften?

Eine Wettbewerbsbeschränkung ist nur möglich, wenn die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen gegeben ist.

Es ist hM in Literatur und Rechtsprechung, dass Art. 81 Abs. 1 EG auf konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen keine Anwendung findet, soweit der Wettbewerb zwischen den Konzerngesellschaften aufgrund des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit nicht mehr weiter eingeschränkt werden kann<sup>574</sup>. Des weiteren wird auf die fehlende Autonomie der Tochtergesellschaften abgestellt<sup>575</sup>. Es handelt sich somit um eine Einzelfallentscheidung. Hat die Vereinbarung trotzdem Auswirkungen auf Dritte außerhalb des Konzerns oder handelt es sich um eine Vereinbarung, die zwischen einer Konzerngesellschaft und einem Unternehmen außerhalb des Konzerns abgeschlossen wurde, so kann Art. 81 Abs. 1 EG eingreifen<sup>576</sup>.

---

<sup>572</sup> Wellenhofer-Klein, WuW 1999, 557, 566 f; Huber in FK, Kurzdarstellung § 1 n.F., Rn. 30.

<sup>573</sup> Wellenhofer-Klein, WuW 1999, 557, 566 f.

<sup>574</sup> EuGH, Urteil v. 24.10.1996 – Rs. C-73/95 P – Slg. 1996, I-5482, Tz.: 15 ff (Viho-Parker); Emmerich, § 37, 3. b); Rittner, § 7, Rn. 47; Stockenhuber in Grabitz/Hilf, Art. 81 EGV, Rn. 73 ff.

<sup>575</sup> Emmerich in I/M-EG, Art. 85 Abs. 1, A., Rn. 54 m.w.N..

<sup>576</sup> EuGH, Urteil v. 12.07.1979 – verb. Rs. C-32/78 und 36-82/78 – Slg. 1979, I-2435, Tz.: 24 (BMW Belgium); Kommission, Entscheidung v. 22.06.1993, ABl. EG Nr. L 272/28, 39, 45 (Zeva); Emmerich, § 37, 3. b).

Dasselbe gilt in dem Fall, dass zwischen den Konzerngesellschaften noch Wettbewerb besteht, was i.d.R. beim faktischen Konzern der Fall sein wird<sup>577</sup>. Dieselben Grundsätze gelten auch für § 1 GWB<sup>578</sup>.

b) Die einzelnen Regelungen

(1) Keine Wettbewerbsbeschränkung bei Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung

Eine Wettbewerbsbeschränkung muss hier abgelehnt werden. Bei der Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung handelt es sich um Leistungen, bei deren Erbringung die einzelnen Arbeitgeber nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Vom eigentlichen Waren- und Dienstleistungsmarkt ist die Koordinierung hier weit entfernt. Allein die Schaffung einer gemeinsamen Einrichtung ohne sonstige Beschränkungen hat keinen Einfluss auf das zwischen den Arbeitgebern bestehende Wettbewerbsverhältnis. Auch der Wettbewerb zwischen den kommerziellen Anbietern wird durch die Schaffung der Einrichtung allein nicht beschränkt, da dadurch kommerzielle Anbieter nicht vom Markt ausgeschlossen oder ein Kundenkreis abgeschöpft wird.

(2) Einzelfallentscheidung bei Verpflichtung zur Beitragsleistung

Schon allein die Tatsache der Beitragszahlungspflicht kann dazu führen, dass die Arbeitgeber, um nicht noch höhere Kosten durch Einschaltung eines weiteren Unternehmens zu haben, die betriebliche Altersversorgung über die Gemeinsame Einrichtung durchführen. Hier kann somit eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Ob das aber tatsächlich der Fall ist, hängt von einer Einzelfallentscheidung ab. Dabei kommen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den funktionsnotwendigen Nebenabreden zur Anwendung, die eine teleologische Reduktion des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Danach werden wettbewerbsbeschränkende

---

<sup>577</sup> Emmerich, § 37, 3. b); Rittner, § 7, Rn. 47.

<sup>578</sup> Siehe nur Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 146.

Nebenabreden aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots dann ausgeklammert, wenn sie für die Durchführung einer kartellrechtlich unbedenklichen Hauptvereinbarung funktionsnotwendig sind<sup>579</sup>. Dabei ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen. Die kartellrechtlich unbedenkliche Hauptvereinbarung ist hier der Tarifvertrag zur Schaffung der Gemeinsamen Einrichtung. Ist deshalb die Verpflichtung zur Beitragsleistung notwendig, damit die Gemeinsame Einrichtung überhaupt ihren Zweck erfüllen kann, ist die daraus folgende Wettbewerbsbeschränkung hinzunehmen. Das wird aber i.d.R. der Fall sein. Darüber hinausgehende Wettbewerbsbeschränkungen sind demgegenüber nicht zulässig.

(3) Wettbewerbsbeschränkung bei Bestimmung eines konkreten Unternehmens

Bei dem konkreten Unternehmen kann es sich um eine Gemeinsame Einrichtung oder um einen kommerziellen Anbieter handeln<sup>580</sup>. Die Bestimmung eines konkreten Unternehmens stellt eine Beschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit der Arbeitgeber dar. Das kann zu einer Auswirkung auf die Kosten der Arbeitgeber für die betriebliche Altersversorgung haben. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung stellen zusätzliche Aufwendungen des Arbeitgebers dar. Diese Kosten müssen an anderer Stelle wieder kompensiert werden. Dabei ist die wahrscheinlichste Art und Weise die Erhöhung der Preise der Produkte oder Dienstleistungen. Sind nun aufgrund Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmter Verhaltensweise die Kosten für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung für eine bestimmte Anzahl von Arbeitgebern gleich, kann das zu im wesentlichen einheitlichen Preisänderungen führen. Dadurch kann in diesem Bereich der Wettbewerb der Arbeitgeber im Hinblick auf die günstigsten Bedingungen der betrieblichen Altersversorgung und im Hinblick auf die günstigsten Preise ihrer Produkte oder Dienstleistungen beschränkt werden. Dies käme einer unzulässigen Preisabsprache oder Kostenkalkulation

---

<sup>579</sup> Siehe z.B. EuGH, Urteil v. 12.12.1995 – Rs. C-399/93 – Slg. 1995, I-4515, Tz.: 13 f; Stockenhuber in Wiedemann, Art. 81, Rn. 150.

<sup>580</sup> Siehe dazu die Übersicht betreffend Flächentarifverträge unter <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> (letzter Zugriff: 09.01.2003).

gleich. Gerade der Preiswettbewerb ist aber eine wesentliche Form des Wettbewerbs<sup>581</sup>.

Des Weiteren können die betroffenen Arbeitgeber den Arbeitnehmern nur die tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung festgelegte Art der betrieblichen Altersversorgung anbieten. Es werden somit auch die Angebote der Arbeitgeber an die Arbeitnehmer vereinheitlicht, die bei entsprechender Wahlfreiheit des Arbeitgebers durchaus verschieden aussehen können. Insoweit kommt es zur Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Arbeitgebern im Hinblick auf deren Nachfrage nach Arbeitnehmern.

Außerdem gibt es auch Auswirkungen auf die Anbieter betrieblicher Altersversorgung. Durch die Bestimmung eines Unternehmens werden die übrigen Unternehmen, die ebenfalls Produkte der betrieblichen Altersversorgung anbieten, vom Wettbewerb ausgeschlossen. Diese Beschränkung ist im Rahmen von § 1 GWB allerdings irrelevant<sup>582</sup>.

(4) Keine Wettbewerbsbeschränkung bei Antrag auf Allgemeinverbindlich-  
erklärung

Der in einem Tarifvertrag enthaltene Antrag auf AVE führt selbst zu keinerlei Wettbewerbsbeschränkung. Für diese ist auf die AVE selbst abzustellen.

#### 4. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Das Tatbestandsmerkmal, das sowohl bei § 1 GWB als auch bei Art. 81 Abs. 1 EG geprüft wird<sup>583</sup>, wird weit ausgelegt. Dabei geht es um die Frage, ob von der Wettbewerbsbeschränkung spürbare Auswirkungen auf Dritte im Sinne der Beeinträchtigung der ihnen bei Wettbewerb offenstehenden Handlungsalternativen ausgehen<sup>584</sup>. Bei nur geringfügiger Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt kommen Art. 81 Abs. 1 EG/§ 1 GWB nicht zur Anwendung. Kriterien für die Beurteilung der Spürbarkeit, die sowohl vom

---

<sup>581</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 79.

<sup>582</sup> Siehe § 7 B. II. 3..

<sup>583</sup> Bunte § 4 II. 6., § 14 I. 4..

<sup>584</sup> Bunte, § 4 II. 6.; Emmerich, § 37 5c).

EuGH und der Kommission als auch von deutschen Gerichten und dem BKartA angewandt werden, sind der Marktanteil der an der Absprache beteiligten Unternehmen, der Inhalt der Bestimmung, Art und Menge der betroffenen Erzeugnisse, Stellung und Bedeutung der Beteiligten am Markt der betroffenen Waren und allgemein die wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge<sup>585</sup>. Bei Marktanteilen unter 1% verneint der EuGH die Spürbarkeit, bei Marktanteilen über 5% bejaht er sie, wobei dies keine pauschalen Schwellenwerte sind<sup>586</sup>. Nach der neuen Bagatellbekanntmachung der Kommission, der keine Außenwirkung zukommt, ist ein Marktanteil von bis zu 10% bei Horizontalvereinbarungen nicht spürbar<sup>587</sup>. Dabei genügte bisher immer ein solcher Anteil am Markt eines Mitgliedsstaates<sup>588</sup>. Die deutschen Gerichte kennen keinen festen Schwellenwert, wohingegen das BKartA davon ausgeht, dass Spürbarkeit unter einem Marktanteil von 5% nicht gegeben ist<sup>589</sup>. Vor der Überprüfung der Spürbarkeit ist aber der relevante Markt zu bestimmen. Im folgenden geht es noch um die Untersuchung der Bestimmung eines konkreten Unternehmens sowie der Verpflichtung zur Beitragsleistung. Da hierbei dieselben Grundsätze gelten, sollen beide Fälle zusammen behandelt werden.

a) Sachlich relevanter Markt

Insbesondere der sachlich relevante Markt ist in diesem Zusammenhang von Interesse. Er wird unter Zugrundelegung des Bedarfsmarktkonzepts bestimmt<sup>590</sup>. Danach gehören zum sachlich relevanten Markt nur diejenigen Produkte oder Leistungen, die aus Sicht der Marktgegenseite wegen ihrer Eigenschaften zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs gleichermaßen geeignet sind, während ihre Austauschbarkeit mit anderen Erzeugnissen oder Leist-

---

<sup>585</sup> Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1), Rn. 260; Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 102 f.; ders. § 4 II. 6..

<sup>586</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 102 f.

<sup>587</sup> De-Minimis-Bekanntmachung der Kommission v. 22.12.2001, ABl. Nr. C 368/13.

<sup>588</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 102.

<sup>589</sup> Bunte, § 4 II. 6.; Emmerich, § 3 7d).

<sup>590</sup> Siehe dazu nur Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 19 ff.

ungen gering ist<sup>591</sup>. Produkte und Dienstleistungen desselben sachlich relevanten Marktes müssen vom Verbraucher hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden<sup>592</sup>. Bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes neigen die Gemeinschaftsorgane eher zu einer engen Marktabgrenzung<sup>593</sup>.

In vorliegendem Zusammenhang ist auf die Nachfrager nach Produkten der betrieblichen Altersversorgung abzustellen. Dies sind die Arbeitnehmer. Der sachlich relevante Markt ist zunächst dahingehend einzugrenzen, dass es sich um den Markt der Versicherungsleistungen für die betriebliche Altersversorgung handelt. Er muss aber noch enger abgegrenzt werden. Auch die einzelnen Durchführungswege stellen jeder für sich einen sachlich relevanten Markt dar. Denn jeder Durchführungsweg hat besondere Eigenschaften (z.B. Anspruchsausschluss bei der Unterstützungskasse, Freiheit der Anlage beim Pensionsfonds, Mitgliedschaft im PSV oder keine Mitgliedschaft, Anpassungsprüfungspflicht gem. § 16 BetrAVG oder keine solche Pflicht) und ist nicht ohne weiteres gegen einen anderen austauschbar. Demgegenüber kann der Markt aber nicht noch enger dadurch abgegrenzt werden, dass man auf die jeweilige Branche abstellt, denn die Durchführungswege und damit Kosten und Organisation der Zusatzversorgung sind nach den gesetzlichen Bestimmungen für alle Branchen gleich.

#### b) Spürbarkeit zwischen Arbeitgebern

Dieser Fall wird sowohl von § 1 GWB als auch von Art. 81 Abs. 1 EG erfasst. Hier sind zunächst die positiven Effekte der einheitlich geregelten Durchführung der betrieblichen Altersversorgung zu berücksichtigen. Wird z.B. eine gemeinsame Einrichtung für alle Arbeitgeber einer Branche gegründet, die einen Durchführungsweg anbietet, wird das aufgrund des Größenvorteils i.d.R. zu günstigeren Konditionen für die Arbeitgeber führen sowie zu niedrigeren Ver-

---

<sup>591</sup> EuGH, Urteil v. 11.12.1980 – Rs. C-31/80 – Slg. 1980, 3775, Tz.: 25 (L'Oréal); Emmerich, § 38, 2. a).

<sup>592</sup> Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 20.

<sup>593</sup> Siehe z.B. Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 29.

waltungskosten. Des weiteren sind die Ausgaben für die betriebliche Altersversorgung nur ein Element, das die Kosten der Arbeitgeber beeinflusst.

Trotzdem muss die Spürbarkeit bejaht werden. Dies zeigt schon die Qualität der Wettbewerbsbeschränkung. Aufgrund der einheitlichen Durchführung betrieblicher Altersversorgung, welche sich schon durch die Verpflichtung zur Beitragsleistung an eine Gemeinsame Einrichtung ergeben kann, wird ein großer Teil der Kosten des Arbeitgebers vereinheitlicht. I.d.R. werden gestiegene Kosten auf die Preise der Produkte oder Dienstleistungen umgelegt. Einheitliche Kosten können somit zu einheitlichen Preiserhöhungen auf dem Gütermarkt führen. Auch wenn der Preis für Produkte oder Dienstleistungen grundsätzlich aufgrund des Zusammentreffens vieler verschiedener Faktoren ermittelt wird, muss eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung bejaht werden. Denn gerade der Preis ist einer der wesentlichen Wettbewerbsfaktoren und in Zeiten eines harten Preiswettkampfes hat der Unternehmer nur äußerst kleine Spielräume für Preisänderungen. Die Kosten für die betriebliche Altersversorgung richten sich natürlich auch danach, wie viele Arbeitnehmer sich daran überhaupt beteiligen. Aber aufgrund des desolaten Zustands der gesetzlichen Rentenversicherung wird es kaum Arbeitnehmer geben, die die Möglichkeit einer zusätzlichen Absicherung nicht nutzen. Des weiteren wird sich die Nichtteilnahme einzelner Arbeitnehmer nicht auf die Höhe der Kosten auswirken.

Hinzu kommt, dass gleichzeitig der Wettbewerb um Arbeitnehmer beschränkt wird, da die betriebliche Altersversorgung eine wesentliche Sozialleistung des Arbeitgebers ist. Ein Arbeitnehmer wird sich eher für ein Stellenangebot entscheiden, mit dem ein umfassendes und für ihn günstiges Angebot zur betrieblichen Altersversorgung verbunden ist als für ein Stellenangebot, bei dem das nicht der Fall ist. Er wird insbesondere ein Interesse daran haben, dass alle Voraussetzungen gegeben sind, um die Riester-Förderung zu erhalten. Daraus folgt, dass schon aufgrund der Qualität der Wettbewerbsbeschränkung von der Spürbarkeit auszugehen ist.

c) Spürbarkeit im Hinblick auf Drittwettbewerb

Hier ist zu beachten, dass § 1 GWB den alleinigen Drittwettbewerb nicht erfasst und damit nicht anwendbar ist.

(1) Grundsätze

Auch hier kann schon auf die Qualität der Wettbewerbsbeschränkung verwiesen werden. Denn beim Abschluss von Tarifverträgen oder einheitlichen Betriebsvereinbarungen wird den nicht berücksichtigten Anbietern von Produkten zur betrieblichen Altersversorgung ein ganzer Kundenkreis genommen. Für diese Anbieter besteht dann keinerlei Möglichkeit, einen Teil dieses Kundenkreises wieder für sich zu gewinnen.

Zusätzlich können hier auch quantitative Kriterien angeführt werden. In Deutschland gab es im Jahr 2000 ca. 27 Mio. Arbeitnehmer<sup>594</sup>. Für diese werden vom Arbeitgeber entsprechende Vereinbarungen über die betriebliche Altersversorgung geschlossen. Ausgehend von einem Marktanteil von 5% ist eine Spürbarkeit auf jeden Fall gegeben, wenn ca. 1,35 Mio. Arbeitnehmer einheitlich die betriebliche Altersversorgung durchführen. Dies wäre etwa bei Verbandstarifverträgen in den Branchen Einzelhandel West und Ost (1,6 Mio. Beschäftigte) sowie Metall-/Elektroindustrie West und Ost (2,4 Mio. Beschäftigte) der Fall<sup>595</sup>. Spürbarkeit wäre insbesondere auch zu bejahen, wenn die in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft Ver.di (ca. 3 Mio. Mitglieder) zusammengeschlossenen Branchen einheitlich die betriebliche Altersversorgung durchführen würden. Würde man die Spürbarkeitsschwelle der Kommission anwenden, die bei 10% liegt, käme eine Spürbarkeit nur in letztem Fall in Betracht. Dies erscheint aber aufgrund der Besonderheiten in Deutschland nicht als angemessen, vielmehr sollte die Spürbarkeitsschwelle auf 1% reduziert werden. Denn aufgrund der in jedem Mitgliedsstaat nach wie vor unterschiedlichen gesetzlichen Vorgaben für die betriebliche Altersversorgung können die einzelnen Produkte dazu nur jeweils in dem Mitgliedsstaat angeboten werden, für den sie

---

<sup>594</sup> Löwisch, Rn. 18 m.w.N..

<sup>595</sup> Siehe Übersicht der BDA (<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> - letzter Zugriff: 09.01.2003).

geschaffen wurden. Hinzu kommt, dass in Deutschland gerade im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung Kollektivvereinbarungen vorherrschend sind, so dass in den einzelnen Branchen die Bedingungen für die betriebliche Altersversorgung vereinheitlicht sind. Aufgrund dessen kann den Anbietern von Produkten der betrieblichen Altersversorgung relativ einfach ein ganzer Kundenkreis weggenommen werden. Würde hier die Spürbarkeit erst bei 5% einsetzen, wäre Wettbewerbsbeschränkungen Tür und Tor geöffnet.

Bei Firmentarifverträgen sowie Betriebsvereinbarungen ist im Einzelfall zu überprüfen, ob die jeweiligen Arbeitgeber so viele Arbeitnehmer beschäftigen, dass Spürbarkeit bejaht werden kann. Dabei kommt die Bündeltheorie zur Anwendung, wonach bei der Spürbarkeit ein Bündel gleichlautender Vereinbarungen zu berücksichtigen ist<sup>596</sup>, also z.B. Vereinbarungen zwischen verschiedenen Arbeitgebern, beim gleichen Unternehmen die betriebliche Altersversorgung durchzuführen.

(2) Spürbarkeit bei vorherigen Verhandlungen und Kündigungsmöglichkeit?

Möglicherweise lässt sich die Spürbarkeit verneinen, wenn vor der Wahl eines konkreten Unternehmens alle interessierten Anbieter die Möglichkeit hatten, den Tarifvertragsparteien Angebote zu unterbreiten und bei Interesse mit diesen Verhandlungen zu führen. Bei der betrieblichen Altersversorgung geht es gerade um den Abschluss längerfristiger Verträge, so dass es als ausreichend angesehen werden könnte, wenn diese Voraussetzungen gegeben. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass trotz dieser Tatsache der Arbeitgeber ein Interesse am Wechsel des Unternehmens haben kann, wenn er z.B. bemerkt, dass die Vertragsbedingungen für ihn doch nicht optimal sind. Des weiteren möchte er vielleicht neu eingestellte Arbeitnehmer bei einem anderen Unternehmen versichern. Tarifverträge zur betrieblichen Altersversorgung haben i.d.R. eine lange Laufzeit, die gleichzeitig die Mindestlaufzeit sein soll<sup>597</sup>. Dabei kommt es i.d.R. zu einer Verlängerung der Laufzeit. Die Kündigung eines Verbandstarifvertrags beträfe nur die Tarifvertragsparteien. Der einzelne Arbeitgeber hätte darauf kei-

---

<sup>596</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81, Generelle Prinzipien, Rn. 104.

<sup>597</sup> Siehe z.B. § 13 Tarifvertrag zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung in der Druckindustrie v. 26.11.2001 mit einer Mindestlaufzeit von über sieben Jahren.

nen Einfluss. Doch auch bei Firmentarifverträgen hilft eine Kündigung nicht weiter, da sich aufgrund der Regelung über das Ende der Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 3 TVG) ein Arbeitgeber den Bestimmungen eines einmal geschlossenen Tarifvertrags nicht entziehen kann. Auch die gem. § 77 Abs. 5 BetrVG gegebene Möglichkeit der Kündigung einer Betriebsvereinbarung lässt die Spürbarkeit nicht entfallen, da gerade bei Betriebsvereinbarungen über die betriebliche Altersversorgung aufgrund der damit verbundenen Besonderheiten eine Kündigung i.d.R. nicht zum Wegfall der Betriebsvereinbarung führt<sup>598</sup>.

### (3) Einzelfallentscheidung bei Freistellungsmöglichkeit

Es sind aber die Fälle besonders zu berücksichtigen, in denen eine Abweichung von der durch die Tarifvertragsparteien getroffenen Regelung mit deren Zustimmung möglich ist. Bei der Möglichkeit einer Freistellung wird die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der nicht berücksichtigten Anbieter betrieblicher Altersversorgung nicht beschränkt, denn sie können den Arbeitgebern weiterhin Angebote unterbreiten und diese können sich bei entsprechend vorteilhaften Angeboten auch für diese Unternehmen entscheiden. Dabei muss aber der Zustimmungsvorbehalt so ausgestaltet sein, dass Arbeitgeber nicht davon abgehalten werden, eine Freistellung zu beantragen. Das wäre der Fall, wenn Voraussetzungen gefordert würden, die nur sehr schwer zu erfüllen sind. Der Zustimmungsvorbehalt sollte deshalb wie folgt formuliert werden:

„Die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über ein anderes Unternehmen ist nur mit Zustimmung der Sozialpartner zulässig. Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass er für seine Arbeitnehmer betriebliche Altersversorgung in einer Form durchführt, die im Hinblick auf die Aufwendungen der und die Leistungen für die Arbeitnehmer der betrieblichen Altersversorgung entspricht, die von den Sozialpartnern vorgeschlagen wurde. Sollten diese Voraussetzungen nicht gegeben sein, ist über die Freistellung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.“

---

<sup>598</sup> Siehe dazu Fitting, § 77, Rn. 149.

## (4) Anwendung auf Fälle in der Praxis

Hier geht es lediglich um den Fall 2 der Variante 2, soweit ein konkretes Unternehmen vereinbart wurde, unterstellt, die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 81 Abs. 1 EG ist erfüllt. Ob eine vorrangige Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers gegeben ist, ist für die Spürbarkeit der Beschränkung des Drittwettbewerbs gleichgültig. Zur Berücksichtigung des Zustimmungsvorbehalts siehe oben. Bei der Regelung im Tarifvertrag der Papierindustrie<sup>599</sup> als Beispiel ist eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zu bejahen. Es wird bei fehlender Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein konkretes Unternehmen für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung vorgegeben (§ 3). Das gleiche gilt für die Regelungen über die freiwillige betriebliche Altersversorgung im ATV des öffentlichen Dienstes, bei dem ohne Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers ein konkretes Unternehmen vorgegeben wird (§ 26)<sup>600</sup>.

**5. Sonstige Tatbestandsmerkmale**

Zu überprüfen ist des weiteren, ob die Arbeitgeber mit ihrem Verhalten eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt haben. Nach der Praxis hat das „Bezwecken“ nach wie vor eine objektive Bedeutung. Dabei wird auf die wettbewerbsbeschränkende Zielsetzung oder Tendenz der Maßnahme abgestellt. Die subjektiv von den Parteien verfolgte Absicht ist demgegenüber irrelevant<sup>601</sup>. Da der Zweck aus dem Inhalt der Absprache zu bestimmen ist, kann zumindest dieser bejaht werden.

Des weiteren muss im Rahmen von Art. 81 EG die zwischen den Unternehmen getroffene Absprache geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Dabei kommt das oben näher behandelte Kriterium der Spürbarkeit auch hier zur Anwendung. Hier wird davon ausgegangen, dass diese Voraussetzung vorliegt.

---

<sup>599</sup> Tarifvertrag über Altersvorsorge in der Papierindustrie v. 18.12.2001.

<sup>600</sup> Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (ATV) v. 01.03.2002.

<sup>601</sup> Grill in Lenz, Art. 81, Rn. 14; Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 97.

### **III. Ergebnis**

Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen, die die Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung, die Beschränkung der Wahlfreiheit im Hinblick auf die Durchführungswege sowie den Antrag auf AVE betreffen, sind kartellrechtlich unproblematisch. Bei der Verpflichtung zur Beitragsleistung an eine Gemeinsame Einrichtung kommt es darauf an, ob diese Verpflichtung für das Funktionieren der Gemeinsamen Einrichtung funktionsnotwendig ist. Wird ein konkretes Unternehmen zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung bestimmt oder ist die Beitragsleistung für das Funktionieren einer Gemeinsamen Einrichtung nicht funktionsnotwendig, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Für deren Spürbarkeit im Hinblick auf Arbeitgeber kommt es auf die Qualität, im Hinblick auf den Drittwettbewerb, welcher von § 1 GWB nicht erfasst wird, auf den Marktanteil der an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen an. Die Spürbarkeit kann nicht aufgrund von eventuell gegebenen Kündigungsmöglichkeiten verneint werden. Allerdings sind Bestimmungen über einen Zustimmungsvorbehalt der Tarifvertragsparteien bzw. eine Freistellungsmöglichkeit besonders zu berücksichtigen.

### **IV. Folgen des Kartellverbots**

#### **1. Kartellvereinbarung**

Gem. Art. 81 Abs. 2 EG ist die Kartellvereinbarung selbst – hier also der Zustimmungsbeschluss, der gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt – nichtig. Wie weit diese Nichtigkeit reicht, richtet sich nach den sogleich darzustellenden Grundsätzen der Trennbarkeit.

#### **2. Tarifvertrag als Ausführungsvertrag**

Ob es sich beim Tarifvertrag um einen Ausführungs- oder Folgevertrag zum Zustimmungsbeschluss handelt, ist nach wie vor umstritten.

a) Grundsätze

Die Nichtigkeit gem. Art. 81 Abs. 2 EG erstreckt sich auf die Ausführungsverträge<sup>602</sup>. Dies sind Verträge zwischen den Kartellmitgliedern oder mit Dritten, die der Durchführung, Verstärkung oder Ausdehnung der verbotenen Wettbewerbsbeschränkung dienen<sup>603</sup>. Als Beispiel können Lieferverträge zwischen einer Verkaufsgemeinschaft und den Gründerunternehmen angeführt werden<sup>604</sup>. Die Nichtigkeit betrifft grundsätzlich nur den Teil des Ausführungsvertrags, der gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt<sup>605</sup>. Nach Art. 81 Abs. 2 EG ist demgegenüber der gesamte Ausführungsvertrag nichtig, wenn sich die verbotswidrigen Teile nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen<sup>606</sup>. Ist eine solche Trennung möglich, richtet sich das Schicksal der nicht verbotswidrigen Teile nach nationalem Recht, somit nach § 139 BGB<sup>607</sup>. Ob sich die Nichtigkeit auch auf Folgeverträge mit Dritten erstreckt, richtet sich im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG nach nationalem Recht<sup>608</sup>. Bei Folgeverträgen handelt es sich um die Verträge, die von Kartellmitgliedern in Vollzug des verbotenen Kartells mit unbeteiligten Dritten abgeschlossen werden<sup>609</sup>. Der Figur des Folgevertrags kommt eine Schutzfunktion zugunsten des Gutgläubigen zu.

Diese Grundsätze sind auf Ausführungs- und Folgeverträge zu übertragen, denen eine abgestimmte Verhaltensweise zugrundeliegt. Für diese gilt zwar die Nichtigkeitsfolge nicht. Dies ist aber nur Folge ihres tatsächlichen Charakters. Sie bleibt trotzdem verboten. Ausführungs- und Folgeverträge sind demgegenüber Rechtsgeschäfte, auf die die Nichtigkeitsfolge – entsprechend der dazu entwickelten Grundsätze – anzuwenden ist, wenn eine verbotene abgestimmte Verhaltensweise zugrunde liegt.

---

<sup>602</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 239 u. Art. 81, Rn. 213; Emmerich, § 4, 6. b).

<sup>603</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 239; Emmerich, § 4, 6. b).

<sup>604</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 239; Emmerich, § 4, 6. b).

<sup>605</sup> EuGH, Urteil v. 30.06.1966 – Rs. C-56/65 – Slg. 1966, I-281, 304 (Maschinenbau Ulm); Urteil v. 28.02.1991 – Rs. C-234/89 – Slg. 1991, I-935, 990, Tz.: 40 (Delimitis).

<sup>606</sup> EuGH, Urteil v. 30.06.1966 – Rs. C-56/65 – Slg. 1966, I-282, 304 (Maschinenbau Ulm); Urteil v. 28.02.1991 – Rs. C-234/89 – Slg. 1991, I-935, 990, Tz.: 40 (Delimitis).

<sup>607</sup> EuGH, Urteil v. 30.06.1966 – Rs. C-56/65 – Slg. 1966, I-282, 304 (Maschinenbau Ulm).

<sup>608</sup> Bunte in Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien, Rn. 213.

<sup>609</sup> Bunte in Langen/Bunte, § 1, Rn. 240.

b) Folgen für den Tarifvertrag

Die wohl hM in der Literatur geht davon aus, dass es sich beim Tarifvertrag um einen Ausführungsvertrag zum Zustimmungsbeschluss handelt<sup>610</sup>; demgegenüber sind das BAG und eine Mindermeinung im Schrifttum der Ansicht, dass Tarifverträge Folgeverträge des Zustimmungsbeschlusses sind<sup>611</sup>. Zur Begründung verweist das BAG darauf, dass es widersprüchlich sei, einen Tarifvertrag nicht nach § 1 GWB zu verbieten, den für das Zustandekommen des Tarifvertrags aber notwendigen Zustimmungsbeschluss gem. § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB für nichtig zu halten<sup>612</sup>. Der Zustimmungsbeschluss könne keiner anderen Zulässigkeitsregelung unterliegen als der Tarifvertrag selbst<sup>613</sup>.

Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden. Zwar ist die Gewerkschaft am Zustimmungsbeschluss selbst nicht beteiligt. Allerdings befindet sich die Gewerkschaft aufgrund ihrer Beteiligung an den Verhandlungen und dem Abschluss des Tarifvertrags nicht in der typischen Situation derjenigen Geschäftspartner eines Folgevertrages. Die Stellung der Gewerkschaften ähnelt vielmehr der eines Partners eines Ausführungsvertrages. Da sie die ausgehandelten Bedingungen – und auch deren Nichtigkeit – kennt, bedarf sie nicht des Schutzes der Figur des Folgevertrages. Die Nichtigkeit des Zustimmungsbeschlusses schlägt somit auf den Tarifvertrag durch<sup>614</sup>. Auf die übrigen Kollektivvereinbarungen sind diese Grundsätze entsprechend zu übertragen.

**C. Öffentliche Hand und Kartellverbot**

Es bleibt zu überprüfen, wie die AVE der untersuchten Tarifverträge durch die öffentliche Hand kartellrechtlich zu beurteilen ist.

---

<sup>610</sup> Immenga, S. 40 f; von Wallwitz, S. 58 ff; Säcker/Oetker, S. 209 f; Hendriks, S. 32 f; Windbichler, ZfA 1991, 35, 41.

<sup>611</sup> BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Rs. 1 AZR 404/88 - BAGE 62, 171, 188 f; Bechtold, RdA 1983, 99; Anzinger/Koberski, NZA 1989, 737, 745.

<sup>612</sup> BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Rs. 1 AZR 404/88 - BAGE 62, 171, 188 f.

<sup>613</sup> BAG, Urteil v. 27.06.1989 – Rs. 1 AZR 404/88 – BAGE 62, 171, 189.

<sup>614</sup> So auch von Wallwitz, S. 60; Kulka, RdA 1988, 336, 348.

## **I. Grundsätze**

Die Kartellwirkung des Tarifvertrags beschränkt sich grundsätzlich auf die tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen gelten damit nicht für Außenseiter, weswegen der Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt nicht beschränkt wird. Hierin liegt ein Wettbewerbsvorteil für die nichtorganisierten Arbeitgeber auf dem Güter- und Dienstleistungsmarkt, da bei ihnen die Arbeitskosten geringer sind<sup>615</sup>. Durch die AVE des Tarifvertrags wird dessen Kartellwirkung ausgedehnt und der Wettbewerb zwischen Organisierten und Nichtorganisierten zwangsweise beschränkt oder sogar ausgeschlossen<sup>616</sup>.

## **II. Allgemeinverbindlicherklärung und EG-Recht**

### **1. Fehlender Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG**

Soweit Art. 81 Abs. 1 EG nicht anwendbar bzw. nicht verletzt ist, ist die AVE nach Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG zulässig, auch wenn dadurch die Bedingungen der betrieblichen Altersversorgung zwangsweise einheitlicht werden und der Außenseiterwettbewerb in diesem Bereich beschränkt oder ausgeschlossen wird. Auch wenn hier durch den Staat ein Zwangskartell geschaffen wird, kann die AVE nicht als unzulässig angesehen werden. Denn Art. 81 Abs. 1 EG findet aufgrund der hoheitlichen Tätigkeit keine Anwendung; die Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG finden nur bei einem gegen das Kartellverbot verstoßenden Handeln von Unternehmen Anwendung. Des weiteren sollen die Mitgliedsstaaten gem. Art. 10 Abs. 2 EG alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrags gefährden könnten. Zu diesen Zielen zählen aber auch die in Art. 136 EG, so insbesondere die Verbesserung der Arbeitsbedingungen sowie ein angemessener sozialer Schutz. Außerdem hat seit dem Amsterdamer Vertrag die Sozialpolitik an Bedeutung gewonnen. Auch wenn eine spezielle Regelung im EG-Vertrag über die AVE fehlt und somit nicht darauf abgestellt werden kann, dass es sich bei dieser Regelung um Arbeitnehmerschutzrecht

---

<sup>615</sup> Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 268, Rn. 4.

<sup>616</sup> Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch, § 268, Rn. 4, 5.

handelt, so zeigen diese Argumente doch, dass eine AVE nach EG-Recht zumindest auch dem Schutz der Arbeitsbedingungen dient.

## **2. Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG**

Fraglich ist aber, wie zu urteilen ist, wenn Regelungen von Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt werden, gem. Art. 81 Abs. 1 EG unzulässig sind (z.B. die Wahl eines konkreten Unternehmens für die betriebliche Altersversorgung in einem Tarifvertrag bei entsprechender Spürbarkeit). In diesem Fall wird die Auswirkung der Kartellabsprache durch die AVE verstärkt, so dass die öffentliche Hand aufgrund der AVE grundsätzlich gegen Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG verstößt. Doch auch in diesem Fall muss berücksichtigt werden, dass die AVE nach EG-Recht auch dem Schutz der Arbeitsbedingungen dient. Zwar wird die Auswirkung der Kartellabsprache zwangsweise verstärkt, doch führt das gleichzeitig dazu, dass nicht organisierte Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen geschützt werden. Insofern wäre zu überlegen, ob nicht ein Verstoß des Mitgliedsstaats gegen die Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG verneint werden muss. Hier ist aber auch Art. 10 Abs. 1 EG zu beachten, nach dem die Mitgliedsstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen treffen, die sich aus dem EG-Vertrag ergeben. Eine solche Pflicht ergibt sich aus Art. 81 Abs. 1 EG; demgegenüber enthält Art. 136 EG nur Programmsätze. Insofern muss wohl nach derzeitigem Stand des EG-Vertrags ein Verstoß des Mitgliedsstaats gegen Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG bei AVE eines gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßenden Tarifvertrags bejaht werden. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass Voraussetzung für die AVE ein wirksamer TV ist. Ist der Tarifvertrag aber gem. Art. 81 Abs. 2 EG nichtig, geht die AVE ins Leere, und die Frage nach einem EG-Rechtsverstoß des Mitgliedsstaats stellt sich nicht.

### **III. Allgemeinverbindlicherklärung und GWB**

#### **1. Fehlender Verstoß gegen § 1 GWB**

Sinn und Zweck der AVE im deutschen Recht ist nicht die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Arbeitgebern, sondern der Schutz der nichtorganisierten Arbeitnehmer vor unzureichenden Arbeitsbedingungen<sup>617</sup>. Denn das TVG ist ein Arbeitnehmer- und kein Unternehmenschutzgesetz. Die sich aus der AVE ergebende Wettbewerbsbeschränkung ist aber notwendige Folge des sozialpolitisch erstrebten und notwendigen Zwecks der AVE<sup>618</sup>. Nach deutschem Recht ist dieser Zweck der AVE eindeutig. Auch wenn durch die AVE eines nicht gegen § 1 GWB verstoßenden Tarifvertrags ein Zwangskartell geschaffen wird, liegt darin aufgrund dessen eine hoheitliche Tätigkeit. Auf diese ist § 1 GWB nicht anwendbar.

#### **2. Verstoß gegen § 1 GWB**

Fraglich ist auch hier, was bei der AVE eines gegen § 1 GWB verstoßenden Tarifvertrags gilt. Eine weitere Verpflichtung der öffentlichen Hand bei rein nationalen Sachverhalten ähnlich den Artt. 10 Abs. 2 i.V.m. 3 lit. g, 81, 82 EG existiert im deutschen Recht nicht. Hinzu kommt, dass die Schutzfunktion der AVE viel stärker ist als im EG-Recht. Zwar ergibt sich aus § 1 GWB eine kartellrechtliche Verpflichtung. Diese richtet sich aber nur an Unternehmen. Demgegenüber enthält das TVG Verpflichtungen im Hinblick auf den Schutz der Arbeitnehmer und § 5 TVG richtet sich gerade an die öffentliche Hand. Nach deutschem Recht wäre damit auch die AVE eines gegen § 1 GWB verstoßenden Tarifvertrags wirksam. Doch auch hier gilt das zum nichtigen Tarifvertrag und dessen AVE Gesagte entsprechend<sup>619</sup>.

---

<sup>617</sup> BAG, Urteil v. 12.10.1988 – 4 AZR 244/88 – ZTR 1989, 108, 109; Löwisch/Rieble, § 5, Rn. 7; dies. in Münchener Handbuch, § 268, Rn. 6; Rieble, Rn. 299 ff, 498 ff; a.A. Lakies in Däubler, TVG, § 5, Rn. 7.

<sup>618</sup> BAG, Urteil v. 12.10.1988 – 4 AZR 244/88 – ZTR 1989, 108, 109.

<sup>619</sup> Siehe § 7 C II.2..

## § 8 Missbrauchskontrolle bei Unternehmen und öffentlicher Hand

Aufgrund der Bejahung der Unternehmenseigenschaft von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung sind auch die Vorschriften über die Missbrauchskontrolle zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für die öffentliche Hand.

### A. Missbrauchskontrolle bei Unternehmen

#### I. EG-Recht

Für die Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung sowie die Gewerkschaften und Arbeitgeber als Nachfrager nach Produkten der betrieblichen Altersversorgung gilt Art. 82 EG<sup>620</sup>. Danach ist mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Neben dem Kriterium des räumlich relevanten Marktes muss demnach auch das Kriterium des Gemeinsamen Marktes oder eines wesentlichen Teils desselben berücksichtigt werden. Es stellt klar, dass Art. 82 Abs. 1 EG nur dann Anwendung findet, wenn der räumlich relevante Markt wenigstens einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt<sup>621</sup>. Bei der Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes spielt nach der Rechtsprechung des EuGH die räumliche Größe des Teilmarktes keine entscheidende Rolle. Vielmehr kommt es auf dessen wirtschaftliche Bedeutung für den Gesamtmarkt an<sup>622</sup>. Der EuGH stellt bei der Beurteilung auf die Struktur des betreffenden Marktes, die Größe und den Umfang der Produktion sowie den Umfang des Konsums auf dem betreffenden Markt ab<sup>623</sup>.

---

<sup>620</sup> Arbeitgeber als Unternehmen sollen hier unberücksichtigt bleiben.

<sup>621</sup> Heinemann, S. 156.

<sup>622</sup> Heinemann, S. 156; Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 69.

<sup>623</sup> EuGH, Urteil v. 16.12.1975 – verb. Rs. C-40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 – Slg. 1975, 1663, Tz.: 371/372 (Suiker Unie).

## 1. Marktbeherrschung

### a) Urteile Albany u.a.

Der Gerichtshof bejaht das Vorliegen eines ausschließlichen Rechts aufgrund der Anordnung der Pflichtmitgliedschaft und die daraus folgende beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt. Bevor er zur Prüfung des Missbrauchs kommt, geht er auf Art. 86 Abs. 2 EG über, dessen Vorliegen er bejaht. Im Hinblick auf die Bejahung eines ausschließlichen Rechts sowie einer beherrschenden Stellung der Betriebsrentenfonds gem. Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG ist die Subsumtionsarbeit des EuGH in diesem Abschnitt der Urteile sehr schwach.

#### (1) Fehlende Bestimmung des relevanten Marktes

Der Gerichtshof hätte zunächst den relevanten Markt bestimmen müssen<sup>624</sup>. Eine beherrschende Stellung liegt auf jeden Fall dann vor, wenn einem Unternehmen aufgrund staatlicher Regelungen ein Monopol eingeräumt wird<sup>625</sup>. Die Gewährung ausschließlicher Rechte gem. Art. 86 Abs. 1 EG führt nicht automatisch zum Entstehen eines Monopols. Das ist nur dann der Fall, wenn das ausschließliche Recht einen vollständigen Markt betrifft<sup>626</sup>. Hierbei ist im wesentlichen der sachlich relevante Markt von Interesse<sup>627</sup>. In den Niederlanden wird die Zusatzversorgung im wesentlichen durch Branchenrentenfonds durchgeführt. Insoweit stellt den sachlich relevanten Markt die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung in Form von Branchenrentenfonds dar. Somit kann nicht pauschal auf eine Monopolstellung der Betriebsrentenfonds abgestellt werden, da es noch Betriebsrentenfonds anderer Branchen gibt. Eine Monopolstellung kann dann bejaht werden, wenn der sachlich relevante Markt enger nach Branchen eingegrenzt werden könnte. Ob das in den Niederlanden der Fall ist, ergibt sich aus den Urteilen Albany u.a. nicht.

---

<sup>624</sup> Siehe dazu auch Gyselen, CMLR 2000, 425, 444 f.

<sup>625</sup> EuGH, Urteil v. 10.12.1991 – Rs. C-179/90 – Slg. 1991, I-5889, Tz.: 14 (Merci convenzionali porto di Genova); Urteil v. 13.12.1991 – Rs. C-18/88 – Slg. 1991, I-5491, Tz. 17 (GB-Inno-BM).

<sup>626</sup> So auch Heinemann, S. 158.

<sup>627</sup> Siehe § 7 B II 4. a).

## (2) Trotzdem: Beherrschende Stellung auf sachlich relevantem Markt

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei der beherrschenden Stellung um „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens (...), die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. Eine solche Stellung schließt (...) einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass ihr dies zum Schaden gereichte“<sup>628</sup>. Um dies festzustellen, muss eine Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse und der sie bestimmenden Faktoren erfolgen, wobei eine Analyse der Marktstruktur des relevanten Marktes, der Struktur des vermeintlich beherrschenden Unternehmens sowie des Marktverhaltens dieses Unternehmens durchgeführt werden muss<sup>629</sup>. Obwohl in den Urteilen Albany u.a. eine Reihe von Fakten für eine entsprechende Analyse fehlt, muss eine beherrschende Stellung der Betriebsrentenfonds auf dem sachlich relevanten Markt bejaht werden. In den Niederlanden wird die Zusatzversorgung nämlich im wesentlichen durch Branchenrentenfonds durchgeführt. Dies ist ein Faktor, der neben anderen Ursache für eine gewisse Marktabschottung sein kann<sup>630</sup>. Aufgrund dieser Tatsache ist der Wettbewerb auf dem relevanten Markt schon eingeschränkt. Betriebsrentenfonds, die die Zusatzversorgung für Arbeitgeber einer gesamten Branche eines Mitgliedsstaates durchführen, müssen demnach als marktbeherrschend angesehen werden.

---

<sup>628</sup> Ständige Rspr., z.B. EuGH, Urteil v. 13.02.1979 – Rs. C-85/76 – Slg. 1979, 461, Tz.: 38 f (Hoffmann-La Roche); Urteil v. 11.12.1980 – Rs. C-31/80 – Slg. 1980, 3775, Tz.: 26 (L'Oréal); Urteil v. 04.05.1988 – Rs. C-30/87 – Slg. 1988, 2479, Tz.: 26 (Bodson).

<sup>629</sup> Bunte, § 15 I 2..

<sup>630</sup> EuGH, Urteil v. 28.02.1991 – Rs. C-234/89 – Slg. 1991, 935, Tz.: 19 ff (Delimitis).

b) Anbieter betrieblicher Altersversorgung

Ob das Unternehmen, das die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung anbietet, eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem Teil desselben einnimmt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der schon erwähnten Aspekte zu entscheiden. Dabei ist auf den deutschen Markt abzustellen. Im Rahmen der Struktur des relevanten Marktes<sup>631</sup> sind der Beurteilung im wesentlichen die Zahl der Wettbewerber und deren Marktanteile zugrunde zu legen. Bei einem Marktanteil von 75% ist von einer beherrschenden Stellung auszugehen; bei Marktanteilen darunter ist immer auf die Gesamtumstände abzustellen. Bei der Unternehmensstruktur geht es um die Mittel und Methoden des betreffenden Unternehmens für den Einkauf, die Produktion und den Vertrieb. Beim Marktverhalten des Unternehmens interessiert insbesondere die Frage, inwieweit das betreffende Unternehmen den Marktpreis bestimmen und kontrollieren kann<sup>632</sup>. Ein Unternehmen, das z.B. den Durchführungsweg Pensionskasse anbietet, ist somit dann marktbeherrschend, wenn 75% der Arbeitnehmer, die sich im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung für den Durchführungsweg Pensionskasse entschieden haben, bei diesem Unternehmen Verträge abschließen. Ansonsten sind die Gesamtumstände zu berücksichtigen. Insbesondere der Abschluss von Flächen- oder Verbandstarifverträgen, die dasselbe Unternehmen als Pensionskasse bestimmen, kann bei diesem Unternehmen zum Entstehen einer beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt führen. Das gleiche würde für die Wahl einer Gemeinsamen Einrichtung gelten. Wie aber die Übersicht über die zur betrieblichen Altersversorgung geschlossenen Tarifverträge zeigt, wird nur selten ein konkretes Unternehmen ausgewählt und in diesem Fall in den einzelnen Branchen auch nicht dasselbe<sup>633</sup>.

c) Gewerkschaften

Gewerkschaften können als Unternehmen grundsätzlich eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Des weiteren muss eine Gewerkschaft als Unternehmen

---

<sup>631</sup> Siehe dazu § 7 B. II. 4. a).

<sup>632</sup> Zum Ganzen Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 38 ff m.w.N..

<sup>633</sup> Übersicht betreffend Flächentarifverträge unter <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> (letzter Zugriff: 09.01.2003).

angesehen werden, wenn sie für ihre Mitglieder als Nachfrager auf dem Gütermarkt auftritt, da insoweit nicht mehr auf die rein private Nachfrage des einzelnen Arbeitnehmers abgestellt werden kann. Nachfrager bei der betrieblichen Altersversorgung sind aber die Arbeitnehmer. Die Gewerkschaften kollektivieren nur deren Nachfrageverhalten. Gewerkschaften stehen nicht mit den Anbietern von Produkten der betrieblichen Altersversorgung in Wettbewerb. Insoweit kommt eine beherrschende Stellung nicht in Betracht.

Gewerkschaften können aber untereinander in Wettbewerb um die besten Vertragsbedingungen stehen und insoweit auf die Unternehmen einwirken. Allerdings wird dadurch nicht der Wettbewerb zwischen den Unternehmen der betrieblichen Altersversorgung berührt, da diese versucht sein werden, möglichst viele Verträge abzuschließen und schon aufgrund dessen entsprechend günstige Bedingungen anbieten werden. Somit kommen Gewerkschaften im vorliegenden Zusammenhang nicht als marktbeherrschende Unternehmen in Betracht.

## 2. Missbräuchliche Ausnutzung

Der Missbrauchsbegriff erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen<sup>634</sup>. Die Fallgruppen der missbräuchlichen Ausnutzung lassen sich im wesentlichen unterteilen in den Ausbeutungsmissbrauch, den Behinderungsmissbrauch und den Marktstrukturmissbrauch<sup>635</sup>. Bei der Generalklausel des Art. 82 Abs. 1 EG müssen zur Bejahung einer missbräuchlichen

---

<sup>634</sup> EuGH, Urteil v. 13.02.1979 – Rs. C-85/76 – Slg. 1979, 461, 541 (Tz.: 91) (Hoffmann-La Roche); Urteil v. 11.12.1980 – Rs. C-31/80 – Slg. 1980, I-3775, Tz.: 27 (L'Oréal); Grill in Lenz, Art. 82, Rn. 22; Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 75; Schröter in G/T/E, Artikel 86, Rn. 131.

<sup>635</sup> Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 76.

Ausnutzung weitere Aspekte hinzutreten wie das Fehlen objektiver Rechtfertigungsgründe, die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit etc.<sup>636</sup>.

a) Kein Missbrauch durch Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung

Aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 EG kann gefolgert werden, dass sich Art. 82 EG nicht gegen die marktbeherrschende Stellung als solche und auch nicht gegen die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung richtet; erforderlich ist die „missbräuchliche“ Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Somit ist es den Unternehmen der betrieblichen Altersversorgung nicht verboten, sich auf dem Markt der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung dadurch eine beherrschende Stellung zu verschaffen, dass mit Arbeitgebern Vereinbarungen getroffen werden, nach denen diese allein über das Unternehmen die betriebliche Altersversorgung durchführen.

b) Missbräuchliche Verhaltensweisen

Art. 82 S. 2 lit. c EG enthält kein allgemeines Diskriminierungsverbot, sondern genauer das Verbot, die marktbeherrschende Stellung derart missbräuchlich auszunutzen, dass gegenüber Unternehmen unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gelten. Ein solcher Fall kann eintreten, wenn ein Anbieter betrieblicher Altersversorgung Arbeitgebern ohne sachliche Rechtfertigung für den gleichen Durchführungsweg Angebote mit unterschiedlichen Bedingungen unterbreitet. Des weiteren enthält Art. 82 S. 2 lit. d EG ein Verbot von Koppelungsgeschäften. Weitere Missbrauchsfälle können sich aufgrund der Regelung in Art. 82 S. 1 EG ergeben. Hierzu gehören z.B. die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund und sonstige Diskriminierungen und Behinderungen von Wettbewerbern<sup>637</sup>.

---

<sup>636</sup> Schröter in G/T/E, Artikel 86, Rn. 142.

<sup>637</sup> Dirksen in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 167 ff.

c) Abwägung

Ob bei diesen Verhaltensweisen von einer missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden kann, ergibt erst eine Abwägung der Interessen der Beteiligten. Hier stellt sich die Frage, ob sich die Tatsache, dass sich die Tathandlung des marktbeherrschenden Unternehmens auf Angebote der betrieblichen Altersversorgung bezieht, an deren Durchführung ein Allgemeininteresse besteht, positiv auf die Gewichtung der Interessen dieses Unternehmens auswirkt. Abzuwägen sind die Interessen des Marktherrschers gegen die Interessen der von dem Missbrauch Betroffenen<sup>638</sup>. Bei der Interessenabwägung ist die Zielsetzung des Art. 82 EG zu berücksichtigen. Art. 82 EG soll die nationalen Märkte öffnen bzw. offenhalten und auf diesen den unverfälschten Wettbewerb sichern<sup>639</sup>. Zentrale Bedeutung für die Auslegung von Art. 82 EG kommt System und Zielen des Vertrags<sup>640</sup> sowie einer systematischen Gesamtschau der Artt. 81 ff EG zu. Somit sind zwar bei der Interessenabwägung die Ziele der Artt. 2, 3 EG<sup>641</sup> von Bedeutung, was für eine Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen spricht. Allerdings bezieht sich Art. 3 Abs. 1 lit. g EG auf den Wettbewerb. Ausschlaggebend dafür, dass im Rahmen der Interessenabwägung gem. Art. 82 EG Allgemeinwohlbelange nicht zu berücksichtigen sind, ist aber Art. 86 Abs. 2 EG. Diese Vorschrift enthält gerade eine kartellrechtliche Grundlage für die Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen. Darüber hinausgehende weitere Einfallstore für derartige Belange sind wegen der Gefahr der Verwässerung des Kartellrechts abzulehnen.

**II. Deutsches Recht**

Hier ist an die Anwendung der §§ 16, 19, 20 und 21 GWB zu denken.

---

<sup>638</sup> Schröter in G/T/E, Artikel 86, Rn. 201.

<sup>639</sup> Möschel in I/M, Art. 86, Rn. 116.

<sup>640</sup> EuGH, Urteil v. 21.02.1973 – Rs. C-6/72 – Slg. 1973, I-215, 244 (Continental Can).

<sup>641</sup> Siehe dazu § 3 A. III. 2. b).

## 1. Missbrauchsaufsicht über Ausschließlichkeitsbindungen (§ 16 GWB)

§ 16 GWB erfasst vertikale Wettbewerbsbeschränkungen. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere an § 16 Nr. 2 und Nr. 4 GWB zu denken.

### a) Allgemeinverbindlicherklärung nicht erfasst

§ 16 GWB bezieht sich ausschließlich auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen. Daraus folgt, dass die Übertragung eines ausschließlichen Rechts durch AVE eines Tarifvertrags nicht unter § 16 GWB fällt.

### b) Ausschließlichkeitsbindungen durch Unternehmen

Gem. § 16 Nr. 2 GWB kann die Kartellbehörde Vereinbarungen zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen für unwirksam erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen verbieten, soweit sie einen Beteiligten darin beschränken, andere Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben und soweit durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird. Hier ist also an den Fall zu denken, dass es zwischen einem Anbieter betrieblicher Altersversorgung und einem oder mehreren Arbeitgebern zu der Vereinbarung kommt, dass die betriebliche Altersversorgung ausschließlich über dieses Unternehmen durchzuführen ist.

### c) Koppelungsbindungen

§ 16 Nr. 4 GWB bezieht sich auf Koppelungsbindungen, die Waren oder gewerbliche Leistungen betreffen, die weder sachlich noch handelsüblich zu den Hauptwaren oder –leistungen gehören. An einen solchen Fall ist zu denken, wenn es z.B. zwischen einer Bank, über die Arbeitgeber die betriebliche Altersversorgung durchführen, und den jeweiligen Arbeitgebern zum Abschluss einer Vereinbarung dahingehend kommt, dass die betriebliche Altersversorgung nur

dann unter den von der Bank angebotenen günstigen Bedingungen durchgeführt werden kann, wenn die Arbeitgeber sich gleichzeitig verpflichten, ihre gesamten Bankgeschäfte über diese Bank abzuwickeln.

d) Keine Berücksichtigung der Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG

Bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen kommt § 16 GWB zur Anwendung. Für die Berücksichtigung der Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist bei § 16 GWB kein Raum. Dafür fehlt es an den entsprechend auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen.

## 2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB)

Gem. § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. § 19 GWB ist neben § 16 GWB anwendbar<sup>642</sup>.

a) Relevanter Markt

Auch im deutschen Recht ist zunächst der relevante Markt zu ermitteln. Hierbei geht es insbesondere um die Feststellung des sachlich relevanten Marktes. Wie im EG-Kartellrecht wird auf das Bedarfsmarktkonzept abgestellt<sup>643</sup>. Es kann somit auf das zum EG-Recht Ausgeführte verwiesen werden<sup>644</sup>. Auch im deutschen Recht stellt jeder Durchführungsweg einen Markt i.S.v. § 19 GWB dar. Abnehmer sind auch hier die Arbeitnehmer. Außerdem ist auch im deutschen Recht eine weitere Eingrenzung des relevanten Marktes, z.B. nach Branche oder Unternehmensgröße, nicht möglich. Die Durchführungswege und deren gesetzlich festgelegten Merkmale sind für alle Branchen und Unternehmensgrößen gleich. Das wird dadurch bestätigt, dass in der Praxis innerhalb eines Durchführungswegs den einzelnen Branchen oder Unternehmen keine unterschiedlichen

---

<sup>642</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 19, Rn. 182.

<sup>643</sup> Siehe dazu; siehe zum deutschen Recht z. B. Ruppelt in Langen/Bunte, § 19, Rn. 9 ff.

<sup>644</sup> Siehe dazu § 7 B. II. 4. a).

Produkte angeboten werden<sup>645</sup>. Nach Auskunft der Versicherungen werden den Unternehmen je nach Unternehmensgröße lediglich unterschiedliche Konditionen angeboten.

b) Marktbeherrschung

Wann ein Unternehmen marktbeherrschend ist bzw. wann eine solche Marktbeherrschung zu vermuten ist, ergibt sich aus § 19 Abs. 2 und 3 GWB. Dabei kann es nur um die Beurteilung der Anbieter von Produkten der betrieblichen Altersversorgung gehen<sup>646</sup>.

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB wird i.d.R. nicht vorliegen, da dafür Voraussetzung ist, dass das jeweilige Unternehmen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Zumindest derzeit wird auf dem deutschen Markt auch § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht vorliegen, da er zur Voraussetzung hat, dass das jeweilige Unternehmen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Diese kann sich aufgrund eines entsprechenden Marktanteils, entsprechender Finanzkraft etc. (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) ergeben. Zwar gibt es auf dem deutschen Versicherungsmarkt einige finanzstarke Anbieter im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung (z.B. Allianz, MLP, Debeka). Eine überragende Marktstellung kann aber keinem gegenüber seinen Wettbewerbern zugeschrieben werden. Möglicherweise entsteht aber eine solche überragende Stellung, wenn sich mehrere Branchen im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung für eines dieser Unternehmen entscheiden und die entsprechenden Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden. Dabei kommt es aber auf eine Gesamtbetrachtung aller für den jeweiligen Markt bedeutsamen Wettbewerbsbedingungen an<sup>647</sup>.

---

<sup>645</sup> So die Auskünfte befragter Versicherungen und Finanzdienstleister.

<sup>646</sup> Siehe § 8 A I. 1. c).

<sup>647</sup> Ruppelt in Langen/Bunte, § 19, Rn. 46.

c) Missbräuchliche Ausnutzung

§ 19 Abs. 4 GWB enthält eine nicht abschließende Aufzählung für Verhaltensweisen, die eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.

(1) Kein Missbrauch durch Entstehen einer beherrschenden Stellung

Schon aus dem Wortlaut von § 19 GWB ergibt sich, dass die Schaffung bzw. das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung als solche sowie deren Ausnutzung auch im deutschen Recht nicht verboten sind<sup>648</sup>. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Unternehmen nicht dafür bestraft werden kann, dass es aufgrund wettbewerbskonformer Anstrengungen eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat und diese nutzt. § 19 GWB betrifft somit nur die „missbräuchliche“ Ausnutzung dieser marktbeherrschenden Stellung.

(2) Ausbeutungsmissbrauch (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB)

Im vorliegenden Zusammenhang kann an einen Ausbeutungsmissbrauch i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gedacht werden. Hier kann es um Fälle gehen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen Arbeitgebern einer anderen Branche Angebote für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung unterbreitet, die im Hinblick auf die den Arbeitgebern auferlegten Kosten und sonstigen Konditionen von Angeboten abweichen, die bei vollem Wettbewerb möglich wären.

(3) Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB)

Gem. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt ein Missbrauch dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen

---

<sup>648</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 19, Rn. 130; Emmerich, § 18, 2..

Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Ein Fall des Behinderungsmissbrauchs ist z.B. der Abschluss von Ausschließlichkeitsverträgen in der Form, dass die Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens zu einer Konzentration ihrer Bezüge verpflichtet werden oder die Vereinbarung von Koppelungsbindungen<sup>649</sup>. Zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem beanstandeten Verhalten muss aber Kausalität vorliegen muss, so dass Ausschließlichkeitsverträge, die erst zum Entstehen der marktbeherrschenden Stellung führen, nicht beanstandet werden können.

Im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB stellt sich dann die Frage, was unter einem sachlich gerechtfertigten Grund zu verstehen ist und ob hier die Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG Berücksichtigung finden können<sup>650</sup>.

### **3. Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung (§ 20 GWB)**

Bei marktbeherrschenden Unternehmen, die auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung tätig sind, könnte insbesondere § 20 Abs. 1 GWB einschlägig sein. Danach dürfen u.a. marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Dabei stellt die Ungleichbehandlung einen Spezialfall der Diskriminierung dar, wobei sich der Tatbestand der Behinderung i.d.R. auf Wettbewerber, der der Ungleichbehandlung auf Unternehmen der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen bezieht<sup>651</sup>. § 20 GWB ist neben § 16 und 19 GWB anwendbar<sup>652</sup>.

Tathandlung i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB kann z.B. die Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens sein, mit einem bestimmten Unternehmen wegen der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung neue Geschäftsbeziehun-

---

<sup>649</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 19, Rn. 144 f; siehe dazu schon

<sup>650</sup> Siehe dazu § 8 C..

<sup>651</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 20, Rn. 109 ff; Bechtold, § 20, Rn. 36.

<sup>652</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 20, Rn. 192; Siehe aber § 10 B.II.2.

gen einzugehen<sup>653</sup>. Des weiteren kommt eine Alleinbezugsbindung in Betracht, mit der ein Unternehmen verpflichtet wird, die betriebliche Altersversorgung allein über das marktbeherrschende Unternehmen durchzuführen<sup>654</sup>. Diese Alleinbezugsbindung wirkt sich sowohl auf das gebundene Unternehmen, als auch auf die Konkurrenten des Bindenden aus. Auch kann es zu Preis- und/oder Konditionenbehinderung bzw. –diskriminierung kommen, indem ein marktbeherrschendes Unternehmen kontinuierlich derartig günstige Konditionen anbietet, dass andere Wettbewerber aus dem Markt gedrängt werden<sup>655</sup>. Außerdem ist auch an Koppelungsbindungen zu denken, die ebenfalls sowohl das gebundene Unternehmen als auch – im Hinblick auf die gekoppelte Nebenware bzw. –leistung – die Konkurrenten des bindenden Unternehmens betreffen<sup>656</sup>. Die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung und deren Ausnutzung fällt als solche nicht unter § 20 Abs. 1 GWB<sup>657</sup>. Insoweit kann auf das zu § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB Gesagte verwiesen werden<sup>658</sup>.

#### **4. Boykott (§ 21 GWB)**

##### a) Liefer- oder Bezugssperren (§ 21 Abs. 1 GWB)

In der tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung erfolgten Bestimmung eines konkreten Unternehmens zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung könnte ein Boykott i.S.v. § 21 Abs. 1 GWB liegen. Danach dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen nicht in der Absicht, bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefer- oder Bezugssperren auffordern. Einfacher Vorsatz oder dolus eventualis genügen dabei nicht<sup>659</sup>. Absicht wird aber i.d.R. nicht vorliegen.

---

<sup>653</sup> Siehe z.B. Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 177 ff.

<sup>654</sup> Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 238 ff.

<sup>655</sup> Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 214.

<sup>656</sup> Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 243 ff; siehe dazu

<sup>657</sup> OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 09.09.1997 – Az.: 11 U (Kart) 67/96 – WuW/E DE-R 55, 57 (Kfz-Schilderpräger (Kassel)); Baur/Weyer in FK, § 22, Rn. 503; Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 6.

<sup>658</sup> Siehe dazu § 8 B.II.2.c) (3).

<sup>659</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 21, Rn. 30.

b) Nachteilsandrohung/ -zufügung oder Vorteilsversprechen/ -gewährung  
 (§ 21 Abs. 2 GWB)

Gem. § 21 Abs. 2 GWB dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden könnte. Daraus folgt, dass Sozialpartner auch außerhalb von Kollektivvereinbarungen nicht durch entsprechende einseitige Maßnahmen die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über ein bestimmtes Unternehmen erzwingen können.

**B. Missbrauchskontrolle und Öffentliche Hand**

**I. EG-Recht**

Hier kommt im wesentlichen ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG in Betracht. Gem. Art. 86 Abs. 1 EG werden die Mitgliedsstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artt. 12 und 81 bis 89 widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten. Obwohl also Art. 86 Abs. 1 EG Teil der Kartellvorschriften des EG-Vertrags ist, verpflichtet er die Mitgliedsstaaten, sowohl staatsbezogene, als auch unternehmensbezogene Vorschriften zu beachten. Im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 EG spielt Art. 82 EG die größte Rolle. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob die Übertragung eines ausschließlichen oder besonderen Rechts gem. Art. 86 Abs. 1 EG und somit die unterstellte Schaffung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben gegen die Artt. 86 Abs. 1 i.V.m. 82 Abs. 1 EG verstößt.

## 1. Unternehmen mit ausschließlichen oder besonderen Rechten

### a) Grundsätze

Ausschließliche Rechte liegen vor, wenn ein Unternehmen unter Ausschluss von Wettbewerbern in einem bestimmten Bereich wirtschaftlich tätig sein kann<sup>660</sup>. Handelt es sich bei dem privilegierten Bereich gleichzeitig um einen eigenen Markt i.S.v. Art. 82 EG, dann entsteht mit Verschaffung des ausschließlichen Rechts gleichzeitig eine Monopolstellung des betroffenen Unternehmens<sup>661</sup>. Die Verleihung der ausschließlichen Rechte muss den betroffenen Unternehmen eine Sonderstellung gegenüber anderen Unternehmen einräumen, d.h. dass es sich dann nicht um ausschließliche Rechte handeln kann, wenn sie einer unbestimmten Anzahl von Unternehmen gewährt werden<sup>662</sup>.

Besondere Rechte sind solche Rechte, die ein Mitgliedsstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften einer begrenzten Anzahl von Unternehmen in einem Gebiet gewährt, wobei sie nach Kriterien ausgewählt werden, die nicht jedes Unternehmen erfüllen kann, und dadurch diese Unternehmen gegenüber ihren Wettbewerbern begünstigt werden, ohne dass eine Ausschließlichkeitsposition entsteht<sup>663</sup>.

Aufgrund der Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte muss zwischen den betroffenen Unternehmen und dem Staat eine besondere Nähebeziehung entstehen, die dem Staat zusätzliche Einflussmöglichkeit auf die Geschäftstätigkeit der betroffenen Unternehmen verschafft und diese in eine ähnliche Abhängigkeit zum Staat bringt wie öffentliche Unternehmen<sup>664</sup>.

---

<sup>660</sup> Art. 1 Abs. 1 RL 90/388/EWG der Kommission, ABl. 1990 Nr. L 192/10 (Telekommunikationsdienste); Jung in Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 16; Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, Rn. 19.

<sup>661</sup> Heinemann, S. 80.

<sup>662</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 28; von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 21; Bach, S. 34.

<sup>663</sup> Von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 26; Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 31.

<sup>664</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 28; von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 21; Bach, S. 34.

b) Urteile Albany u.a.

Hier bejahte der Gerichtshof die Übertragung eines ausschließlichen Rechts aufgrund der Anordnung der Pflichtmitgliedschaft. Dem ist zuzustimmen, wenn man von einer Monopolstellung der Betriebsrentenfonds ausgeht. Soweit das aber nicht der Fall ist<sup>665</sup>, liegt kein ausschließliches Recht vor. Für eine Klärung fehlen aber die notwendigen Informationen.

c) Situation im deutschen Recht

Im Rahmen des deutschen Rechts ist die AVE von Tarifverträgen, durch die ein bestimmtes Unternehmen zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung ausgewählt wird, zu überprüfen. Eine Übertragung ausschließlicher Rechte ist in diesem Fall aber abzulehnen, da sich der sachlich relevante Markt nicht auf eine Branche beschränkt<sup>666</sup>. Von der Übertragung ausschließlicher Rechte könnte dann gesprochen werden, wenn ein bestimmtes Unternehmen in sämtlichen Branchen ausgewählt würde und alle Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt würden. Das ist aber nicht der Fall<sup>667</sup>.

Möglicherweise kann von der Übertragung besonderer Rechte ausgegangen werden. Durch die AVE wird eine Anzahl von Unternehmen ausgewählt, ohne dass eine Ausschließlichkeitsposition entsteht. Fraglich ist aber, ob kommerziellen Anbietern von Produkten betrieblicher Altersversorgung durch die AVE ein besonderes Recht übertragen wird. Das besondere Recht könnte darin liegen, dass die Unternehmen durch die AVE nunmehr auch den Nichtorganisierten die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung anbieten können. Allerdings haben sie dieses Recht auch ohne AVE. Im übrigen berührt die AVE aufgrund ihrer Rechtsfolgen<sup>668</sup> die rechtliche Situation der kommerziellen Anbieter nicht. Außerdem entsteht durch die AVE zwischen den kommerziellen Anbietern und dem Staat nicht die geforderte besondere Nähebeziehung.

---

<sup>665</sup> Siehe § 8 A. I. 1. a) (1).

<sup>666</sup> Siehe § 7 B. II. 4. a)..

<sup>667</sup> Siehe dazu die Übersicht betreffend Flächentarifverträge unter <http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet> (letzter Zugriff: 09.01.2003).

<sup>668</sup> Siehe § 8 C. III. 2. a).

Fraglich ist, ob dasselbe bei Gemeinsamen Einrichtungen als Anbieter gilt. Auch sie sind ohne die AVE in der Lage, Nichtorganisierten ihre Produkte anzubieten, soweit dies satzungsmäßig nicht ausgeschlossen ist. Ist das der Fall, hilft auch eine AVE nicht weiter, da durch sie keine inhaltlichen Änderungen am Tarifvertrag erfolgen. Ist das nicht der Fall, wurde das Recht der Gemeinsamen Einrichtung schon durch die Tarifvertragsparteien festgelegt. Durch die AVE kann der Gemeinsamen Einrichtung höchstens die Möglichkeit genommen werden, die Durchführung betrieblicher Altersversorgung gegenüber Nichtorganisierten abzulehnen. Insoweit fehlt es aber an der Übertragung besonderer Rechte. Im übrigen entsteht auch kein besonderers Näheverhältnis zwischen Gemeinsamer Einrichtung und Staat, da durch die AVE keine zusätzlichen Einflussmöglichkeiten auf die Tätigkeiten der Gemeinsamen Einrichtung geschaffen werden.

## **2. Missbrauch durch Schaffung einer beherrschenden Stellung?**

Für einen Verstoß der öffentlichen Hand gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG im Sinne des Urteils Höfner und Elser<sup>669</sup> gibt es keine Anhaltspunkte. Dafür wäre Voraussetzung, dass eine Einrichtung der betrieblichen Altersversorgung, für den Fall, dass ihr ein ausschließliches oder besonderes Recht übertragen wurde, von vornherein nicht in der Lage ist, die entsprechenden Aufgaben zu erfüllen. Deshalb ist die Schaffung der beherrschenden Stellung zu überprüfen. Nach wie vor umstritten ist, ob ein Mitgliedsstaat schon dann gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG verstößt, wenn er einem Unternehmen ein ausschließliches Recht überträgt und dadurch eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben schafft oder ob es dazu erst einer missbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung durch das Unternehmen bedarf. Die Kommission geht davon aus, dass schon die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung unter Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG fällt<sup>670</sup>. Der EuGH vertritt in ständiger Rechtsprechung, dass die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte als solche nicht gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG verstößt,

---

<sup>669</sup> EuGH, Urteil v. 23.04.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979 ff (Höfner und Elser).

<sup>670</sup> Kommission, Begründung zur Endgeräterichtlinie (88/301/EWG), ABl. 1988, L 131/73, 75.

wenn dies aus Gründen nichtwirtschaftlicher Art geschieht, die im öffentlichen Interesse liegen<sup>671</sup>. Trotzdem sei aber das Recht der Mitgliedsstaaten, ausschließliche Rechte zu übertragen, nicht unbegrenzt. Zwar gehe Art. 86 Abs. 1 EG von der Existenz von Unternehmen aus, die besondere oder ausschließliche Rechte innehätten; dies bedeute aber nicht, dass sämtliche ausschließlichen oder besonderen Rechte mit dem Vertrag vereinbar seien<sup>672</sup>. Die Art und Weise, wie das ausschließliche Recht ausgestaltet sei und ausgeübt werde, könne gegen Vorschriften des EG-Vertrags verstoßen<sup>673</sup>. Hierbei seien insbesondere auch die Wettbewerbsregeln zu beachten<sup>674</sup>.

a) Fallgruppen des EuGH

Im Laufe der Zeit wurden vom EuGH Fallgruppen entwickelt. Schon die Schaffung einer beherrschenden Stellung stellt einen Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG dar, wenn

- ein Mitgliedsstaat ein Unternehmen zwingt, gegen Art. 82 EG zu verstoßen, sei es, dass der Mitgliedsstaat das Unternehmen ausdrücklich dazu zwingt<sup>675</sup> oder dass er eine Lage schafft, in der das Unternehmen zwangsläufig gegen Art. 82 EG verstoßen muss<sup>676</sup>.
- wenn durch die Übertragung von ausschließlichen Rechten eine Lage geschaffen werden könnte, in der das privilegierte Unternehmen gegen Art. 82 EG verstößt<sup>677</sup>. Das ist v.a. dann der Fall, wenn die Übertragung mit weiteren Merkmalen verbunden wird, die zu einem Missbrauch führen könnten.

---

<sup>671</sup> EuGH, Urteil v. 30.04.1974 – Rs. C-155/73 – Slg. 1974, I-409, Tz.: 14 (Sacchi), dabei ist zu berücksichtigen, dass die Einschränkung „nichtwirtschaftlicher Art“ aus Versehen nicht in die deutsche Fassung übernommen wurde; Urteil v. 18.06.1991 – Rs. C-260/89 – Slg. 1991, I-2925, Tz.: 10 (ERT); Urteil v. 23.04.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979, Tz.: 29 (Höfner und Elser).

<sup>672</sup> EuGH, Urteil v. 19.03.1991 – Rs. C-202/88 – Slg. 1991, 1223, Tz.: 22 (Frankreich ./ Kommission).

<sup>673</sup> EuGH, Urteil v. 18.06.1991 – Rs. C-260/89 – Slg. 1991, I-2925, Tz.: 11, 35 ff (ERT); Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533, Tz.: 11 f (Corbeau).

<sup>674</sup> EuGH, Urteil v. 18.06.1991 – Rs. C-260/89 – Slg. 1991, I-2925, Tz.: 12 (ERT).

<sup>675</sup> EuGH, Urteil v. 04.05.1988 – Rs. C-30/87 – Slg. 1988, I-2479, Tz.: 34 (Bodson).

<sup>676</sup> EuGH, Urteil v. 11.12.1997 – Rs. C-55/96 – Slg. 1997, I-7119, Tz.: 29 (Job Centre); Urteil v. 23.04.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979, Tz.: 29 (Höfner und Elser).

<sup>677</sup> EuGH, Urteil v. 10.12.1991 – Rs. C-179/90 – Slg. 1991, I-5889, Tz.: 17 (Merci Convenzionali Porto di Genova).

- wenn ein Mitgliedsstaat eine Maßnahme trifft, die ein privilegiertes Unternehmen zum Missbrauch seiner beherrschenden Stellung veranlasst<sup>678</sup> oder wenn ein Mitgliedsstaat ein privilegiertes Unternehmen durch Rechtsetzung oder Verwaltungsakt in eine Situation versetzt, in die sich dieses Unternehmen durch selbstständige Verhaltensweise nicht ohne Verstoß gegen Art. 82 versetzen könnte<sup>679</sup>.

b) Einschränkung durch Corbeau-Urteil

Eingeschränkt wurde die ursprüngliche Rechtsprechung des EuGH durch das Corbeau-Urteil<sup>680</sup>. Hier ging es um die Ausdehnung des belgischen Briefmonopols auf den benachbarten Markt der Eilkurierdienste. Zur Beurteilung der Zulässigkeit der Ausdehnung des Monopols griff der EuGH erstmals ausschließlich auf Art. 86 EG zurück. Dabei führte er aus, dass Art. 86 Abs. 1 und 2 EG als Einheit anzusehen seien. Danach sei eine Verleihung ausschließlicher Rechte an Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, (nur) insoweit zulässig, als Wettbewerbsbeschränkungen oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich seien, um die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe sicherzustellen<sup>681</sup>. Hieraus ergibt sich, dass die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Übertragung ausschließlicher Rechte bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG zumindest gerechtfertigt ist.

---

<sup>678</sup> EuGH, Urteil v. 25.06.1998 – Rs. C-203/96 – Slg. 1998, I-4075, Tz.: 61 (Chemische Abfallstoffen Dusseldorp); Urteil v. 17.05.1994 – Rs. C-18/93 – Slg. 1994, I-1783, Tz.: 43 (Corsica Ferries).

<sup>679</sup> EuGH, Urteil v. 13.12.1991 – Rs. C-18/88 – Slg. 1991, I-5941, Tz.: 20 (RTT).

<sup>680</sup> EuGH, Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533 ff (Corbeau); bestätigt im Urteil v. 18.06.1998 – Rs. C-266/96 – Slg. 1998, I-3949, Tz.: 42 ff (Corsica Ferries); Urteile v. 21.09.1999 – Rs. C-67/96 – Slg. 1999, I-5751, Tz.: 98 ff (Albany); verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 – Slg. 1999, I-6025, Tz.: 98ff (Brentjens’); Rs. C-219/97 – Slg. 1999, I-6121, Tz.: 88 ff (Drijvende Bokken).

<sup>681</sup> EuGH, Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533, Tz.: 14 (Corbeau).

c) Literatur unentschieden

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass nicht von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der Errichtung von Monopolen ausgegangen werden dürfe<sup>682</sup>. Zwischen der Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauch solle klar unterschieden werden<sup>683</sup>. Als Begründung wird auf Wortlaut und Systematik sowie darauf verwiesen, dass es kein staatliches Monopolisierungsverbot gäbe<sup>684</sup>. Für die Zulässigkeit der Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung solle aber ein zwingender Grund wie im Corbeau-Urteil gefordert werden<sup>685</sup>.

Nach anderer Ansicht ist die Trennung zwischen der Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung (sog. konstituierende Maßnahmen) und deren Missbrauch (sog. nachfolgende Maßnahmen) in der Praxis kaum möglich<sup>686</sup>. Ökonomisch mache es keinen Unterschied, ob ein Unternehmen zunächst ein ausschließliches Recht erhalte, aufgrund dessen es später missbräuchlich vorgehe oder ob ein Unternehmen schon Inhaber eines ausschließlichen Rechts sei und vom Staat zu einem missbräuchlichen Verhalten angehalten werde<sup>687</sup>. Ein wirksamer Wettbewerbsschutz müsse aber schon dort beginnen, wo einem Unternehmen ein ausschließliches Recht übertragen werde<sup>688</sup>. Aufgrund dessen sollten konstituierende und nachfolgende Maßnahmen gleich behandelt werden<sup>689</sup>.

---

<sup>682</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 74.

<sup>683</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 76.

<sup>684</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 74; Bach, S. 61 ff, der eine Unterscheidung zwar für „politisch verfehlt“ hält, aber der Ansicht ist, die Systematik des Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG lasse keine andere Möglichkeit.

<sup>685</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 76.

<sup>686</sup> Hochbaum in G/T/E, Artikel 90, Rn. 20; Emmerich in Dausen, H. II, Rn. 68; Heinemann, S. 161.

<sup>687</sup> Ehricke, EuZW 1993, 211, 212.

<sup>688</sup> Ehricke, EuZW 1993, 211, 212.

<sup>689</sup> Hochbaum in G/T/E, Artikel 90, Rn. 20; Ehricke, EuZW 1993, 211, 213; Emmerich in Dausen, H.II, Rn. 68; Heinemann, S. 202; Giesen, S. 73 ff; a.A. wohl Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, C., Rn. 57.

d) Stellungnahme

Bei der Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung wird durch den Staat zunächst das jeweilige Recht übertragen, das bei dem betroffenen Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hervorruft. In diesem Fall liegt aber nicht gleichzeitig eine missbräuchliche Ausnutzung vor. Obwohl also die Trennung zwischen der Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauch theoretisch klar vollzogen werden kann, erscheint sie nicht immer als sinnvoll. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein Unternehmen bei Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts zwangsläufig gegen Art. 82 EG verstoßen muss oder dass der Staat diesem Unternehmen ausdrücklich Verhaltensweisen vorschreibt, die gegen Art. 82 EG verstoßen. In diesem Fall ist das betroffene Unternehmen zwar Inhaber eines ausschließlichen Rechts und somit einer beherrschenden Stellung. Diese Inhaberschaft allein ist für das Unternehmen aber nicht von Nutzen; von Nutzen kann nur die Ausübung des ausschließlichen Rechts sein. Diese verstößt aber, ohne dass es eines zusätzlichen Handelns des Unternehmens bedürfte, gegen Art. 82 EG.

Die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung, insbesondere die Schaffung eines Monopols selbst führt schon zu einer Beschränkung des Wettbewerbs, indem die Zahl der Wettbewerber stark verkleinert wird oder gar kein Wettbewerber mehr vorhanden ist. Hier bedarf es für einen Verstoß der Mitgliedsstaaten gegen die ihnen in den Artt. 86 Abs. 1 EG und Art. 10 Abs. 2 EG auferlegten Pflichten nicht einmal einer Ausübung des ausschließlichen Rechts.

Auf der anderen Seite können Monopole durchaus auch sinnvoll sein. So gibt es Fälle im Bereich der Daseinsvorsorge, in denen Leistungen durch Unternehmen mit ausschließlichen Rechten erbracht werden müssen, um eine gewisse Grundversorgung der Bürger zu gewährleisten. Im Rahmen der Patentierung von Erfindungen bei Produktinnovationen kann es zu Monopolen der Unternehmen kommen, die Inhaber des Patents sind. Aufgrund der mit Produktinnovationen verbundenen erheblichen Kosten sind diese Monopole aber sinnvoll, um derartige Innovationen überhaupt zu ermöglichen. Des Weiteren ist ausschlaggebend, dass sich aus der Erwähnung der Gewährung ausschließlicher Rechte in Art. 86 Abs. 1 EG schließen lässt, dass grundsätzlich von der Möglichkeit des Bestehens ausschließlicher Rechte auszugehen ist. Das gleiche gilt für Art. 82 EG,

der gerade die missbräuchliche Ausnutzung einer schon bestehenden marktbeherrschenden Stellung verbietet. Daraus kann man folgern, dass das EG-Kartellrecht auf die Unterscheidung zwischen Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung und deren Ausnutzung angelegt ist.

Aufgrund dieser Erwägungen kann der Beurteilung des EuGH im wesentlichen zugestimmt werden. Allerdings sollte sie dahingehend eingeschränkt werden, dass nicht schon dann ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG vorliegt, wenn durch die Übertragung von ausschließlichen Rechten eine Lage geschaffen werden könnte, in der das privilegierte Unternehmen gegen Art. 82 EG verstößt. Denn die konsequente Anwendung dieser Fallgruppe würde dazu führen, dass die Schaffung marktbeherrschender Stellungen durch die Gewährung ausschließlicher Rechte verboten würde, da hierbei immer die Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung besteht.

e) Urteile Albany u.a. und Allgemeinverbindlicherklärung nach deutschem Recht

In den Urteilen Albany u.a. ist der Gerichtshof nicht darauf eingegangen, ob in der Schaffung einer beherrschenden Stellung ein Missbrauch liegt; er ging vielmehr direkt dazu über, Art. 86 Abs. 2 EG zu prüfen.

Im Rahmen der AVE bleibt ein potentieller Wettbewerbsverstoß des Unternehmens außer Betracht. Da durch die AVE i.d.R. auch keine ausschließlichen Rechte übertragen werden, scheidet ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG aus.

## II. Deutsches Recht

Fraglich ist, ob der Bundesarbeitsminister bei der AVE eines Tarifvertrags gegen das GWB verstoßen könnte, angenommen, durch die AVE würden ausschließliche oder besondere Rechte übertragen und dadurch eine beherrschende Stellung begründet. Eine Art. 86 Abs. 1 EG im Hinblick auf Unternehmen mit ausschließlichen Rechten entsprechende Vorschrift existiert im deutschen Recht nicht. § 130 Abs. 1 S. 1 GWB ist eine unternehmensbezogene Vorschrift, wo-

hingegen sich Art. 86 Abs. 1 EG an die Mitgliedsstaaten selbst wendet. Hier gilt vielmehr, dass es sich bei der AVE um eine hoheitliche Tätigkeit handelt, bei der schon keine Wettbewerbsbeziehungen zu anderen Unternehmen bestehen. Das GWB steht der AVE demnach nicht entgegen, auch wenn dadurch ein abschließliches Recht oder eine marktbeherrschende Stellung entsteht.

### **C. Ausschluss der Missbrauchskontrolle gem. Art. 86 Abs. 2?**

Ein weiterer Schwerpunkt der Urteile Albany u.a. liegt auf Art. 86 Abs. 2 EG. Danach gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des EG-Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf dabei gem. Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Der EuGH legt sich in den Urteilen Albany u.a. nicht fest, ob die Schaffung einer beherrschenden Stellung einen Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 EG darstellt, sondern prüft unmittelbar eine Rechtfertigung gem. Art. 86 Abs. 2 EG<sup>690</sup>. Hierin liegt eine Bestätigung der im Corbeau-Urteil aufgestellten Grundsätze<sup>691</sup>. Aufgrund der Systematik des Art. 86 EG ist diese Vorgehensweise zu begrüßen.

### **I. Grundsätze**

#### **1. Bedeutung von Art. 86 Abs. 2 EG**

Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG enthält eine Privilegierung der genannten Unternehmen, indem die Geltung der Vorschriften des EG-Vertrags eingeschränkt wird<sup>692</sup>. Der EuGH sieht den Sinn der Vorschrift darin, dass sie „dadurch, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vertragsvorschrif-

---

<sup>690</sup> Siehe § 1 A. II. 4..

<sup>691</sup> EuGH, Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533, Tz.: 13 ff (Corbeau).

<sup>692</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 97.

ten zulässt, das Interesse der Mitgliedsstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen“ soll<sup>693</sup>. Dabei ist die Vorschrift eng auszulegen<sup>694</sup>.

## **2. Höherer Stellenwert von Allgemeinwohlbelangen wegen Art. 16 EG?**

Fraglich ist, ob Allgemeinwohlbelange im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG aufgrund von Art. 16 EG nunmehr einen höheren Stellenwert haben. Art. 16 EG<sup>695</sup> wurde durch den Amsterdamer Vertrag in den EG-Vertrag eingefügt. Er besagt folgendes: „Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts, tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Der Begriff der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ ist bereits aus Art. 86 Abs. 2 EG bekannt. Dort ist allerdings von „Dienstleistungen“ die Rede. „Dienste“ und „Dienstleistungen“ haben aber dieselbe Bedeutung<sup>696</sup>. Durch die Aufnahme eines gesonderten Artikels, der sich auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bezieht, noch dazu in den Allgemeinen Teil des EG-Vertrags, wird die Bedeutung dieser Dienste in der Gemeinschaft

---

<sup>693</sup> EuGH, Urteil v. 19.03.1991 – Rs. C-202/88 – Slg. 1991, I-1223, Tz.: 12 (Telekommunikations-Endgeräte); Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-157/94 – Slg. 1997, I-5699, Tz.: 39 (Kommission ./ Niederlande).

<sup>694</sup> EuGH, Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-157/94 – Slg. 1997, I-5699, Tz.: 37 (Kommission ./ Niederlande); Ehricke, EuZW 1993, 211, 215; Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, D., Rn. 14; Hochbaum in G/T/E, Artikel 90, Rn. 49.

<sup>695</sup> Ex Art. 7 d EGV.

<sup>696</sup> Lenz in Lenz, Art. 16, Rn. 11.

und für deren Weiterentwicklung hervorgehoben. Die gemeinwohlorientierten Dienste sollen gegenüber der Marktwirtschaft gestärkt werden<sup>697</sup>.

Fraglich ist das Verhältnis von Art. 16 EG zu den EG-Wettbewerbsregeln. Dieses kann nicht eindeutig aus Art. 16 EG erschlossen werden. Denn einerseits beginnt Art. 16 EG mit den Worten „Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 (...)“, andererseits wurde Art. 16 EG durch den Amsterdamer Vertrag neu in den EG-Vertrag eingefügt. So gibt es eine Ansicht, die davon ausgeht, dass Art. 16 EG an der Bedeutung der EG-Wettbewerbsregeln – so wie sie sich vor dem Amsterdamer Vertrag entwickelt hatten – nichts ändern wollte<sup>698</sup>. Andererseits wird vermutet, dass durch Art. 16 EG gerade die Bedeutung von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG ausgeweitet werden könnte<sup>699</sup>. Art. 16 EG stellt zunächst klar, was sich schon aufgrund des Charakters dieses Artikels als Vorschrift des Allgemeinen Teils des EG-Vertrags ergibt, nämlich, dass trotz Einfügung dieser Vorschrift u.a. Art. 86 EG weiterhin Anwendung findet. Außerdem besagt Erklärung Nr. 13 zur Schlussakte der Amsterdamer Konferenz, dass Art. 16 EG unter uneingeschränkter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs umgesetzt wird<sup>700</sup>. Die Tatsache, dass Art. 16 EG durch den Amsterdamer Vertrag neu eingefügt wurde, macht andererseits deutlich, dass den Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse besondere Bedeutung im Rahmen des EG-Vertrags zukommen soll<sup>701</sup>. Daraus lässt sich schließen, dass Art. 16 EG für die Auslegung der Vorschriften des EG-Vertrags von Bedeutung ist, dass aber im Rahmen von Art. 86 EG trotzdem die Rechtsprechung des EuGH zu beachten ist.

### 3. Allgemeiner Rechtfertigungsgrund

Im Unterschied zu Art. 86 Abs. 1 EG, der sich an die Mitgliedsstaaten wendet, richtet sich Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG an – sowohl öffentliche als auch private<sup>702</sup> –

---

<sup>697</sup> Hatje in Schwarze, Artikel 16 EGV, Rn. 1.

<sup>698</sup> Möschel, WuW 1999, 832, 836; Hatje in Schwarze, Artikel 16 EGV, Rn. 9.

<sup>699</sup> Streinz, Rn. 842; Geiger, Art. 16 EGV, Rn. 5; so wohl auch Lenz in Lenz, Art. 16, Rn. 9.

<sup>700</sup> ABl. 1997 Nr. C 340/133 in Sartorius II, 147 a, S. 13.

<sup>701</sup> So auch Lenz in Lenz, Art. 16, Rn. 10; Hatje in Schwarze, Artikel 16 EGV, Rn. 5; siehe auch die Erklärung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 1996 Nr. C 281/3.

<sup>702</sup> Von Wilmsky, ZHR 155 (1991), 545, 550; Emmerich in Dausen, H.II, Rn. 147; Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 102.

Unternehmen. Fraglich ist, ob sich auch die Mitgliedsstaaten selbst auf diese Vorschrift berufen können.

Der EuGH hat erstmals in der Rechtssache „Corbeau“ festgestellt, dass Art. 86 Abs. 1 und 2 EG eine Einheit darstellen<sup>703</sup>. In neuerer Zeit hat er in mehreren Verfahren entschieden, dass sich die Mitgliedsstaaten bei der Übertragung ausschließlicher Rechte auf Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden sind, sogar dann auf Art. 86 Abs. 2 EG berufen können, wenn ein Verstoß gegen Art. 31 EG gerechtfertigt werden soll<sup>704</sup>. Aus der Entwicklung der Rechtsprechung ist daher zu schließen, dass der EuGH Art. 86 Abs. 2 EG als eine Art allgemeinen Rechtfertigungsgrund für Verstöße gegen Vorschriften des EG-Vertrags zugunsten des Allgemeininteresses ansieht. Dies wird auch in der Literatur vereinzelt so gesehen<sup>705</sup>. Die noch hM im Schrifttum geht davon aus, dass Art. 86 Abs. 2 EG den Mitgliedsstaaten mittelbar zugute kommt, indem er die unternehmensbezogenen Vorschriften einschränkt und somit bewirkt, dass der Mitgliedsstaat im Rahmen des Art. 86 Abs. 1 EG zumindest nicht gegen unternehmensbezogene Vorschriften verstoßen kann<sup>706</sup>.

## II. Allgemeines wirtschaftliches Interesse

Das „allgemeine wirtschaftliche Interesse“ stimmt mit dem öffentlichen Interesse der Mitgliedsstaaten nicht überein<sup>707</sup>. Nach der Rechtsprechung des EuGH soll aber das Interesse des jeweiligen Mitgliedsstaates für die Nichtanwendung der Vorschriften des EG-Vertrags maßgeblich sein<sup>708</sup>. Aufgrund dieser Überlegungen ist es mittlerweile hM, dass mit dem „allgemeinen wirtschaftlichen Inte-

---

<sup>703</sup> EuGH, Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533, Tz.: 12 ff (Corbeau).

<sup>704</sup> EuGH, Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533, Tz.: 12 ff (Corbeau); Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-157/94 – Slg. 1997, I-5699, Tz.: 26 ff, insb. 32 (Kommission ./ Niederlande); Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-158/94 – Slg. 1997, I-5789, Tz.: 38 ff, insb. 43 (Kommission ./ Italien); Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-159/94 – Slg. 1997, I-5815, Tz.: 44 ff, insb. 49 (Kommission ./ Frankreich).

<sup>705</sup> Von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 51, 55; Möschel, WuW 1999, 832, 835; Ehrlicke, EuZW 1998, 741, 744 f.

<sup>706</sup> Heinemann, S. 67 f; Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214; Bach, S. 49; Giesen, S. 91.

<sup>707</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 111.

<sup>708</sup> EuGH, Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-159/94 – Slg. 1997, I-5815, Tz.: 55/56 (Kommission ./ Frankreich); Urteil v. 19.03.1991 – Rs. C-202/88 – Slg. 1991, I-1223, Tz.: 12 (Telekommunikations-Endgeräte); Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, D., Rn. 43; Hochbaum in G/T/E, Artikel 90, Rn. 54.

resse“ zwar das öffentliche Interesse der Mitgliedsstaaten gemeint ist, dass aber die Kriterien, anhand derer festgestellt wird, ob ein solches Interesse gegeben ist, gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen und gemeinschaftsweit einheitlich anzuwenden sind<sup>709</sup>. Der Bejahung des Vorliegens eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses in den Urteilen Albany u.a. ist zuzustimmen, allerdings sollte klarer herausgearbeitet werden, worin dieses allgemeine wirtschaftliche Interesse besteht.

### 1. Allgemeines Interesse

Ein allgemeines Interesse ist nicht gegeben, wenn Dienstleistungen lediglich im Interesse einer einzelnen Person oder eines begrenzten Personenkreises erbracht werden<sup>710</sup>. Notwendig ist aber auch nicht, dass die Dienstleistung im Interesse der gesamten Gemeinschaft liegt<sup>711</sup>. Vom Vorliegen eines allgemeinen Interesses kann ausgegangen werden, wenn ein Unternehmen aufgrund der vom Mitgliedsstaat übertragenen besonderen Aufgabe auch tätig werden muss, wenn es das, könnte es aus rein privatwirtschaftlichen Erwägungen heraus entscheiden, nicht tun würde, da dies dem Interesse des Unternehmens widersprechen würde<sup>712</sup>. Das ist z.B. der Fall, wenn ein Unternehmen Leistungen erbringen muss, obwohl diese betriebswirtschaftlich unrentabel sind<sup>713</sup>. Im Falle der betrieblichen Altersversorgung muss ein allgemeines Interesse schon dann bejaht werden, wenn die Mitgliedschaft in den einzelnen Zusatzrentensystemen freiwillig ist, da es immer im Interesse der Allgemeinheit ist, wenn Unternehmen für Bürger die zusätzliche Rentenversicherung verwalten. Denn eine unzureichende Vorsorge für das Alter wirkt immer auf die Allgemeinheit zurück.

---

<sup>709</sup> Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, D., Rn. 43; Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 113.

<sup>710</sup> Von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 63; Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 114.

<sup>711</sup> Heinemann, S. 176.

<sup>712</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 114; Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, D., Rn. 43.

<sup>713</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 114; z.B. EuGH, Urteil v. 27.04.1994 – Rs. C-393/92 – Slg. 1994, I-1477, Tz.: 48 f (Almelo), hier wurde die ununterbrochene Stromversorgung aller Abnehmer zu einheitlichen und diskriminierungsfreien Tarifen als eine Aufgabe i.S.v. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG angesehen.

## 2. Wirtschaftliches Interesse

Nichtwirtschaftliche oder ausschließlich hoheitliche Interessen fallen nicht unter Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG<sup>714</sup>. Zu den nichtwirtschaftlichen Interessen zählen insbesondere kulturelle, karitative, religiöse oder soziale Belange<sup>715</sup>. Treten Unternehmen, die mit besonderen Aufgaben i.S.v. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG betraut worden sind, in diesen Bereichen nicht mit anderen Unternehmen in Wettbewerb, liegt kein allgemeines wirtschaftliches Interesse i.S.v. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG vor<sup>716</sup>. Allerdings treffen in der Praxis wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Interessen des öfteren zusammen. Dies ist auch bei der Verwaltung betrieblicher Altersversorgung der Fall. Neben die sozialen Belange einer angemessenen finanziellen Absicherung im Alter treten die Gewinninteressen der Unternehmen, die die betriebliche Altersversorgung verwalten. Dann stellt sich die Frage, wie diese Fälle im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG zu behandeln sind.

Die wohl hM im Schrifttum geht davon aus, dass Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG dann Anwendung findet, wenn der Schwerpunkt der Aufgabenübertragung ein wirtschaftlicher ist<sup>717</sup>. Andererseits wird vertreten, dass es genügt, wenn auch allgemeine wirtschaftliche Interessen neben den kulturellen, karitativen oder sozialen Interessen vertreten werden<sup>718</sup>. Da sich Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG ausdrücklich an Unternehmen richtet, wird auf jeden Fall immer eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen<sup>719</sup>. Das spricht dafür, ausschließlich auf die „allgemeinen Interessen“ abzustellen, die Erwähnung der „wirtschaftlichen Interessen“ lediglich als Bezugnahme auf die betroffenen Unternehmen anzusehen<sup>720</sup>. Dafür spricht auch ein Vergleich mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrags. Im Rahmen der Artt. 28 ff sowie der Artt. 49 ff EG ist anerkannt, dass allein wirtschaftliche In-

---

<sup>714</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 116.

<sup>715</sup> Von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 64; Grill in Lenz, Art. 86, Rn. 23.

<sup>716</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 116; Hochbaum in G/T/E, Artikel 90, Rn. 56.

<sup>717</sup> So auch Emmerich in Dausen, H.II, Rn. 152; von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 64.

<sup>718</sup> Heinemann, S. 178.

<sup>719</sup> Ähnlich auch Gleiss/Hirsch, 3. Aufl., Art. 90 EWGV, Rn. 11, die darauf hinweisen, dass „der Vertrag nur den Bereich der Wirtschaft regelt und andere als wirtschaftliche Tätigkeit unberührt lässt.“

<sup>720</sup> So auch Mestmäcker in I/M-EG, Bd. II, Art. 37, 90, D., Rn. 21; Heinemann, S. 178 ff.

teressen die Nichtanwendung der Vorschriften nicht rechtfertigen können<sup>721</sup>. Des weiteren wendet der EuGH neuerdings Art. 86 Abs. 2 EG auch auf die Vorschriften betreffend den freien Warenverkehr an<sup>722</sup>. Deshalb ist nicht einzusehen, warum die Ausnahmeregelungen bezüglich der Grundfreiheiten anders ausgelegt werden sollten als die bezüglich der Wettbewerbsvorschriften.

a) Sachverhalte Albany u.a.

Dass ein wirtschaftliches Interesse i.d.S. vorliegt, ergibt sich aus den besonderen Merkmalen der vorliegenden Zusatzrentensysteme im Zusammenhang mit der angeordneten Pflichtmitgliedschaft. Die Fonds verfolgen eine wesentliche soziale Funktion. Aufgrund der relativ niedrigen gesetzlichen Rente in den Niederlanden ist zur Sicherstellung einer angemessenen Versorgung im Alter eine Zusatzversicherung notwendig. Dass auch das Gemeinschaftsrecht von dieser wesentlichen sozialen Funktion ausgeht, ergibt sich aus der RL 98/49/EG<sup>723</sup>, deren Ziel es ist, Ansprüche von Anspruchsberechtigten ergänzender Rentensysteme auch dann zu schützen, wenn sich diese Anspruchsberechtigten von einem Mitgliedsstaat in einen anderen begeben (Art. 1 der RL). Auch Nr. 24 und 25 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte über die Sicherstellung ausreichender Mittel für ältere Menschen zeigen, dass Sicherung eines angemessenen Lebensstandards im Alter von Bedeutung ist.

Allerdings genügt diese wesentliche soziale Funktion allein noch nicht für die Bejahung eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses, denn diese Funktion haben Banken, Versicherungen und Finanzdienstleister ebenfalls, wenn sie Produkte der betrieblichen Zusatzversorgung anbieten. Vielmehr ist ausschlaggebend, dass zusätzlich ein besonderer Schutz der Arbeitnehmer aufgrund bestimmter Solidaritätskriterien besteht, indem z.B. keine Gesundheitsprüfung erfolgt, die Beiträge vom jeweiligen Risiko unabhängig sind, eine Beitragsbefrei-

---

<sup>721</sup> EuGH, Urteil v. 28.04.1998 – Rs. C-158/96 – Slg. 1998, I-1931, Tz.: 41 (Kohl); Lux in Lenz, Art. 28, Rn. 31 und Art. 30, Rn. 4, 7.

<sup>722</sup> EuGH, Urteile v. 23.10.1997 – Rs. C-157/94 – Slg. 1997, I-5699, Tz.: 26 ff, insb. 32 (Kommission ./ Niederlande); Rs. C-158/94 – Slg. 1997, I-5789, Tz.: 38 ff, insb. 43 (Kommission ./ Italien).

<sup>723</sup> RL 98/49/EG zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbstständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1998 Nr. L 209, 46 ff.

ungsmöglichkeit bei Arbeitsunfähigkeit besteht etc.. Im Rahmen des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses sind nach hier vertretener Ansicht all diejenigen Aspekte zu berücksichtigen, die zur Begründung der Unternehmenseigenschaft gerade nicht relevant waren (z.B. obligatorische oder freiwillige Versicherung, Umlage- oder Kapitaldeckungsverfahren etc.). Die hier vorliegenden Kriterien führen aber zu keiner anderen Beurteilung.

b) Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland

Auch in Deutschland hat die betriebliche Altersversorgung eine wesentliche soziale Funktion. Diese wurde gerade durch das AVmG bestätigt, das die betriebliche Altersversorgung gestärkt hat<sup>724</sup>. Doch auch hier müssen Aspekte hinzukommen, die die Solidarität in den angebotenen Systemen der einzelnen Unternehmen widerspiegeln. Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse kann dann angenommen werden, wenn diese Aspekte die von dem Unternehmen angebotene Dienstleistung weniger rentabel machen als die von anderen Unternehmen angebotene.

(1) Banken, Versicherungen, Finanzdienstleister und tarifvertragliche Zusatzrentensysteme bei freiwilliger betrieblicher Altersversorgung

Bei Banken, Versicherungen und Finanzdienstleistern wird i.d.R. keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegen. Denn spezielle soziale Aspekte finden bei den jeweiligen Angeboten im allgemeinen keine Berücksichtigung. Nach Auskunft eines Finanzdienstleistungsunternehmens verzichtet dieses z.B. bei Abschluss eines Direktversicherungsvertrags nur dann auf eine Gesundheitsprüfung, wenn keine Beitragsbefreiung vereinbart wird. Des weiteren wird nicht mit Durchschnittsbeiträgen gearbeitet. Nach Auskunft einer Versicherung wird zwar keine Gesundheitsprüfung durchgeführt; dafür gibt es aber auch nicht die Möglichkeit einer Befreiung von der Beitragszahlung mit fortgesetztem Anspruchserwerb. Im Falle von Erwerbsunfähigkeit ruht die Beitragszahlung; der Arbeitnehmer erhält dann aber auch keine weiteren Ansprüche. Die Höhe der Beiträge wird allein durch den Arbeitnehmer

<sup>724</sup> Siehe § 2 A. II..

sprüche. Die Höhe der Beiträge wird allein durch den Arbeitnehmer bestimmt. Bei einer anderen Versicherung richtet sich die Risikoauswahl je nach vereinbartem Vertrag. Beitragsbefreiung in dem Sinne, dass bei fehlender Beitragsleistung trotzdem Ansprüche erworben werden, ist auch hier nicht möglich. Die bei der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Einrichtungen zur betrieblichen Altersversorgung nach hier vertretener Meinung nicht relevanten Aspekte<sup>725</sup> führen zu keiner anderen Beurteilung. So besteht zwar in bestimmten Fällen eine Anpassungsprüfungspflicht gem. § 16 BetrAVG oder die Pflicht zur Mitgliedschaft im PSV, doch handelt es sich dabei um Pflichten, die sich an alle Unternehmen richten, die auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung tätig sind, weshalb darin kein allgemeines wirtschaftliches Interesse i.S.v. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG gesehen werden kann. Diese Grundsätze gelten i.d.R. auch für die freiwillige tarifvertragliche Zusatzversorgung.

(2) Tarifvertragliche Zusatzrentensysteme bei obligatorischer betrieblicher Altersversorgung

Anders muss die Beurteilung aber bei der obligatorischen betrieblichen Altersversorgung der tarifvertraglichen Zusatzrentensysteme ausfallen, soweit Merkmale der Solidarität gegeben sind wie das z. B. bei ZVK und VBL der Fall ist<sup>726</sup>. Aufgrund dieser Merkmale ist das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu bejahen<sup>727</sup>. Die Merkmale machen die von ZVK und VBL angebotenen Leistungen weniger rentabel. Unter rein betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise könnten diese Besonderheiten nicht angeboten werden.

### **III. Betraugung?**

Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt eine Betrauung vor, wenn dem Unternehmen vom Mitgliedsstaat eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kraft eines Hoheitsakts der öffentlichen Gewalt übertragen

---

<sup>725</sup> Siehe § 4 C IV 1. b).

<sup>726</sup> Siehe § 4 C. I. 3..

<sup>727</sup> So auch Steinmeyer in FS Förster, S. 453, 468.

wird<sup>728</sup>. Dabei ist es nicht erforderlich, dass es sich um eine Rechtsvorschrift handelt<sup>729</sup>. Durch die Betrauung soll das entsprechende Unternehmen individualisiert werden.

Die Literatur folgt im wesentlichen dieser Ansicht<sup>730</sup>. Danach kommt es für das Vorliegen einer Betrauung entscheidend darauf an, dass die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe jederzeit erzwingbar ist, auch wenn das Unternehmen, käme es allein auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Aufgabenerfüllung für das Unternehmen an, die Erfüllung der Aufgabe ablehnen würde, wobei sich aus dem nationalen Recht eine speziell für das jeweilige Unternehmen geltende besondere Zwecksetzung ergeben muss<sup>731</sup>.

### 1. Sachverhalte Albany u.a.

Für eine Betrauung könnte auf Gesetze zur betrieblichen Altersversorgung abgestellt werden. In den Verfahren Albany u.a. führt das aber nicht zur Bejahung einer Betrauung, da sowohl die Gewährung einer betrieblichen Zusatzversorgung sowie deren genaue Ausgestaltung nach niederländischem Recht im Ermessen der Arbeitgeber steht<sup>732</sup>. Das niederländische Recht führt somit weder zu einer Individualisierung der Unternehmen noch dazu, dass ein Unternehmen kraft Gesetzes verpflichtet ist, eine besondere Aufgabe i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG zu erbringen.

Der EuGH stellte aber zur Bejahung der Betrauung auf die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft ab. Ein Hoheitsakt öffentlicher Gewalt liegt in Form einer Verordnung vor. Fraglich ist aber, ob die Fonds tatsächlich durch diesen Hoheitsakt mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse be-

---

<sup>728</sup> EuGH, Urteil v. 21.03.1974 – Rs. C-127/73 – Slg. 1974, I-313, Tz.: 19/22 (BRT ./ Sabam 2); Urteil v. 14.07.1981 – Rs. C-172/80 – Slg. 1981, I-2021, Tz.: 7 (Züchner ./ Bayerische Vereinsbank AG); Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-159/94 – Slg. 1997, I-5815, Tz.: 65 (Kommission ./ Frankreich).

<sup>729</sup> EuGH, Urteil v. 30.01.1974 – Rs. C-127/73 – Slg. 1974, I-313, Tz.: 19/22 (BRT ./ SABAM); Urteil v. 11.04.1989 – Rs. 66/86 – Slg. 1989, I-803, Tz.: 55 (Ahmed Saeed).

<sup>730</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 117 ff; von Burchard in Schwarze, Artikel 86 EGV, Rn. 62; Hochbaum in G/T/E, Artikel 90, Rn. 57.

<sup>731</sup> Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 119; von Wilmowsky, ZHR 155 (1991), 545, 552; Ehrlicke, EuZW 1998, 741, 744.

<sup>732</sup> Siehe dazu GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany), C-116/97 und C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I- 5754, Tz.: 5.

traut worden sind. Denn die Fonds wurden aufgrund eines Tarifvertrags zwischen den Sozialpartnern errichtet, wobei die Errichtung im Ermessen der Sozialpartner stand. Des weiteren kam es nur aufgrund eines ebenfalls im Ermessen der Sozialpartner stehenden Antrags dazu, dass die Pflichtmitgliedschaft tatsächlich angeordnet wurde. Allerdings fehlen für eine genaue Untersuchung Angaben über die Funktionsweise der Betriebsrentenfonds sowie über deren Verhältnis zu den Sozialpartnern. Insoweit muss davon ausgegangen werden, dass tatsächlich eine Betrauung vorliegt.

## **2. Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland**

Eine Betrauung könnte durch das BetrAVG i.V.m. dem AltZertG erfolgt sein. Allerdings werden durch diese Gesetze keine Unternehmen individualisiert; des weiteren ergeben sich daraus keine Verpflichtungen einzelner Unternehmen zur Erfüllung einer besonderen Aufgabe i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG. Somit muss auf die AVE abgestellt werden.

### **a) Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung**

Diese war lange Zeit umstritten und ist auch heute nur in Teilen geklärt. Teilweise wird sie als Akt der Rechtsetzung, teilweise als Verwaltungsakt angesehen. Wieder andere vertreten die Theorie der Doppelnatur der AVE, nach der die AVE gegenüber den Tarifvertragsparteien einen Verwaltungsakt, gegenüber den Außenseitern einen Akt der Rechtsetzung darstellt<sup>733</sup>. Das BVerfG – und ihm folgend die übrige Rechtsprechung und hM in der Literatur – hat die AVE in zwei Entscheidungen im Verhältnis zu den Nichtorganisierten als Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung angesehen, der seine Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG hat<sup>734</sup>. Die Rechtsnatur der AVE gegenüber den Tarifvertragsparteien ist demgegenüber nicht klar. Vorzugswürdig ist, die AVE einheitlich als Akt der Rechtsetzung eigener Art

<sup>733</sup> Lakies in Däubler, TVG, § 5, Rn. 46 m.w.N.; Wank in Wiedemann, § 5, Rn. 30 ff.

<sup>734</sup> BVerfG, Urteil v. 24.05.1977 – Az.: 2 BvL 11/74 – AP TVG § 5 Nr. 15; Urteil v. 15.07.1980 – Az.: 1 BvR 24/74 – AP TVG § 5 Nr. 17; so auch BAG, Urteil v. 28.03.1990 – Az.: 4 AZR 536/89 – AP TVG § 5 Nr. 25 BVerwG, Urteil v. 03.11.1988 – 7 C 115/86 – AP TVG § 5 Nr. 23.

anzusehen<sup>735</sup>. Der Verwaltungsaktcharakter der AVE gegenüber den Tarifvertragsparteien ist deshalb abzulehnen, weil Verwaltungsakte jeweils einen Einzelfall regeln, die AVE eines Tarifvertrags aber eine Vielzahl von Personen betrifft. Gegen die Theorie der Doppelnatur spricht, dass ein einheitlicher staatlicher Akt nicht gleichzeitig Rechtsetzung und Rechtsanwendung sein kann. Somit ist die AVE insgesamt als Rechtssetzungsakt eigener Art anzusehen.

b) Betrauung?

Ein Hoheitsakt i.S.d. Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt vor, da es sich bei der AVE nach hier vertretener Ansicht um einen Akt der Rechtsetzung eigener Art handelt. Des weiteren muss berücksichtigt werden, dass es bei der Betrauung um die Individualisierung eines Unternehmens geht, weshalb eine Betrauung nur bei der AVE eines Tarifvertrags in Betracht kommt, der ein bestimmtes Unternehmen für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung auswählt. In den übrigen Fällen wird kein Unternehmen individualisiert. Hier stellt sich aber wieder die Frage, ob diese Unternehmen durch die AVE mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut werden.

(1) „Kommerzielle“ Anbieter betrieblicher Altersversorgung

Durch die AVE wird die Rechtsnorm auf die Nichtorganisierten erstreckt und somit die Tarifgebundenheit ausgeweitet. Vereinbaren die Tarifvertragsparteien demnach lediglich die Errichtung einer Gemeinsamen Einrichtung, hat die AVE noch nicht die Pflicht zur Beitragsleistung zur Folge. Vereinbaren die Tarifvertragsparteien aber die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über ein bestimmtes Unternehmen, führt die AVE dazu, dass diese Vereinbarung auch für die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt, die in den Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags fallen. Somit müssen auch sie bei dem entsprechenden Unternehmen die betriebliche Altersversorgung durchführen. Allerdings folgt daraus nicht, dass das ausgewählte Unternehmen auch ver-

---

<sup>735</sup> So auch Löwisch/Rieble, § 5 TVG, Rn. 53 ff; Wank in Wiedemann, § 5 TVG, Rn. 43 ff; Lakies in Däubler, TVG, § 5 Rn. 50.

pflichtet ist, entsprechend dem Tarifvertrag mit allen Arbeitnehmern Verträge abzuschließen. Der Tarifvertrag gilt auch nach seiner AVE nur zwischen den Tarifvertragsparteien. Die Erfüllung der Dienstleistung von allgemeinem Interesse kann damit nicht erzwungen werden, weshalb eine Betrauung im Hinblick auf die „kommerziellen“ Anbieter auch dann ausgeschlossen werden muss, wenn sie eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen.

(2) Gemeinsame Einrichtungen als Anbieter betrieblicher Altersversorgung

*i. Argumente dagegen*

Gegen eine Betrauung könnte hier die Möglichkeit sprechen, der Geltung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags durch Abschluss eines Firmentarifvertrags zu entgehen. Denn bei Tarifkonkurrenz gilt nach h.M. und nach der Rechtsprechung des BAG der Grundsatz der Tarifspezialität i.V.m. dem Grundsatz der Tarifeinheit: die Tarifeinwendung muss im Betrieb einheitlich erfolgen; Vorrang hat dabei der speziellere Tarifvertrag<sup>736</sup>. Bei Konkurrenz zwischen einem für allgemeinverbindlich erklärten Verbandstarifvertrag und einem Firmentarifvertrag ist dies i.d.R. der Firmentarifvertrag<sup>737</sup>. Gerade die Geltung dieser Grundsätze führt im Rahmen des AEntG zu einem Verstoß gegen Art. 49 EG<sup>738</sup>. Bei der hier zu behandelnden Problematik bedeutet das, dass die Tarifvertragsparteien selbst entscheiden können, ob eine Betrauung vorliegt oder nicht. Des weiteren muss für die AVE der Antrag wenigstens einer Tarifvertragspartei vorliegen. Somit ist die Initiative der Sozialpartner erforderlich. Hierin eine Betrauung zu sehen, widerspricht dem Sinn und Zweck des Art. 86 Abs. 2 EG, bei dem es darum geht, ein bestimmtes Unternehmen auch zur Erbringung unrentabler Dienstleistungen verpflichten zu können, es dabei aber davor zu schützen, dass andere Unternehmen, die dieser Verpflichtung nicht unterliegen, aufgrund des

<sup>736</sup> BAG NZA 1991, 202; Zwanziger in Däubler, TVG, § 4, Rn. 923 ff; Junker/Wichmann, NZA 1996, 505, 509; a. A. Löwisch/Rieble, § 4, Rn. 274 ff.

<sup>737</sup> Junker/Wichmann, NZA 1996, 505, 509.

<sup>738</sup> EuGH, Urteil v. 24.01.2002 – Rs. C-164/99 – Slg. 2002, I-787, Tz.: 31 ff (Portugaia); Junker/Wichmann, NZA 1996, 505 ff; siehe dazu auch Lakies in Däubler, TVG, § 5 Anhang 2, Rn. 103 ff; Hanau in Hanau/Steinmeyer/Wank, § 15, Rn. 471 ff; zum Entwurf eines AEntG Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370.

aufgrund des bestehenden Wettbewerbs die rentablen Dienstleistungen übernehmen und das betraute Unternehmen aufgrund dessen nicht mehr zu wirtschaftlich annehmbaren Kosten arbeiten kann. Wenn es aber im Belieben der Sozialpartner steht, ob sie die AVE beantragen, liegt es nicht am Mitgliedsstaat zu entscheiden, ob ein bestimmtes Unternehmen zur Erbringung unrentabler Dienste verpflichtet wird. Daran ändert sich auch nichts aufgrund von Art. 16 EG<sup>739</sup>.

ii. Argumente dafür

Trotzdem muss bei Gemeinsamen Einrichtungen eine Betrauung i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG bejaht werden. Die Tarifvertragsparteien können den Gemeinsamen Einrichtungen Weisungen erteilen und deren Tätigkeiten kontrollieren. Die wesentlichen Merkmale der Einrichtungen werden in der Satzung festgeschrieben. Dabei stellt i.d.R. der Tarifvertrag gleichzeitig die Satzung der Einrichtung dar. Wurde somit eine Gemeinsame Einrichtung zur betrieblichen Altersversorgung von den Tarifvertragsparteien geschaffen, deren Zweck im Tarifvertrag/in der Satzung festgelegt und tarifvertraglich vereinbart, dass die betriebliche Altersversorgung über diese Gemeinsame Einrichtung erfolgen soll, liegt darin noch keine Betrauung, da es an einem hoheitlichen Akt öffentlicher Gewalt fehlt. Wird aber der Tarifvertrag, der die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung über die Gemeinsame Einrichtung regelt, für allgemeinverbindlich erklärt, wird dem betreffenden Unternehmen zwar kein Tätigkeitsbereich eröffnet, der ihm ohne AVE verschlossen wäre. Denn die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber könnten sich auch ohne AVE aufgrund eines guten Angebots dafür entscheiden, bei demselben Unternehmen die betriebliche Altersversorgung durchzuführen. Doch bedeutet die AVE nicht nur, dass auch die Nichtorganisierten die betriebliche Altersversorgung über die Gemeinsame Einrichtung durchführen müssen, sondern auch, dass die Gemeinsame Einrichtung verpflichtet ist, auch für diese Nichtorganisierten die betriebliche Altersversorgung zu denselben Bedingungen durchzuführen, wie sie für die Organisierten gelten.

---

<sup>739</sup> Siehe dazu § 8 C I 2..

Das Argument der Tarifkonkurrenz kann dabei nicht überzeugen. Denn auch das Vorliegen eines vorrangigen Firmentarifvertrags führt nicht dazu, dass die AVE nicht mehr als Betrauensakt angesehen werden kann. Sie bleibt trotzdem ein Hoheitsakt. Des weiteren ist es eher unwahrscheinlich, dass es bei Vorliegen einer Betrauung zum Abschluss eines Firmentarifvertrags kommt. Denn dessen Vorrang würde dazu führen, dass die Wettbewerbsregeln wieder voll zur Anwendung kommen würden, was aber gerade nicht der Wille der Beteiligten sein wird.

Auch die Initiative der Sozialpartner spricht nicht gegen eine Betrauung. Denn die endgültige Entscheidung über die AVE liegt beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (§ 5 Abs. 1 TVG). Hinzu kommt, dass der Minister vor AVE des Tarifvertrags prüfen muss, ob die in § 5 Abs. 1 TVG niedergelegten Voraussetzungen vorliegen, die nicht von den Sozialpartnern festgelegt wurden. Des weiteren ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass eine Betrauung nur dann möglich ist, wenn zu dem Hoheitsakt öffentlicher Gewalt auch eine „hoheitliche Initiative“ hinzukommt. Zwar war das in den bisher entschiedenen Fällen die Regel, da die Betrauung jeweils durch Gesetz<sup>740</sup> oder öffentlich-rechtliche Konzession erfolgte<sup>741</sup>. Dass deshalb eine „hoheitliche Initiative“ notwendig ist, kann daraus nicht geschlossen werden.

#### **IV. Verhinderung der Aufgabenerfüllung?**

Die Aufgabenerfüllung muss rechtlich oder tatsächlich verhindert werden; eine bloße Behinderung oder Erschwerung genügt nicht<sup>742</sup>. Dabei muss die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe bei Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht unmöglich sein<sup>743</sup>. Trotzdem betont der EuGH, dass eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung erst dann angenommen werden kann, wenn die Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags mit der Aufgabenerfüllung nachweislich unvereinbar ist<sup>744</sup>. Allerdings muss für das Eingreifen von

---

<sup>740</sup> Z.B. EuGH, Urteil v. 18.06.1998 – Rs. C-266/96 – Slg. 1998, I-3949 (Corsica Ferries).

<sup>741</sup> Z.B. EuGH, Urteil v. 27.04.1994 – Rs. C-393/92 – Slg. 1994, I-1477 ff (Almelo).

<sup>742</sup> Jung in Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 45; Emmerich in Dausen, H.II, Rn. 159.

<sup>743</sup> Jung in Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 45.

<sup>744</sup> EuGH, Urteil v. 30.04.1974 – Rs. C-155/73 – Slg. 1974, I-409, Tz.: 15 (Sacchi); Urteil v. 23.04.1991 – Rs. C-41/90 – Slg. 1991, I-1979, Tz.: 24 (Höfner und Elser).

Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG das Überleben des Unternehmens nicht auf dem Spiel stehen. Es genügt vielmehr, dass die (hypothetische) Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben erheblich gefährden würde<sup>745</sup>. Eine Verhinderung i.d.S. liegt dann nicht vor, wenn es einen anderen technisch möglichen und wirtschaftlich wie rechtlich zumutbaren Weg gibt, um die dem Unternehmen übertragene besondere Aufgabe zu erfüllen<sup>746</sup>. Eine „rechtliche Verhinderung“ liegt vor, wenn das Gemeinschaftsrecht eine Regelung der Mitgliedsstaaten, die unter Art. 86 Abs. 2 EG fällt, verdrängen würde<sup>747</sup>. Demgegenüber ist von einer „tatsächlichen Verhinderung“ dann auszugehen, wenn die Anwendung des Gemeinschaftsrechts dazu führen würde, dass die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe für dieses wirtschaftlich unmöglich wird, auch wenn kein Normenkonflikt besteht<sup>748</sup>.

### 1. Sachverhalte Albany u.a.

Fraglich ist damit, ob es nicht mildere Mittel gibt, die unter Anwendung der Vorschriften des EG-Vertrags die Erfüllung der übertragenen Aufgaben ermöglichen<sup>749</sup>. Hierzu gehört auch eine Gesetzesänderung im jeweiligen Mitgliedsstaat<sup>750</sup>, eine Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG oder eine Genehmigung nach Art. 88 Abs. 2 Unterabs. 3 EG<sup>751</sup>. In den Urteilen Albany u.a. unterlässt der EuGH allerdings eine weitere Beschäftigung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Dabei beruft er sich auf seine Rechtsprechung, nach der den Mitgliedsstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit Ermessen zusteht<sup>752</sup>. Der Gerichtshof hätte aber vielmehr in eine genauere Verhältnismäßigkeitsprüfung eintreten und feststellen müssen, dass eine

<sup>745</sup> EuGH, Urteil v. 19.05.1993 – Rs. C-320/91 – Slg. 1993, I-2533, Tz.: 16 (Corbeau); Urteil v. 23.10.1997 – Rs. C-157/94 – Slg. 1997, I-5699, Tz.: 43 (Kommission ./ Niederlande); Ehrlicke, EuZW 1998, 741, 745.

<sup>746</sup> EuGH, Urteile v. 23.10.1997 – Rs. C-157/94 – Slg. 1997, I-5699, Tz.: 53, 58, insb. 32 (Kommission ./ Niederlande); Kommission, ABl. 1982 L 167/39, Tz.: 66 (NAVEWA-ANSEAU).

<sup>747</sup> Mestmäcker, RabelsZ 52 (1988), 526, 569.

<sup>748</sup> Mestmäcker, RabelsZ 52 (1988), 526, 569.

<sup>749</sup> EuGH, Urteil v. 25.06.1998 – Rs. C-203/96 – Slg. 1998, I-4075, Tz.: 67 (Chemische Afvalstoffen Dusseldorp).

<sup>750</sup> Emmerich in Dausen, H.II, Rn. 160; Kapp in FK, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 128.

<sup>751</sup> Jung in Calliess/Ruffert, Art. 86 EG-Vertrag, Rn. 47; Heinemann, S. 185.

<sup>752</sup> EuGH, Urteil v. 07.02.1984 – Rs. C-238/82 – Slg. 1984, I-523 ff (Duphar); Urteil v. 17.06.1997 – Rs. C-70/95 – Slg. 1997, I-3395 ff (Sodemar).

Bigkeitsprüfung eintreten und feststellen müssen, dass eine Entscheidung auf Grundlage der ihm bekannten Tatsachen nicht möglich ist<sup>753</sup>. Der Verweis auf seine Rechtsprechung zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit konnte in diesem Fall nicht weiterhelfen. Denn zuvor hatte der Gerichtshof die Fonds als Unternehmen eingestuft, auf die die Wettbewerbsvorschriften Anwendung finden. Das gilt auch für Art. 86 Abs. 2 EG. Dabei wäre zu prüfen gewesen, ob die Aufgabenerfüllung durch die Fonds nicht durch den Wettbewerb regulierende mitgliedstaatliche Maßnahmen hätte sichergestellt werden können. Dies war von den Klägern auch behauptet worden. Insbesondere war darauf hingewiesen worden, dass viele Branchenrentenfonds ohne Pflichtmitgliedschaft arbeiteten.

## 2. Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland

Auch hier ist im Einzelfall zu klären, ob es keine den Wettbewerb weniger beeinträchtigenden Mittel zur Aufgabenerfüllung gibt. Hier kann auf eine mögliche tatsächliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung abgestellt werden, die darin liegen kann, dass das betroffene Unternehmen ohne AVE den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern die besonderen Bedingungen aus finanziellen Gründen nicht anbieten kann. Letzten Endes ist die mögliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung hier wie in den Verfahren Albany u.a. zu beurteilen, weshalb zu prüfen ist, ob es den Wettbewerb weniger beschränkende Mittel gibt, die zu demselben Ziel führen wie eine AVE. Bei der Beurteilung, ob ohne AVE tatsächlich die Aufgabenerfüllung zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verhindert wird, ist dabei der jeweils betroffene finanzielle, wirtschaftliche und soziale Sachverhalt zu überprüfen.

## V. Ergebnis

Unternehmen, die die betriebliche Altersversorgung unter Bedingungen erbringen, die dem Schutz der Arbeitnehmer dienen, die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung für diese Unternehmen aber zu einer unrentablen Tätig-

---

<sup>753</sup> So auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 28.01.1999 – Rs. C-67/96 (Albany), C-116/97 und C-117/97 (Brentjens'), C-219/97 (Drijvende Bokken) – EuGH, Slg. 1999, I- 5754, Tz.: 433.

keit werden lassen können, führen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse aus. Wird diese Tätigkeit durch die AVE eines Tarifvertrags auf Nichtorganisierte ausgedehnt, liegt darin für Gemeinsame Einrichtungen, nicht aber für kommerzielle Anbieter, eine Betrauung mit dieser Dienstleistung i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG. Ob Art. 82 Abs. 1 EG auf die AVE in diesem Fall gem. Art. 86 Abs. 2 EG keine Anwendung findet, richtet sich nach der Entscheidung des Einzelfalls, bei der eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG sowie eine Prüfung der Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs gem. Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG durchgeführt werden muss.

#### **D. Ausschluss der Missbrauchskontrolle nach deutschem Recht?**

Es stellt sich aber die Frage, ob es eine Art. 86 Abs. 2 EG entsprechende Vorschrift im deutschen Kartellrecht gibt, auf deren Grundlage die eben erwähnten Vorschriften nur eingeschränkt oder überhaupt nicht zur Anwendung kommen.

Art. 86 Abs. 2 EG stellt eine Legalausnahme dar, die auf alle Bereiche des Gütermarkts Anwendung findet, solange die Voraussetzungen vorliegen. Mit den im deutschen Recht bekannten Bereichsausnahmen (§§ 28 ff GWB), die gem. § 29 GWB auch die Versicherungswirtschaft von der Anwendung bestimmter Vorschriften des GWB freistellen, kann Art. 86 Abs. 2 EG somit nicht verglichen werden. Im übrigen gibt es keine mit Art. 86 Abs. 2 EG vergleichbare Vorschrift. Somit sind die Übertragung eines ausschließlichen Rechts und die damit verbundene mögliche Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung anhand der einschlägigen Vorschriften zu überprüfen.

#### **I. Interessenabwägung**

Im Rahmen des deutschen Rechts kann auf eine Interessenabwägung zurückgegriffen werden. Zentrales Merkmal des § 20 GWB ist im Hinblick auf die Behinderung die Unbilligkeit, im Hinblick auf die ungleiche Behandlung das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes. Das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes ist auch bei § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB zu prüfen. Des weiteren ist anerkannt, dass auch ein nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB beanstandetes Verhal-

ten dann nicht verboten ist, wenn es sachlich gerechtfertigt ist<sup>754</sup>. Bei diesen Merkmalen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, so dass sich hier die Frage stellt, inwieweit die Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG in die vorzunehmende Interessenabwägung einbezogen werden können.

Ob Unbilligkeit oder das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes vorliegt, ist anhand einer einzelfallbezogenen umfassenden Interessenabwägung zu untersuchen, die unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vorzunehmen ist<sup>755</sup>.

### 1. Zu berücksichtigende Interessen

Bei der Abwägung können allein die Interessen der Beteiligten berücksichtigt werden<sup>756</sup>. Das sind die Normadressaten, die behinderten bzw. ungleich behandelten Unternehmen und dritte Unternehmen, soweit sich das Verhalten der Normadressaten unmittelbar oder mittelbar auf sie auswirkt<sup>757</sup>. Interessen der Allgemeinheit oder der Verbraucher finden demgegenüber keine Berücksichtigung<sup>758</sup>. Sie können aber bei der Gewichtung der Interessen im Rahmen der Abwägung von Bedeutung sein<sup>759</sup>. Bei den abzuwägenden Interessen muss es sich um wirtschaftliche Interessen handeln<sup>760</sup>.

Bei Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien oder bei öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, die jeweils speziell für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung geschaffen wurden, könnte das Interesse an der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung ein eigenes Interesse der Einrichtung sein und müsste somit gegen die übrigen Interessen abgewogen werden. So ergibt sich z.B. aus § 2 VBLS<sup>761</sup>, dass es Zweck der VBL ist, bestimmten Arbeitnehmern im Wege privatrechtlicher Versicherung eine zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung zu gewähren. Trotzdem handelt es sich

---

<sup>754</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 19, Rn. 105.

<sup>755</sup> BGH, Urteil v. 12.03.1991 – Az.: KZR 26/89 – WuW/E BGH 2707, 2715 (Krankentransportunternehmen II); Urteil v. 14.01.1997 – Az.: KZR 30/95 – WuW/E BGH 3104, 3107 (Zuckerrübenanlieferungsrecht II).

<sup>756</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 19, Rn. 138; § 20, Rn. 127.

<sup>757</sup> Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 6 ff.

<sup>758</sup> Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 26 ff.

<sup>759</sup> Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 26 ff.

<sup>760</sup> Baur/Weyer in FK, § 22, Rn. 568; Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 6.

<sup>761</sup> Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder.

beim Interesse an der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung nicht um ein Individualinteresse dieser Einrichtungen; es bleibt weiterhin ein Interesse der Allgemeinheit. Im übrigen würde hierbei auch kein wirtschaftliches Interesse vorliegen.

a) Interessen der Normadressaten

Der Kreis der berücksichtigungsfähigen Interessen der Normadressaten ist weit zu ziehen<sup>762</sup>. Dies ergibt sich aus der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB. Abwägungsfähig ist danach jedes wirtschaftliche Interesse, das nicht auf einen gesetzwidrigen Zweck gerichtet ist, es sei denn, seine Durchsetzung wäre willkürlich<sup>763</sup>. Bei Unternehmen der betrieblichen Altersversorgung als Normadressaten kommt z.B. in Betracht das Interesse, Preise und Konditionen bei Angeboten nach eigenen kaufmännischen Entscheidungen anzubieten, die Absatzwege für ihre Leistungen selbst zu gestalten und generell die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten.

b) Interessen der Betroffenen

Der Kreis der hier zu berücksichtigenden Interessen ist demgegenüber etwas enger zu ziehen, da die §§ 19, 20 GWB die betroffenen Unternehmen nicht gegen Wettbewerb überhaupt schützen wollen, sondern lediglich gewährleisten sollen, dass diese Unternehmen ihre Leistungen ohne Behinderungen und Ungleichbehandlungen erbringen können<sup>764</sup>. Hier ist z.B. zu nennen das Interesse an ungehinderter wettbewerblicher Betätigung, Chancengleichheit im Wettbewerb, freiem Zugang zum Markt und Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit.

---

<sup>762</sup> Markert in I/M, § 20, Rn. 131.

<sup>763</sup> Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 156.

<sup>764</sup> Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 157.

## 2. Abwägung der Interessen

### a) Grundsätze

Die Interessen sind sodann zu gewichten und gegeneinander abzuwägen, wobei notwendigerweise eine Gesamtwürdigung aller von den Beteiligten geltend gemachter Interessen erfolgen muss<sup>765</sup>. Dabei sprechen Maßnahmen des Leistungswettbewerbs eher gegen Unbilligkeit bzw. das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes; machen die Interessenabwägung aber nicht entbehrlich<sup>766</sup>. Interessen der Allgemeinheit und sonstige Drittinteressen sind zu berücksichtigen, soweit diese sich auf die Gewichtung der gegeneinander abzuwägenden Interessen des Normadressaten und der Betroffenen auswirken<sup>767</sup>.

Maßstab der Abwägung ist die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB, wobei es insb. um die Sicherung des Leistungswettbewerbs und die Offenhaltung der Märkte geht<sup>768</sup>. Bei der Abwägung gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>769</sup>. Auch wenn Ziel der Abwägung die Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit ist, ist doch anerkannt, dass Wertungen des GWB oder des EG-Kartellrechts, die eher zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen können, bei der Abwägung berücksichtigt werden müssen<sup>770</sup>. Ein Beispiel dafür ist § 16 GWB, der grundsätzlich von der Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen ausgeht. Sollte aus derartigen vertraglichen Bindungen eine Behinderung oder unterschiedliche Behandlung resultieren, ist die in § 16 GWB zum Ausdruck kommende Wertung bei der Abwägung zu beachten<sup>771</sup>. Das gilt sowohl bei § 20 GWB, als auch bei § 19 GWB.

---

<sup>765</sup> Statt vieler Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 31 ff.

<sup>766</sup> Siehe zur Diskussion um den Leistungs- bzw. Nichtleistungswettbewerb statt vieler Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 164 ff.

<sup>767</sup> Rixen in FK, § 20 GWB 1999, Rn. 158 m.w.N..

<sup>768</sup> Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 32.

<sup>769</sup> Lübbert in Wiedemann, § 29, Rn. 33.

<sup>770</sup> So z.B. BGH, Urteil v. 12.05.1998 – Az.: KZR 23/96 – WuW/E DE-R 206, 209 (Depotkosmetik); Beschluss v. 19.01.1993 – Az.: KVR 25/91 – WuW/E BGH 2875, 2880 (Herstellerleasing); Markert in I/M, § 20, Rn. 147; Bechtold, § 20, Rn. 39; Schultz in Langen/Bunte, § 20, Rn. 138.

<sup>771</sup> Schultz in Langen/Bunte, § 19, Rn. 182; § 20, Rn. 192.

b) Berücksichtigung wettbewerbsfremder Ziele?

Inwieweit aber wettbewerbsfremde Ziele und sonstige wirtschaftspolitische Zielsetzungen zu berücksichtigen sind, ist nicht ganz klar. Dabei geht es um die Frage, ob wettbewerbsfremde Ziele oder wirtschaftspolitische Zielsetzungen die Interessen eines der Beteiligten derartig gewichten, dass ihnen letztendlich der Vorrang zukommen muss.

(1) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung tendiert in jüngerer Zeit immer häufiger dahin, derartige Zielsetzungen im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, denn in einigen Entscheidungen wird auf das Gemeinschaftsrecht im allgemeinen verwiesen<sup>772</sup>. In der Entscheidung „Flugpreis Berlin-Frankfurt/M.“<sup>773</sup> wurden bei der Interessenabwägung luftverkehrspolitische Zielsetzungen berücksichtigt. Des weiteren hat der Gesetzgeber im Rahmen der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts<sup>774</sup> zum Ausdruck gebracht, dass trotz Wegfalls des § 103 GWB a.F. bei der Abwägung gem. §§ 19, 20 GWB energiepolitische Zielsetzungen einfließen sollen<sup>775</sup>.

In der Literatur befürworten einige Vertreter die Berücksichtigung von Wertungen aus anderen Bereichen<sup>776</sup>, andere beschränken dieses Vorgehen auf vereinzelte Ausnahmefälle<sup>777</sup> oder lehnen es ganz ab<sup>778</sup>. Möschel sieht in der Beachtung dieser Wertungen dann kein Problem, wenn es sich um höherrangiges Recht handelt; bei gleichrangigem Recht müsse ein ausdrücklicher Wettbewerbsbezug vorliegen<sup>779</sup>.

---

<sup>772</sup> BGH, Beschluss v. 18.05.1993 – Az.: KVZ 19/92 – WuW/E BGH 2869, 2872 (Pauschalreisen-Vermittlung II); Urteil v. 14.01.1997 – Az.: KZR 30/95 – WuW/E BGH 3104, 3107 (Zuckerrübenanlieferungsrecht II).

<sup>773</sup> KG, WuW/E DE-R 124 (Flugpreis Berlin-Frankfurt/M.).

<sup>774</sup> BGBl. I, 1998, S. 730 ff.

<sup>775</sup> Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 23.03.1997, BT-Drucks. 13/7274, 31.

<sup>776</sup> Bechtold, § 20, Rn. 39; Schultz in Langen/Bunte, § 20, Rn. 138.

<sup>777</sup> Baur/Weyer in FK, § 22, Rn. 505 f; 568.

<sup>778</sup> So wohl Markert in I/M, § 20, Rn. 145 f.

<sup>779</sup> Möschel, WuW 1999, 5, 7.

## (2) Stellungnahme

Die grundsätzliche Berücksichtigung wettbewerbsfremder Ziele und sonstiger wirtschaftspolitischer Zielsetzungen im Rahmen der Interessenabwägung ist abzulehnen. Es ist unstrittig, dass die Abwägung in erster Linie die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB berücksichtigen muss. Ziel des GWB ist gerade die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen. Bei der Beachtung jeglicher wettbewerbsfremder Aspekte im Rahmen der Abwägung würde die Erreichung der Ziele des GWB erheblich erschwert. Es ist vielmehr – wie von Möschel vorgeschlagen – zu differenzieren. Sollen Zielsetzungen gleichrangigen Rechts in die Abwägung einbezogen werden, so ist zu fordern, dass sich diese Ziele auf die Freiheit des Wettbewerbs beziehen. Alle wettbewerbsfremden Ziele oder wirtschaftspolitischen Zielsetzungen müssen in diesem Fall unberücksichtigt bleiben. Handelt es sich aber um gegenüber dem GWB höherrangiges Recht und dessen Zielsetzungen, also um Verfassungsrecht oder Gemeinschaftsrecht, ergibt sich die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Aspekte schon aus dieser Höherrangigkeit; denn es ist allgemein anerkannt, dass gerade Generalklauseln das Einfallstor für höherrangiges Recht sind. Dabei muss es sich aber um Zielsetzungen handeln, die sich eindeutig aus diesem höherrangigen Recht ergeben. Des weiteren ändert die Berücksichtigung dieses höherrangigen Rechts nichts daran, dass die von den §§ 19, 20 GWB geforderte Interessenabwägung weiterhin unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB erfolgt.

## **II. Anwendung auf betriebliche Altersversorgung**

Nunmehr ist zu klären, welche Umstände im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung bei der Abwägung der im jeweiligen Fall betroffenen Interessen grundsätzlich zu berücksichtigen sind, so dass diese auf die Gewichtung der abzuwägenden Interessen Einfluss haben können.

### **1. Betroffene Interessen**

Dies könnte zunächst das Interesse der Allgemeinheit und der Arbeitnehmer an der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung, insb. zu für den Arbeit-

nehmer besonders günstigen Bedingungen, sein. Des weiteren hat das BetrAVG zum Ziel, eine weitere Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu bewirken. Dabei handelt es sich aber um wettbewerbsfremde Aspekte. Das BetrAVG als gesetzliche Grundlage ist lediglich gleichrangiges Recht. Die Tatsache, dass in Art. 1 GG die Menschenwürde festgeschrieben ist und eine angemessene finanzielle Versorgung im Alter zu einem menschenwürdigen Leben gehört, kann bei der Abwägung nicht berücksichtigt werden, da konkret die betriebliche Altersversorgung in höherrangigem Recht geregelt sein müsste.

Des weiteren hat das BetrAVG aber auch das Ziel, bei der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber zu berücksichtigen<sup>780</sup>. Hierbei handelt es sich um einen Aspekt mit Wettbewerbsbezug, der in die Abwägung miteinzustellen ist. Außerdem enthält § 29 GWB Sonderregeln für die Anwendung des GWB im Bereich der Versicherungswirtschaft. Dasselbe gilt für die VO (EWG) Nr. 3932/92 der Kommission<sup>781</sup> sowie für die VO (EWG) Nr. 1534/91 des Rates<sup>782</sup>. Hier ist der wettbewerbliche Bezug offensichtlich. Bei den Verordnungen handelt es sich des weiteren um höherrangiges Recht. Zuletzt sind auch die Artt. 16, 86 Abs. 2 EG in Erwägung zu ziehen, die höherrangiges Recht darstellen.

## 2. Abwägung

### a) BetrAVG, GWB, EG-Verordnungen

Die Berücksichtigung des wettbewerblichen Bezugs des BetrAVG kommt den diskriminierten, ungleich behandelten bzw. i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB beeinträchtigten Arbeitgebern und Konkurrenten des diskriminierenden etc. Unternehmens zugute, was sich auf die Gewichtung deren zu berücksichtigender Interessen auswirkt. Sowohl § 29 GWB als auch die oben angeführten EG-Verordnungen zeigen, dass in den Fällen, in denen diese Vorschriften nicht einschlägig sind, die kartellrechtlichen Vorschriften grundsätzlich Anwendung fin-

---

<sup>780</sup> Siehe dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG), BT-Drucks. 14/4595, 67.

<sup>781</sup> ABl. EG 1992 Nr. L 398/7.

<sup>782</sup> ABl. EG 1991 Nr. L 143/1.

den sollen. Die §§ 19, 20 GWB sind in § 29 GWB gerade nicht aufgeführt. Auch die EG-Verordnungen betreffen nicht den vorliegenden Sachverhalt. Sie beziehen sich vielmehr auf Vereinbarungen zwischen Versicherungsunternehmen im Hinblick auf eine Zusammenarbeit in bestimmten Bereichen. Somit ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, dass keine Freistellung von den Bestimmungen der §§ 19, 20 GWB gegeben ist.

b) Art. 86 Abs. 2 EG

Im Hinblick auf Art. 86 Abs. 2 EG ist zunächst anzumerken, dass es lediglich darum gehen kann, dessen Wertungen zu berücksichtigen. Würde man das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale voraussetzen, wäre Art. 86 Abs. 2 EG selbst einschlägig. Art. 16 EG kann bei der Abwägung nicht ins Gewicht fallen, da er gerade unbeschadet Art. 86 EG gilt. Gegen eine Beeinflussung der Interessenabwägung durch Art. 86 Abs. 2 EG trotz der Höherrangigkeit der Norm könnte sprechen, dass diese Vorschrift gerade der Verwirklichung mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik dienen soll. Aus dem deutschen Recht ergibt sich aber gerade kein Anhaltspunkt dahingehend, dass die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung durch marktbeherrschende Unternehmen unter allen Umständen gefördert werden soll. Für eine Beeinflussung durch Art. 86 Abs. 2 EG spricht aber – neben der Höherrangigkeit dieser Vorschrift gegenüber dem GWB –, dass Art. 86 Abs. 2 EG Teil der EG-Kartellrechtsvorschriften ist. Auch wenn sich die Zielrichtung auf wettbewerbsfremde Aspekte bezieht, folgt aus der Aufnahme dieser Aspekte in Art. 86 Abs. 2 EG, dass sie auch im Kartellrecht Berücksichtigung finden müssen.

Des weiteren muss die Abwägung im Rahmen der §§ 19, 20 GWB zwar unter Beachtung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB erfolgen; wettbewerbsbeschränkende Wertungen müssen aber ebenfalls anerkannt werden, solange sie sich aus Wettbewerbsvorschriften ergeben, wie z.B. aus Art. 81 Abs. 3<sup>783</sup>. Folge davon muss aber sein, dass die Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG, auch wenn sie zu Beschränkungen des Wettbewerbs führen können, bei der Interessenabwägung zumindest berücksichtigt werden müssen.

---

<sup>783</sup> S. o. § 6 E.II.1.b).

c) Ergebnis

Das hat zur Folge, dass die Tatsache, dass das marktbeherrschende Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragt worden ist, dessen Interessen an der Aufrechterhaltung seines behindernden oder ungleich behandelnden Verhaltens stärkeres Gewicht verleihen können, soweit dieses Verhalten gerade notwendig ist, um die übertragene besondere Aufgabe zu erfüllen. Die Einbeziehung der Wertungen des Art. 86 Abs. 2 EG in die Interessenabwägung führt aber nicht zu einem automatischen Vorrang der Interessen desjenigen, zu dessen Gunsten sich diese Einbeziehung auswirkt. Sie hat lediglich Auswirkungen auf die Gewichtung seiner Interessen. Auch das im Rahmen der Interessenabwägung der §§ 19, 20 GWB zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt weiterhin zur Anwendung.

## **§ 9 Zusammenfassung**

1. Die Urteile Albany u.a. betreffen das Verhältnis von Kartell- und Tarifvertragsrecht am Beispiel der betrieblichen Altersversorgung.
2. Bei einem Teil der seit der Rentenreform 2001 getroffenen Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung besteht für den Arbeitgeber bei der Durchführung Wahlfreiheit. Andere schränken die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers mehr oder weniger ein, z.B. indem die Zahl der Durchführungswege beschränkt wird, ein konkretes Unternehmen vorgegeben wird oder eine Abweichung von der Vereinbarung nur unter Zustimmung der Sozialpartner möglich sein soll.
3. In Fortsetzung seiner Rechtsprechung stufte der EuGH die in den Urteilen Albany u.a. betroffenen Betriebsrentenfonds als Unternehmen i.S.d. EG-Kartellrechts ein, da sie nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten, die Höhe der Beiträge und Leistungen selbst bestimmen und von der Mitgliedschaft freistellen können.
4. Diese Rechtsprechung stellt allerdings eine Abweichung vom funktionalen Unternehmensbegriff dar, weshalb für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft gefragt werden sollte, ob eine Tätigkeit notwendig von öffentlichen Einrichtungen ausgeführt werden muss oder ob es sich um

die Ausübung typischerweise hoheitlicher Vorrechte handelt. Werden diese Fragen bejaht, so ist die Unternehmenseigenschaft nicht gegeben. Des weiteren sollte es darauf ankommen, ob die Einrichtung mit anderen Unternehmen in der Weise in Wettbewerb tritt, dass sie eine Tätigkeit ausübt, die grundsätzlich auch von diesen Unternehmen ausgeübt wird oder ausgeübt werden könnte. Ist das der Fall, ist von der Unternehmenseigenschaft auszugehen. Sonstige Merkmale der Einrichtungen sollten nur im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG berücksichtigt werden.

5. Nach den Kriterien des EuGH sind Banken, Versicherungen und Finanzdienstleister sowie tarifvertragliche Zusatzversorgungssysteme im Rahmen der freiwilligen betrieblichen Altersversorgung Unternehmen, da weder Beitrags- noch Leistungshöhe gesetzlich festgelegt sind, sie nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten und die Inanspruchnahme freiwillig ist. Demgegenüber sind die tarifvertraglichen Zusatzrentensysteme bei der obligatorischen betrieblichen Altersversorgung nicht als Unternehmen anzusehen, da es an diesen Merkmalen fehlt. Nach hier vertretener Ansicht sowie nach deutscher Rechtsprechung, die allein vom funktionalen Unternehmensbegriff ausgeht, sind auch die obligatorischen Zusatzrentensysteme als Unternehmen anzusehen.
6. In den Urteilen Albany u.a. nahm der EuGH zum ersten Mal zum Verhältnis von nationalen Tarifverträgen zum EG-Kartellrecht Stellung. Danach gibt es keinen Ausnahmereich Arbeitsmarkt. Der Gerichtshof entwickelt vielmehr eine funktionale Ausnahme für Kollektivvereinbarungen vom EG-Kartellrecht. Danach fallen im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf sozialpolitische Ziele zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen geschlossene Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstandes nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG.
7. Nach dem Gerichtshof ergibt sich dies aus einer Gesamtschau der EG-Kartell- sowie der EG-Sozialvorschriften. Dabei wird deutlich, dass der Gerichtshof grundsätzlich davon ausgeht, dass Kollektivvereinbarungen zwischen Sozialpartnern tatbestandsmäßig unter die EG-Kartellvorschriften fallen.

8. Die Ausnahme im Rahmen der Anwendbarkeitsprüfung ist erforderlich, da auf Tatbestandsebene eine ausreichende Berücksichtigung sozialpolitischer Belange nicht möglich ist. Allerdings muss zur Begründung für die Ausnahme auch auf Vorschriften außerhalb des EG-Vertrags zurückgegriffen werden (Art. 6 Europäische Sozialcharta, Ziff. 12 Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte). Des Weiteren ist der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz heranzuziehen, nach dem in allen Mitgliedsstaaten Kollektivverhandlungen und –vereinbarungen anerkannt sind.
9. Die Ausnahme enthält zwei Bedingungen, die kumulativ vorliegen müssen: Art und Gegenstand. Das Kriterium „Art“ liegt vor, wenn es sich um Kollektivvereinbarungen handelt, die aufgrund von Kollektivverhandlungen zwischen Sozialpartnern zustande kommen. Allerdings sind Kollektivverhandlungen zwischen den Sozialpartnern sowie der Abschluss von Kollektivvereinbarungen keine Voraussetzung für die Nichtanwendbarkeit der Artt. 81 ff EG. Voraussetzung ist vielmehr der unmittelbare Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, weshalb auch einseitig abgesprochenes Arbeitgeberverhalten unter die Ausnahme fallen kann, soweit diese Voraussetzungen vorliegen. Eine Normativwirkung ist dabei keine Voraussetzung. Vereinbarungen zwischen Selbstständigen und deren Standesvertretung fallen nicht unter die Ausnahme.
10. Das Kriterium „Gegenstand“ hat eine objektive und eine subjektive Seite. Die Vereinbarungen müssen sozialpolitische Ziele mit unmittelbarem Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betreffen (objektive Seite). Arbeitsbedingungen sind die Bedingungen, die sich auf das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im engeren Sinne beziehen, also auf alle Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Beschäftigungsbedingungen betreffen all diejenigen Bedingungen, die den Zugang zur Beschäftigung selbst, deren Beendigung und alle Umstände betreffen, die zwar einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben, aber nicht direkt die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag betreffen. Des Weiteren

muss eine auf die Regelung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gerichtete Zielsetzung der Sozialpartner gefordert werden (subjektive Seite).

11. Auch wenn der Gerichtshof davon ausgeht, dass lediglich die Verbesserung dieser Bedingungen unter die Ausnahme fällt, ist zu fordern, dass allgemein die Regelung dieser Bedingungen für die Ausnahme genügt.
12. Die vom EuGH entwickelte Ausnahme darf nicht weiter eingeschränkt werden, da ansonsten der Spielraum der Sozialpartner zu sehr eingeeengt würde. Außerdem widerspräche dies der Stellung der Sozialvorschriften, die diese seit dem Amsterdamer Vertrag erlangt haben. Um aber dem allumfassenden Geltungsanspruch der EG-Wettbewerbsvorschriften gerecht zu werden, sollte die vom EuGH entwickelte Ausnahme eng ausgelegt werden. Des weiteren hilft auch die Qualifizierung der Betriebsrentenfonds als Unternehmen.
13. Europäische wie auch deutsche Tarifverträge fallen ohne weiteres unter die Ausnahme. Bei Firmentarifverträgen ist auch der einzelne Arbeitgeber als Sozialpartner anzusehen. Auch Betriebsvereinbarungen und Vereinbarungen über Richtlinien nach dem SprAuG fallen unter die Ausnahme. Sonstigen kollektiv- oder individualrechtliche Vereinbarungen werden von der Ausnahme erfasst, solange ein unmittelbarer Bezug zu Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen besteht.
14. Empfehlungen betreffend ein konkretes Unternehmen verstoßen bei fehlender Unternehmenseigenschaft des Empfehlenden (so z.B. Gewerkschaften) nicht gegen Art. 81 Abs. 1 EG, wenn sie innerhalb von Tarifverträgen erfolgen. Außerhalb von Tarifverträgen ist Art. 81 Abs. 1 EG grundsätzlich gegeben. Im deutschen Recht ist § 22 GWB einschlägig, greift aber nicht ein, da die Hauptvereinbarungen nicht unter das Kartellverbot fallen.
15. Eine Besonderheit besteht bei Tarifverträgen, die aufgrund eines Schlichtungsverfahrens zustandekommen. Hier ist von der Sozialpartnereigenschaft der Beteiligten des Schlichtungsverfahrens dann auszugehen, wenn es sich bei diesen um die jeweiligen Arbeitgeber oder Betriebsratsmitglieder oder um Vertreter der jeweiligen Arbeitgeberver-

bände oder Gewerkschaften handelt. Des weiteren muss das Schlichtungsverfahren durch eine Einigung der Beteiligten beendet werden. Kommen Betriebsvereinbarungen aufgrund eines Einigungsstellensverfahrens zustande, gilt das zum Tarifvertrag Ausgeführte entsprechend.

16. Die vom EuGH entwickelten Kriterien zur Ausnahme von Kollektivvereinbarungen vom Kartellrecht können nicht auf das deutsche Recht übertragen werden.
17. Bei der kartellrechtlichen Überprüfung von Kollektivvereinbarungen ist zu berücksichtigen, dass nie die Kollektivvereinbarung selbst Prüfungsgegenstand ist, sondern immer eine Absprache zwischen Unternehmen, so z.B. der Zustimmungsbeschluss des Arbeitgeberverbandes oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Arbeitgebern unter Zurechnung des Betriebsratsverhaltens.
18. Von den in der Praxis abgeschlossenen Kollektivvereinbarungen fallen die Erteilung einer Versorgungszusage sowie die Beschränkung der Durchführungswege unter die Ausnahme. Bei der Schaffung einer Gemeinsamen Einrichtung sowie beim Antrag auf AVE fehlt es an einer Wettbewerbsbeschränkung. Ist die Verpflichtung zur Beitragsleistung notwendig, damit die Gemeinsame Einrichtung überhaupt ihren Zweck erfüllen kann, ist die daraus folgende Wettbewerbsbeschränkung hinzunehmen.
19. Die Bestimmung eines konkreten Unternehmens zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung stellt eine Wettbewerbsbeschränkung dar, die auch spürbar ist. Die Möglichkeit einer Freistellung kann aber zu einem anderen Ergebnis führen. Beschränkt wird der Wettbewerb zwischen den Arbeitgebern sowie der zwischen den Anbietern von Produkten der betrieblichen Altersversorgung. Letzterer Fall wird aber von § 1 GWB nicht erfasst.
20. Als Ausführungsvertrag des gegen Art. 81 Abs. 1 EG/§ 1 GWB verstößenden Zustimmungsbeschlusses des Arbeitgeberverbandes ist auch die Kollektivvereinbarung nichtig.

21. Die Mitgliedsstaaten verstoßen durch die AVE eines Tarifvertrags nicht gegen Artt. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG, wenn Art. 81 Abs. 1 EG nicht anwendbar bzw. nicht verletzt ist. Anders ist es, wenn Regelungen in Tarifverträgen gem. Art. 81 Abs. 1 EG unzulässig sind. In diesem Fall wird die Auswirkung der Kartellabsprache durch die AVE verstärkt. Da die Schutzfunktion der EG-Sozialvorschriften zugunsten der Arbeitsbedingungen der Nichtorganisierten noch nicht so stark ausgeprägt ist, verstößt die öffentliche Hand durch die AVE gegen Artt. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit. g, 81 Abs. 1 EG. Ein Verstoß gegen § 1 GWB aufgrund der AVE eines Tarifvertrags kommt nicht in Betracht, auch wenn durch die AVE die Kartellwirkung des Tarifvertrags zwangsweise verstärkt wird. Grund dafür ist die Schutzfunktion der AVE zugunsten der Nichtorganisierten. .
22. Die Betriebsrentenfonds in den Urteilen Albany u.a. wurden vom EuGH als marktbeherrschende Unternehmen i.S.v. Art. 82 EG angesehen. Hierbei hätte allerdings der relevante Markt näher bestimmt werden müssen, da es sich bei dem ausschließlichen Recht nicht um ein Monopol handelte. Der sachlich relevante Markt im Rahmen der Missbrauchskontrolle gem. Art. 82 EG erstreckt sich auf die einzelnen Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung, nicht aber auch auf einzelne Branchen der Arbeitgeber. Im Rahmen der Urteile Albany u.a. ist sachlich relevanter Markt die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung in Form von Betriebsrentenfonds.
23. Unternehmen, die Produkte der betrieblichen Altersversorgung anbieten, sind dann marktbeherrschend, wenn ihr Marktanteil auf dem sachlich relevanten Markt 75% beträgt. Ansonsten kommt es auf die Würdigung der Gesamtumstände an. Dabei kann die AVE eines Verbandstarifvertrags, der ein bestimmtes Unternehmen zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung auswählt, zu einer marktbeherrschenden Stellung dieses Unternehmens führen. Nach derzeitigen Stand ist das aber nicht der Fall.
24. Gewerkschaften sind keine marktbeherrschenden Unternehmen. Nachfrager bei der betrieblichen Altersversorgung sind die Arbeitnehmer;

Gewerkschaften kollektivieren nur deren Nachfrageverhalten. Mit den Anbietern von Produkten der betrieblichen Altersversorgung stehen Gewerkschaften nicht in Wettbewerb.

25. Allein das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung stellt keinen Missbrauch dar. Im Rahmen des Missbrauchs ist aber an Diskriminierungen in der Form zu denken, dass Arbeitgebern ohne sachlich gerechtfertigten Grund für dasselbe Produkt unterschiedliche Bedingungen angeboten werden. Des weiteren kann an Koppelungsgeschäfte gedacht werden. Bei der Prüfung, ob tatsächlich ein Missbrauch i.S.v. Art. 82 Abs. 1 EG vorliegt, muss aber eine Interessenabwägung stattfinden, bei der Allgemeinwohlbelange aber nicht zu berücksichtigen sind. Im deutschen Recht ist an eine Missbrauchskontrolle gem. §§ 16, 19, 20 GWB und an das Boykotverbot gem. § 21 GWB zu denken.
26. In den Urteilen Albany u.a. wurde die Übertragung ausschließlicher gem. Art. 86 Abs. 1 EG Rechte auf die Betriebsrentenfonds bejaht. Eine Übertragung ausschließlicher oder besonderer Rechte durch die AVE eines Tarifvertrags kommt aber nicht in Betracht. Ausschließliche Rechte werden nicht übertragen, da i.d.R. kein Monopol entsteht; durch die AVE werden auch weder kommerziellen Anbietern von Produkten der betrieblichen Altersversorgung noch Gemeinsamen Einrichtungen besondere Rechte übertragen. Im übrigen entsteht keine besondere Nähebeziehung zum Staat.
27. Ein Missbrauch durch den Mitgliedsstaat nach Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EG liegt nicht vor, wenn er einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt bzw. eine Pflichtmitgliedschaft anordnet und aufgrund dessen eine beherrschende Stellung entsteht. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die AVE dazu führt, dass das Unternehmen zwangsläufig oder tatsächlich gegen Art. 82 EG verstößt. Da durch die AVE eines Tarifvertrags i.d.R. keine ausschließlichen Rechte übertragen werden, scheidet auch hier ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 Abs. 1 EG aus. Im GWB existiert keine Vorschrift wie Art. 86 Abs. 1 EG für Unternehmen mit ausschließlichen Rechten. Da es sich bei der AVE eines

Tarifvertrags um eine hoheitliche Tätigkeit handelt, liegt darin kein Kartellrechtsverstoß.

28. Art. 86 Abs. 2 EG hat durch Art. 16 EG keine größere Bedeutung erlangt. Zwar sind Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse besonders zu berücksichtigen. Allerdings gilt das unbeschadet des Art. 86 Abs. 2 EG. Des weiteren ist die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Art. 86 Abs. 2 EG ist auch auf die Mitgliedsstaaten selbst anwendbar.
29. Der Gerichtshof bejahte in den Urteilen Albany u.a. das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 2 EG. Dieser Beurteilung kann aufgrund des Sachverhalts in den Urteilen Albany u.a. nicht voll zugestimmt werden. Denn nach den klägerischen Vorträgen hätte genauer überprüft werden müssen, ob wirklich eine Aufgabenverhinderung i.d.S. vorlag. Die nachträgliche Anordnung der Pflichtmitgliedschaft ist mangels genauer Informationen als Betrauung i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG anzusehen. Das allgemeine wirtschaftliche Interesse ist zu bejahen, da aufgrund der vorliegenden zusätzlichen Solidaritätskomponenten ein besonderer Schutz der Arbeitnehmer besteht.
30. Bei den Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung nach deutschem Recht muss ein allgemeines wirtschaftliches Interesse bei den obligatorischen tarifvertraglichen Zusatzversorgungssystemen bejaht werden. Auch hier liegt in der AVE eines Tarifvertrags eine Betrauung i.S.v. Art. 86 Abs. 2 EG. Ob eine Aufgabenverhinderung vorliegt, ist wieder eine Entscheidung des Einzelfalles. Allerdings muss auf eine mögliche tatsächliche Verhinderung abgestellt werden, da bei Anwendung von Art. 82 EG auf die AVE schon die Betrauung als solche verboten wäre.
31. Im deutschen Recht existiert keine Art. 86 Abs. 2 EG entsprechende Vorschrift. Allerdings ist bei § 20 und bei § 19 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GWB eine Interessenabwägung durchzuführen, bei der die Interessen der Beteiligten, nicht aber der Allgemeinheit oder der Verbraucher zu berücksichtigen sind. Letztere finden aber insoweit Berücksichtigung, als sie sich auf die Gewichtung der abzuwägenden Interessen auswirken.

32. Ziel der Abwägung ist die Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit. Dabei gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Wettbewerbsfremde Ziele sind bei der Interessenabwägung dann zu berücksichtigen, wenn sie sich aus gegenüber dem GWB höherrangigem Recht herleiten. Ansonsten muss immer ein Wettbewerbsbezug gegeben sein. Im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung können sozialpolitische Belange im Hinblick auf die Gewichtung der Interessen über Art. 86 Abs. 2 EG relevant werden. Allerdings führt das nicht zu einem automatischen Vorrang dieser Interessen. Eine Abwägung findet nach wie vor statt.

**Literaturverzeichnis**

- Ackermann, Thomas** mit Roth, Wulf-Henning  
in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band VI  
44. Ergänzungslieferung  
Stand: November 1999  
(zitiert: Roth/Ackermann in FK)
- ders. Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason  
FIW-Schriftenreihe, Heft 172  
1997  
(zitiert: Ackermann)
- Ahrend, Peter** in: Ahrend, Peter; Förster, Wolfgang; Rühmann, Jochen  
und Schumann, Hans-Heinrich  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen  
Altersversorgung  
9. Auflage 2003  
(zitiert: Ahrend/Förster/Rühmann)
- Anzinger, Rudolf** mit Koberski, Wolfgang  
Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends  
und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche,  
kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen  
NZA 1989, 737 ff
- Asmis, Helmut** in: Asmis, Helmut; Falk, Herbert und Neumann, Barbara  
Betriebliche Altersversorgung  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Asmis/Falk/Neumann)
- Autenrieth, Karlheinz** in: Müller-Henneberg, Hans und Schwartz, Gustav  
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und  
Europäisches Kartellrecht  
4. Auflage, 10. Lieferung 1985  
(zitiert: Autenrieth in GK)
- Bach, Albrecht** Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche  
Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht  
1992  
(zitiert: Bach)
- Baumbach, Adolf** in: Baumbach, Adolf und Hefermehl, Wolfgang  
Wettbewerbsrecht  
22. Auflage, 2001  
(zitiert: Baumbach/Hefermehl)
- Baums, Theodor** mit Huber, Ulrich  
in: Glassen, Helmut

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band III  
 30. u. 43. Ergänzungslieferung  
 Stand: Januar 1993 u. Mai 1999  
 (zitiert: Huber/Baums in FK)

**Baur, Jürgen F.**

Das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerb“  
 ZHR Band 134 (1971), 97 ff

ders.

mit Weyer, Hartmut  
 in: Glassen, Helmut  
 Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band IV  
 33. Ergänzungslieferung  
 Stand: April 1994  
 (zitiert: Baur/Weyer in FK)

**Bechtold, Rainer**

GWB – Kartellgesetz, Gesetz gegen  
 Wettbewerbsbeschränkungen  
 3. Auflage 2002  
 (zitiert: Bechtold)

ders.

Zur Anwendung des Kartellverbots auf  
 wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge  
 RdA 1983, 99 ff

**Bellamy, Christopher**

in: Bellamy, Christopher und Child, Graham D.  
 Common Market Law Of Competition  
 Forth Edition, 1993  
 (zitiert: Bellamy/Child)

**Berg, Werner**

Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des  
 EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit  
 EuZW 2000, 170 ff

**Beuthien, Volker**

Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen  
 ZfA 1984, 1 ff

**Bieback, Karl-Jürgen**

Die Kranken- und Pflegeversicherung im  
 Wettbewerbsrecht der EG  
 EWS 1999, 361 ff

**Biedenkopf, Kurt H.**

Grenzen der Tarifautonomie  
 1964  
 (zitiert: Biedenkopf)

**Birk, Rolf**

in: Richardi, Reinhard und Wlotzke, Otfried  
 Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht – Band 1  
 Individualarbeitsrecht  
 2. Auflage 2000  
 (zitiert: Birk in Münchener Handbuch)

**Bittner, Claudia**

Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht

- 2000  
(zitiert: Bittner)
- Blanke, Thomas** Anmerkungen zu den Urteilen in den Rs. Albany International BV ./ Stichting Pensioenfonds Textielindustrie  
AuR 2000, 26 ff
- Blanpain, Roger** in: Blanpain, Roger; Schmidt, Marlene und Schweibert, Ulrike  
Europäisches Arbeitsrecht  
2. Auflage 1996  
(zitiert: Blanpain/Schmidt/Schweibert)
- Blomeyer, Wolfgang** in: Blomeyer, Wolfgang und Otto, Klaus  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung  
3. Auflage 2004  
(zitiert: Blomeyer/Otto)
- ders. Neue arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Betriebsrente  
BetrAV 2001, 430 ff
- Bode, Christoph** in: Bode, Christoph; Grabner, Edwin; Saunders, Brigitte und Stein, Markus  
Pensionsfonds und Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung  
2002  
(zitiert: Bode/Grabner/Saunders/Stein)
- ders. mit Grabner, Edwin und Stein, Markus  
Brutto-Entgeltumwandlung vs. „Riester-Förderung“  
BetrAV 2001, 600 ff
- Böhm, Franz** Kartelle und Koalitionsfreiheit  
1933  
(zitiert: Böhm)
- von Bogdandy, Armin** in: Grabitz, Eberhard und Hilf, Meinhard  
Das Recht der Europäischen Union – Band I  
Mai 2001  
(zitiert: v. Bogdandy in Grabitz/Hilf)
- Borchardt, Klaus-Dieter** in: Lenz, Carl Otto  
EG-Vertrag  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Borchardt in Lenz)
- Burchard, Friedrich von** in: Schwarze, Jürgen  
EU-Kommentar

1. Auflage 2000  
(zitiert: von Burchard in Schwarze)
- Brinker, Ingo** in: Schwarze, Jürgen  
EU-Kommentar  
1. Auflage 2000  
(zitiert: Brinker in Schwarze)
- Büdenbender, Ulrich** Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen Albany  
International BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds  
Textielindustrie  
ZIP 2000, 34, 44 ff
- Bunte, Hermann-Josef** in: Langen, Eugen und Bunte, Hermann-Josef  
Kommentar zum deutschen und europäischen  
Kartellrecht  
9. Auflage 2001  
(zitiert: Bunte in Langen/Bunte)
- ders. Kartellrecht mit neuem Vergaberecht  
2003  
(zitiert: Bunte)
- Burkert, Thomas O. J.** in: Gleiss, Alfred und Hirsch, Martin  
Kommentar zum EG-Kartellrecht – Band 1  
4. Auflage 1993  
(zitiert: Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch)
- Child, Graham D.** in: Bellamy, Christopher und Child, Graham D.  
Common Market Law Of Competition  
Forth Edition, 1993  
(zitiert: Bellamy/Child)
- Coen, Martin** in: Lenz, Carl Otto  
EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung  
der Europäischen Gemeinschaften  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Coen in Lenz)
- Däubler, Wolfgang** Tarifvertragsrecht  
Handbuch  
3. Auflage 1993  
(zitiert: Däubler)
- ders. in: Das Grundrecht auf Mitbestimmung  
1973  
(zitiert: Däubler, Mitbestimmung)
- ders. Europäische Tarifverträge nach Maastricht  
EuZW 1992, 329 ff

- Depenheuer, Otto** in: Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich und Starck, Christian  
Das Bonner Grundgesetz  
Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19  
4. Auflage 1999  
(zitiert: Depenheuer in v. Mangoldt/Klein/Starck)
- Dirksen, Dirk** in: Langen, Eugen und Bunte, Hermann-Josef  
Kommentar zum deutschen und europäischen  
Kartellrecht  
9. Auflage 2001  
(zitiert: Dirksen in Langen/Bunte)
- Dörner, Hans-Jürgen** in: Leinemann, Wolfgang  
Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht – Band 2  
1997  
(zitiert: Dörner in Kasseler Handbuch)
- Ehricke, Ulrich** Der Art. 90 EWGV – eine Neubetrachtung  
EuZW 1993, 211 ff
- ders. Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV  
EuZW 1998, 741 ff
- Eichenhofer, Eberhard** Sozialrecht der Europäischen Union  
2. Aufl. 2003  
(zitiert: Eichenhofer)
- ders. Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen Poucet und Pistre  
NJW 1993, 2598
- Emmerich, Volker** Kartellrecht  
9. Auflage 2001  
(zitiert: Emmerich)
- ders. in: Immenga, Ulrich und Mestmäcker, Ernst-Joachim  
EG-Wettbewerbsrecht – Band I  
1997  
(zitiert: Emmerich in I/M-EG)
- ders. in: Dausen, Manfred A.  
Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts – Band 2  
Stand: März 2002  
(zitiert: Emmerich in Dausen)
- Engels, Gerd** in: Fitting, Karl; Kaiser, Heinrich; Heither, Friedrich;  
Engels, Gerd und Schmidt, Ingrid  
Betriebsverfassungsgesetz  
21. Auflage 2002  
(zitiert: Fitting)

- Etzel, Gerhard** Betriebsverfassungsrecht  
7. Auflage 2001  
(zitiert: Etzel)
- Eucken, Walter** Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung  
Londoner Vorträge zur Wirtschaftspolitik und zwei  
Beiträge zur Antimonopolpolitik  
2001  
(zitiert: Eucken)
- Falk, Herbert** in: Asmis, Helmut; Falk, Herbert und Neumann, Barbara  
Betriebliche Altersversorgung  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Asmis/Falk/Neumann)
- Fennelly, Nial** Schlussanträge des Generalanwalts Nial Fennelly in der  
Rs. Hendrik van der Woude ./ Stichting Beatrixoord  
EuGH, Slg. 2000, I-7113 ff
- Fleischer, Holger** Tarifverträge und Europäisches Wettbewerbsrecht  
DB 2000, 821 ff
- Förster, Wolfgang** in: Ahrend, Peter; Förster, Wolfgang; Rühmann, Jochen  
und Schumann, Hans-Heinrich  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen  
Altersversorgung  
9. Auflage 2003  
(zitiert: Ahrend/Förster/Rühmann)
- ders. mit Rühmann, Jochen und Recktenwald, Stefan  
Auswirkungen des Altersvermögensgesetzes auf die  
betriebliche Altersversorgung  
BB 2001, 1406 ff
- Frey, Hans Paul** Tarifpolitik und Entgeltumwandlung  
BetrAV 2001, 425 ff
- Fuchs, Maximilian** in: Fuchs, Maximilian und Marhold, Franz  
Europäisches Arbeitsrecht  
2001  
(zitiert: Fuchs/Marhold)
- Galbraith, John Kenneth** American Capitalism: The concept of countervailing  
power  
2. printing 1997  
(zitiert: Galbraith)
- von Gamm, Otto-Friedrich  
Freiherr** Kartellrecht  
2. Auflage  
Stand: 01.April 1990

(zitiert: von Gamm)

- Gamillscheg, Franz** Kollektives Arbeitsrecht – Band I  
1997  
(zitiert: Gamillscheg)
- Geiger, Rudolf** EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und  
Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft  
3. Auflage 2000  
(zitiert: Geiger)
- Gerken, Lüder** mit Löwisch, Manfred und Rieble, Volker  
Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in  
ökonomischer und rechtlicher Sicht  
BB 1995, 2370
- Giesen, Richard** Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag – Eine  
Untersuchung am Beispiel der gesetzlichen  
Unfallversicherung in der Bundesrepublik Deutschland  
1. Auflage 1995  
(zitiert: Giesen)
- Gohdes, Alfred** mit Haferstock, Bernd und Schmidt, Rainer  
Pensionsfonds nach dem AVmG aus heutiger Sicht  
BetrAV 2001, 496 ff
- Grabner, Erwin** in Bode, Christoph; Saunders, Brigitte und Stein, Mar-  
kus  
Pensionsfonds und Entgeltumwandlung in der  
betrieblichen Altersversorgung  
2002  
(zitiert: Bode/Grabner/Saunders/Stein)
- ders. mit Bode, Christoph und Stein, Markus  
Brutto-Entgeltumwandlung vs. „Riester-Förderung“  
BetrAV 2001, 600 ff
- Grancharova, Gergana** EC Competition Law and Supplementary Pension  
Schemes  
ELR 2000, 337 ff
- Griebeling, Gert** mit Griebeling, Stefan  
Betriebliche Altersversorgung  
2. Auflage 2003  
(zitiert: Griebeling/Griebeling)
- Griebeling, Stefan** mit Griebeling, Gert  
Betriebliche Altersversorgung  
2. Auflage 2003  
(zitiert: Griebeling/Griebeling)

- Grill, Gerhard** in: Lenz, Carl Otto  
EG-Vertrag  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Grill in Lenz)
- Gyselen, Luc** Besprechung der Urteile des EuGH in Sachen Albany International BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Brentjens' Handelsonderneming BV ./ Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialien u. BV Maatschappij Drijvende Bokken ./ Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven  
CMLR 2000, 425 ff
- Haferstock, Bernd** mit Gohdes, Alfred und Schmidt, Rainer  
Pensionsfonds nach dem AVmG aus heutiger Sicht  
BetrAV 2001, 496 ff
- Hatje, Armin** in: Schwarze, Jürgen  
EU-Kommentar  
1. Auflage 2000  
(zitiert: Hatje in Schwarze)
- Haverkate, Görg** mit Weiss, Manfred; Huster, Stefan und Schmidt, Marlene  
Casebook zum Arbeits- und Sozialrecht der EU  
1. Auflage 1999  
(zitiert: Haverkate in Haverkate/Weiss/Huster/Schmidt)
- ders. mit Huster, Stefan  
Europäisches Sozialrecht  
1. Auflage 1999  
(zitiert: Haverkate/Huster)
- Hefermehl, Wolfgang** in: Baumbach, Adolf und Hefermehl, Wolfgang  
Wettbewerbsrecht  
22. Auflage, 2001  
(zitiert: Baumbach/Hefermehl)
- Heinemann, Andreas** Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag  
1996  
(zitiert: Heinemann)
- Heither, Friedrich** in: Fitting, Karl; Kaiser, Heinrich; Heither, Friedrich; Engels, Gerd und Schmidt, Ingrid  
Betriebsverfassungsgesetz  
21. Auflage 2002  
(zitiert: Fitting)
- Hendriks, Birger** Arbeitsrechtliche Vereinbarungen und Kartellrecht  
1976

(zitiert: Hendriks)

- Hensche, Detlef** in: Däubler, Wolfgang  
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz  
1. Auflage 2003  
(zitiert: Hensche in Däubler, TVG)
- Hesse, Konrad** Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland  
20. Auflage, 1995; Neudruck 1999  
(zitiert: Hesse)
- Hirsch, Martin** in: Gleiss, Alfred und Hirsch, Martin  
Kommentar zum EG-Kartellrecht – Band 1  
4. Auflage 1993  
(zitiert: Hirsch/Burkert in Gleiss/Hirsch)
- Hochbaum, Ingfried F.** in: von der Groeben, Hans; Thiesing, Jochen und  
Ehlermann, Claus-Dieter  
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Band 2/II  
5. Auflage 1999  
(zitiert: Hochbaum in G/T/E)
- Höfer, Reinhold** in: Höfer, Reinhold; Reiners, Stephan und Wüst, Herbert  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen  
Altersversorgung  
Band I: Arbeitsrechtlicher Teil  
3. Auflage  
Stand: 30.09.1995  
(zitiert: Höfer)
- ders. Die Neuregelung des Betriebsrentenrechts durch das  
Altersvermögensgesetz (AVmG)  
BetrAV 2001, 314 ff
- Höfling, Wolfram** in: Sachs, Michael  
Grundgesetz  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Höfling in Sachs)
- Hönn, Günther** mit Kraft, Alfons  
Streikhilfeabkommen im Schnittpunkt von Kartell- und  
Arbeitsrecht – Zur rechtlichen Beurteilung des  
Vertragswerks „Hilfeleistung im Arbeitskampf“ im  
Bereich der chemischen Industrie  
ZHR 141 (1977), 230 ff
- Hootz, Christian** in: Müller-Henneberg, Hans und Schwartz, Gustav  
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und  
Europäisches Kartellrecht  
5. Auflage, 1. Lieferung 1999

(zitiert: Hootz in GK)

- Hoyningen-Huene**, Gerrick von Betriebsverfassungsrecht  
5. Auflage 2002  
(zitiert: von Hoyningen-Huene)
- Hromadka**, Wolfgang in: Hromadka, Wolfgang und Maschmann, Frank  
Arbeitsrecht Band 2  
Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten  
2. Auflage 2001  
(zitiert: Hromadka/Maschmann)
- Huber**, Ulrich mit Baums, Theodor  
in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band III  
30. u. 43. Ergänzungslieferung  
Stand: Januar 1993 u. Mai 1999  
(zitiert: Huber/Baums in FK)
- Hundt**, Dieter Tarifliche Handlungsoptionen für die betriebliche  
Altersversorgung nach dem AVmG  
BetrAV 2001, 295 f
- Huster**, Stefan mit Haverkate, Görg  
Europäisches Sozialrecht  
1. Auflage 1999  
(zitiert: Haverkate/Huster)
- Igl**, Gerhard mit Schulin, Bertram  
Sozialrecht  
7. Aufl. 2002  
(zitiert: Schulin/Igl)
- Immenga**, Frank A. mit Lange, Knut Werner  
Entwicklungen des europäischen Kartellrechts im Jahr  
2003  
RIW 2003, 889
- Immenga**, Ulrich Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs  
Arbeitsmarkt – Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher  
Regelung von Ladenschlusszeiten  
1989  
(zitiert: Immenga)
- Jacobs**, Francis G. Schlussanträge des Generalanwalts Francis G. Jacobs in  
den Rs. Albany International BV ./ Stichting  
Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Brentjens’  
Handelonderneming BV ./ Stichting  
Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in  
Bouwmaterialien u. BV Maatschappij Drijvende Bokken  
./ Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en

- Havenbedrijven  
EuGH, Slg. 1999, I-5754 ff
- ders.                    Schlussanträge des Generalanwalts Francis G. Jacobs in  
den verb. Rs. Pavel Pavlov u.a. ./ Stichting  
Pensioenfonds Medische Specialisten  
EuGH, Slg. 2000, I-6456
- Jäger, Christian**                    Die Anwendbarkeit des GWB auf die Verbandsarbeit  
der Deutschen Arbeitgeberverbände  
1. Auflage 1998  
(zitiert: Jäger)
- Jarass, Hans D.**                    in : Jarass, Hans D. und Pieroth, Bodo  
GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
6. Auflage 2002  
(zitiert: Jarass/Pieroth)
- Jung, Christian**                    in: Calliess, Christian und Ruffert, Matthias  
Kommentar des Vertrages über die Europäische Union  
und des Vertrages zur Gründung der Europäischen  
Gemeinschaft – EUV/EGV  
2. Auflage 2002  
(zitiert: Jung in Calliess/Ruffert)
- Jungbluth, Armin**                    in: Langen, Eugen und Bunte, Hermann-Josef  
Kommentar zum deutschen und europäischen  
Kartellrecht  
9. Auflage 2001  
(zitiert: Jungbluth in Langen/Bunte)
- Junker, Abbo**                    Der Flächentarifvertrag im Spannungsverhältnis von  
Tarifautonomie und betrieblicher Regelung  
ZfA 1996, 383 ff
- ders.                    mit Wichmann, Julia  
Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß  
gegen Europäisches Recht?  
NZA 1996, 505 ff
- Kaiser, Heinrich**                    in: Fitting, Karl; Kaiser, Heinrich; Heither, Friedrich;  
Engels, Gerd und Schmidt, Ingrid  
Betriebsverfassungsgesetz  
21. Auflage 2002  
(zitiert: Fitting)
- Kapp, Thomas**                    in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band VI  
44. Ergänzungslieferung  
Stand: November 1999  
(zitiert: Kapp in FK)

- Kempen, Otto Ernst** in: Kempen, Otto Ernst und Zachert, Ulrich  
Tarifvertragsgesetz  
3. Auflage 1997  
(zitiert: Kempen/Zachert)
- Kemper, Kurt** in: Kemper, Kurt und Kisters-Kölkes, Margret  
Arbeitsrechtliche Grundzüge der betrieblichen  
Altersversorgung  
2001  
(zitiert: Kemper/Kisters-Kölkes)
- Kemper, Michael** in: Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich und  
Starck, Christian  
Das Bonner Grundgesetz  
Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19  
4. Auflage 1999  
(zitiert: Kemper in v. Mangoldt/Klein/Starck)
- Kisters-Kölkes, Margret** in: Kemper, Kurt und Kisters-Kölkes, Margret  
Arbeitsrechtliche Grundzüge der betrieblichen  
Altersversorgung  
2001  
(zitiert: Kemper/Kisters-Kölkes)
- Klein, Hans-Georg** mit Wunsch, Ursula  
Betriebliche Altersversorgung im Wandel  
BetrAV 2001, 118 ff
- Klein, Ralf** Änderungen im Betriebsrentengesetz (BetrAVG)  
BetrAV 2001, 701 ff
- Koberski, Wolfgang** mit Anzinger, Rudolf  
Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends  
und seine Auswirkungen auf individualarbeitsrechtliche,  
kollektivrechtliche und kartellrechtliche Fragen  
NZA 1989, 737 ff
- Körtgen, André** – Der Tarifvertrag im Recht der Europäischen  
Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der  
Frage betreffend – Die Zulässigkeit Europäischer  
Tarifverträge –  
1998  
(zitiert: Körtgen)
- Kraft, Alfons** mit Hönn, Günther  
Streikhilfeabkommen im Schnittpunkt von Kartell- und  
Arbeitsrecht – Zur rechtlichen Beurteilung des  
Vertragswerks „Hilfeleistung im Arbeitskampf“ im  
Bereich der chemischen Industrie  
ZHR 141 (1977), 230 ff

- Krebber, Sebastian** in: Calliess, Christian und Ruffert, Matthias  
Kommentar des Vertrages über die Europäische Union  
und des Vertrages zur Gründung der Europäischen  
Gemeinschaft – EUV/EGV  
2. Auflage 2002  
(zitiert: Krebber in Calliess/Ruffert)
- Krimphove, Dieter** Europäisches Arbeitsrecht  
2. Auflage 2001  
(zitiert: Krimphove)
- Kronenberger, Vincent** EC Competition Law and Collective Labour  
Agreements  
ELR 2000, 341 f
- Küpper, Stefan** Tarifvertragliche Vereinbarungen zur Altersvorsorge auf  
Basis des AVmG  
RdA 2002, 379 ff
- Kulka, Michael** Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Tarifverträgen  
über das Ende der täglichen Arbeitszeit im Einzelhandel  
RdA 1988, 336 ff
- ders. Kollektives Arbeitsrecht und Kartellrecht  
WuW 1987, 5 ff
- Lakies, Thomas** in: Däubler, Wolfgang  
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz  
1. Auflage 2003  
(zitiert: Lakies in Däubler, TVG)
- Lange, Knut Werner** Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht  
2001  
(zitiert: Lange)
- ders. mit Immenga, Frank A.  
Entwicklungen des europäischen Kartellrechts im Jahr  
2003  
RIW 2003, 889
- ders. Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches  
Wirtschaftshandeln in Europa  
WuW 2002, 953 ff
- Langenfeld, Christine** in: Grabitz, Eberhard und Hilf, Meinhard  
Das Recht der Europäischen Union – Band II  
19. Ergänzungslieferung  
Stand: Februar 2002  
(zitiert: Langenfeld in Grabitz/Hilf)

- Langohr-Plato, Uwe**                      Rechtshandbuch Betriebliche Altersversorgung  
1998  
(zitiert: Langohr-Plato)
- Léger, Philippe**                        Schlussanträge des Generalanwalts Philippe Léger in der  
Rs. J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse  
Belastingadviseurs BV ./ Algemene Raad van de  
Nederlandse Orde van Advocaten  
EuGH, Slg. 2002, I-1582 ff
- Lenz, Carl Otto**                        in: Lenz, Carl Otto  
EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung  
der Europäischen Gemeinschaften  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Lenz in Lenz)
- ders.                                        Schlussanträge des Generalanwalts Carl Otto Lenz in  
der Rs. Union royale belge des sociétés de football  
association ASBL u.a. ./ Jean-Marc Bosman  
EuGH, Slg. 1995, I-4930 ff
- Löwisch, Manfred**                    in: Löwisch, Manfred und Rieble, Volker  
Tarifvertragsgesetz  
1992  
(zitiert:Löwisch/Rieble)
- ders.                                        mit Rieble, Volker  
in: Richardi, Reinhard und Wlotzke, Otfried  
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht – Band 3  
Kollektives Arbeitsrecht  
2. Auflage 2000  
(zitiert: Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch)
- ders.                                        Arbeitsrecht  
6. Auflage 2002  
(zitiert: Löwisch)
- ders.                                        Kommentar zum Sprecherausschussgesetz  
2. Auflage 1994  
(zitiert: Löwisch, SprAuG)
- ders.                                        Günstigkeitsprinzip als Kartellverbot  
in: Löwisch, Manfred; Schmidt-Leithoff Christian und  
Schmiedel, Burkhard  
Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift  
für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag  
1991  
(zitiert: Löwisch in FS Rittner)
- ders.                                        mit Gerken, Lüder und Rieble, Volker  
Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in

ökonomischer und rechtlicher Sicht  
BB 1995, 2370

- Loritz, Karl-Georg** in: Zöllner, Wolfgang und Loritz, Karl-Georg  
Arbeitsrecht  
5. Auflage 1998  
(zitiert: Zöllner/Loritz)
- Lübbert, Hans-Dieter** in: Wiedemann, Gerhard  
Handbuch des Kartellrechts  
1999  
(zitiert: Lübbert in Wiedemann)
- Lux, Michael** in: Lenz, Carl Otto  
EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung  
der Europäischen Gemeinschaften  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Lux in Lenz)
- Marhold, Franz** in: Fuchs, Maximilian und Marhold, Franz  
Europäisches Arbeitsrecht  
2001  
(zitiert: Fuchs/Marhold)
- Markert, Kurt** in: Immenga, Ulrich und Mestmäcker, Ernst-Joachim  
GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
3. Auflage 2001  
(zitiert: Markert in I/M)
- Maschmann, Frank** in: Hromadka, Wolfgang und Maschmann, Frank  
Arbeitsrecht Band 2  
Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten  
2. Auflage 2001  
(zitiert: Hromadka/Maschmann)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim** in: Immenga, Ulrich und Mestmäcker, Ernst-Joachim  
EG-Wettbewerbsrecht – Band II  
1997  
(zitiert: Mestmäcker in I/M-EG)
- ders. Staat und Unternehmen im europäischen  
Gemeinschaftsrecht – Zur Bedeutung von Art. 90 EWGV  
RabelsZ 52 (1988), 526
- Möschel, Wernhard** Recht der Wettbewerbsbeschränkungen  
1983  
(zitiert: Möschel)
- ders. Europäisches Kartellrecht in liberalisierten  
Wirtschaftssektoren  
WuW 1999, 832 ff

- Nacken, Gert** Tarifverträge über das Ende der Arbeitszeit und § 1  
GWB  
WuW 1988, 475 ff
- Neumann, Barbara** in: Asmis, Helmut; Falk, Herbert und Neumann, Barbara  
Betriebliche Altersversorgung  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Asmis/Falk/Neumann)
- Oetker, Hartmut** in: Säcker, Franz Jürgen und Oetker, Hartmut  
Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie – erläutert  
anhand aktueller tarifpolitischer Fragen  
1992  
(zitiert: Säcker/Oetker)
- Oppermann, Thomas** Europarecht  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Oppermann)
- Otto, Klaus** in: Blomeyer, Wolfgang und Otto, Klaus  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen  
Altersversorgung  
3. Auflage 2004  
(zitiert: Blomeyer/Otto)
- Penner, Andreas** Monopolschutz für die Unfallversicherung  
NZS 2003, 234
- Pieroth, Bodo** in : Jarass, Hans D. und Pieroth, Bodo  
GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
6. Auflage 2002  
(zitiert: Jarass/Pieroth)
- Poth, Holger** Die Grenzen des Arbeitsrechts aus kartellrechtlicher  
Sicht – Zugleich ein Beitrag zur Restriktion des  
Kartellverbots  
1990  
(zitiert: Poth)
- ders. Kartellrechtliche Grenzen der Regelung betrieblicher  
Nutzungszeiten durch Tarifvertrag  
NZA 1989, 626 ff
- Rademacher, Ulf** Der Europäische Betriebsrat: Die Richtlinie 94/45/EG  
des Rates vom 22.09.1994 und ihre Umsetzung in  
nationales Recht  
1. Auflage 1996  
(zitiert: Rademacher)
- Rebhahn, Robert** in: Schwarze, Jürgen

- EU-Kommentar  
1. Auflage 2000  
(zitiert: Rebhahn in Schwarze)
- Recktenwald, Stefan** mit Förster, Wolfgang und Rühmann, Jochen  
Auswirkungen des Altersvermögensgesetzes auf die betriebliche Altersversorgung  
BB 2001, 1406 ff
- Rehbinder, Eckard** Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen über Geschäftszeiten und Betriebsferien  
BB 1964, 895 ff
- Reichold, Hermann** Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung  
NZA 2003,289 ff
- Rieble, Volker** in: Löwisch, Manfred und Rieble, Volker  
Tarifvertragsgesetz  
1992  
(zitiert: Löwisch/Rieble)
- ders. mit Löwisch, Manfred  
in: Richardi, Reinhard und Wlotzke, Otfried  
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht – Band 3  
Kollektives Arbeitsrecht  
2. Auflage 2000  
(zitiert: Löwisch/Rieble in Münchener Handbuch)
- ders. Arbeitsmarkt und Wettbewerb – Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht  
1996  
(zitiert: Rieble)
- ders. in: Külp, Bernhard und Vanberg, Viktor  
Freiheit und wettbewerbliche Ordnung  
2000  
(zitiert: Rieble, Freiheit)
- ders. Die Entgeltumwandlung  
BetrAV 2001, 584 ff
- ders. mit Gerken, Lüder und Löwisch, Manfred  
Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in ökonomischer und rechtlicher Sicht  
BB 1995, 2370
- Riester, Walter** Der Pensionsfonds – ein modernes Instrument für die betriebliche Altersversorgung  
BetrAV 2001, 617 ff
- Rittner, Fritz** Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische

Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für  
Studium und Praxis  
6. Auflage 1999  
(zitiert: Rittner)

**Rixen, Siegfried**

in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band IV  
48. Ergänzungslieferung  
Stand: Juli 2001  
(zitiert: Rixen in FK)

**Roth, Wulf-Henning**

mit Ackermann, Thomas  
in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band VI  
44. Ergänzungslieferung  
Stand: November 1999  
(zitiert: Roth/Ackermann in FK)

ders.

Tarifverträge aus kartellrechtlicher Sicht  
in: Tarifautonomie und Kartellrecht  
FIW-Schriftenreihe 1990, 7 ff  
(zitiert: Roth, FIW)

**Rühmann, Jochen**

in: Ahrend, Peter; Förster, Wolfgang; Rühmann, Jochen  
und Schumann, Hans-Heinrich  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen  
Altersversorgung  
9. Auflage 2003  
(zitiert: Ahrend/Förster/Rühmann)

ders.

mit Förster, Wolfgang und Recktenwald, Stefan  
Auswirkungen des Altersvermögensgesetzes auf die  
betriebliche Altersversorgung  
BB 2001, 1406 ff

**Rüthers, Bernd**

Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung – Zu  
Mißbrauchsgefahren in der Tarifautonomie und in der  
erweiterten Mitbestimmung  
WuW 1980, 392 ff

**Ruppelt, Hans-Jürgen**

in: Langen, Eugen und Bunte, Hermann-Josef  
Kommentar zum deutschen und europäischen  
Kartellrecht  
9. Auflage 2001  
(zitiert: Ruppelt in Langen/Bunte)

**Säcker, Franz Jürgen**

in: Säcker, Franz Jürgen und Oetker, Hartmut  
Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie – erläutert  
anhand aktueller tarifpolitischer Fragen  
1992  
(zitiert: Säcker/Oetker)

- ders. Streikhilfeabkommen und Kartellrecht  
ZHR 137, 455 ff
- Saunders, Brigitte** in: Bode, Christoph; Grabner, Edwin; Saunders, Brigitte und Stein, Markus  
Pensionsfonds und Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung  
2002  
(zitiert: Bode/Grabner/Saunders/Stein)
- Sauter, Herbert** in: Immenga, Ulrich und Mestmäcker, Ernst-Joachim  
GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
3. Auflage 2001  
(zitiert: Sauter in I/M)
- Schaub, Günter** Arbeitsrechtshandbuch  
10. überarbeitete Auflage 2002  
(zitiert: Schaub)
- Scheuer, Alexander** in: Lenz, Carl Otto  
EG-Vertrag: Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften  
2. Auflage 1999  
(zitiert: Scheuer in Lenz)
- Schiek, Dagmar** Europäisches Arbeitsrecht  
1. Auflage 1997  
(zitiert: Schiek)
- dies. in: Däubler, Wolfgang  
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz  
1. Auflage 2003  
(zitiert: Schiek in Däubler, TVG)
- Schliemann, Harald** Tarifrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Betriebsrenten  
BetrAV 2001, 732 ff
- Schmidt, Ingrid** in: Fitting, Karl; Kaiser, Heinrich; Heither, Friedrich; Engels, Gerd und Schmidt, Ingrid  
Betriebsverfassungsgesetz  
21. Auflage 2002  
(zitiert: Fitting)
- Schmidt, Karsten** Kartellverbot und „sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“  
1978  
(zitiert: Schmidt, Kartellverbot)
- ders. „Altes“ und „neues“ Kartellverbot

AG 1998, 551 ff

- Schmidt, Marlene** Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft  
2002  
(zitiert: Schmidt)
- dies. in: Blanpain, Roger; Schmidt, Marlene und Schweibert,  
Ulrike  
Europäisches Arbeitsrecht  
2. Auflage 1996  
(zitiert: Blanpain/Schmidt/Schweibert)
- Schmidt, Rainer** mit Gohdes, Alfred und Haferstock, Bernd  
Pensionsfonds nach dem AVmG aus heutiger Sicht  
BetrAV 2001, 496 ff
- Schmidt-Eriksen, Christoph** Tarifvertrag und Wettbewerbsschutz  
ArbuR 1991, 137 ff
- Schmude, Jürgen** Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen  
Wettbewerbsbeschränkungen  
1968  
(zitiert: Schmude)
- Schoch, Norbert** Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Bestimmung mit  
dem Kartellgesetz  
BB 1965, 477 f
- Schoden, Michael** Betriebliche Altersversorgung: BetrAVG  
Kommentar für die Praxis mit arbeitsrechtlicher  
Einführung  
1. Aufl. 2000  
(zitiert: Schoden)
- Scholz, Rupert** Tarifautonomie, Arbeitskampf und  
privatwirtschaftlicher Wettbewerb  
in: Löwisch, Manfred; Schmidt-Leithoff Christian und  
Schmiedel, Burkhard  
Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift  
für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag  
1991  
(zitiert: Scholz in FS Rittner)
- Schröter, Helmuth** in: von der Groeben, Hans; Thiesing, Jochen und  
Ehlermann, Claus-Dieter  
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Band 2/I  
5. Auflage 1999  
(zitiert: Schröter in G/T/E)
- Schulin, Bertram** mit Igl, Gerhard  
Sozialrecht

7. Aufl. 2002  
(zitiert: Schulin/Igl)
- Schulte, Bernd** in: von der Groeben, Hans; Thiesing, Jochen; Ehlermann, Claus-Dieter  
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Band 3  
5. Auflage, 1999  
(zitiert: Schulte in G/T/E)
- Schulte, Jens** Aktuelle Tarifverträge zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung  
NZA 2003, 900 ff
- Schultz, Klaus-Peter** in: Langen, Eugen und Bunte, Hermann-Josef  
Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht  
9. Auflage 2001  
(zitiert: Schultz in Langen/Bunte)
- Schumann, Hans-Heinrich** in: Ahrend, Peter; Förster, Wolfgang; Rühmann, Jochen und Schumann, Hans-Heinrich  
Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung  
8. Auflage 2002  
(zitiert: Ahrend/Förster/Rühmann)
- Schwarze, Jürgen Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts  
EuZW 2000, 613 ff
- Schweibert, Ulrike in: Blanpain, Roger; Schmidt, Marlene und Schweibert, Ulrike  
Europäisches Arbeitsrecht  
2. Auflage 1996  
(zitiert: Blanpain/Schmidt/Schweibert)
- Söllner, Alfred** Grundriß des Arbeitsrechts  
12. Auflage 1998  
(zitiert: Söllner)
- ders. Der Flächentarifvertrag – ein Kartell?  
Das Arbeitsrecht der Gegenwart – Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis  
Band 35 (1998), S. 21 ff
- Stein, Markus** in: Bode, Christoph; Grabner, Edwin; Saunders, Brigitte und Stein, Markus  
Pensionsfonds und Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung  
2002

(zitiert: Bode/Grabner/Saunders/Stein)

- ders. mit Grabner, Edwin und Bode, Christoph  
Brutto-Entgeltumwandlung vs. „Riester-Förderung“  
BetrAV 2001, 600 ff
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich** Betriebliche Altersversorgung in Europa  
in: Andresen, Boy-Jürgen; Rößler, Norbert und  
Rühmann, Jochen  
Betriebliche Altersversorgung im 21. Jahrhundert –  
Festschrift für Wolfgang Förster zum 60. Geburtstag  
2001  
(zitiert: Steinmeyer in FS Förster)
- ders. in: Hanau, Peter; Steinmeyer, Heinz-Dietrich; Wank,  
Rolf  
Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts  
2002  
(zitiert: Steinmeyer in Hanau/Steinmeyer/Wank)
- Stiefermann, Klaus** Wachsende tarifpolitische Bedeutung der betrieblichen  
Altersversorgung  
BetrAV 2001, 304 ff
- Stiftung Warentest** FINANZtest Spezial – Riester-Rente  
2002  
(zitiert: FINANZtest Spezial)
- Stockenhuber, Peter** in: Grabitz, Eberhard und Hilf, Meinhard  
Das Recht der Europäischen Union – Band I EUE/EGV  
19. Ergänzungslieferung – Stand Februar 2002  
(zitiert: Stockenhuber in Grabitz/Hilf)
- ders. Europäisches Kartellrecht  
1999  
(zitiert: Stockenhuber, Europäisches Kartellrecht)
- Stockmann, Kurt** in: Wiedemann, Gerhard  
Handbuch des Kartellrechts  
1999  
(zitiert: Stockmann in Wiedemann)
- Streinz, Rudolf** Europarecht  
5. Auflage 2001  
(zitiert: Streinz)
- Stürmer, Klaus** Tarifvertragliche Betriebsrenteneinrichtungen und  
Europäisches Wettbewerbsrecht – Die Entscheidungen  
des EuGH in den Rechtssachen „Albany“, „Brentjens“,  
„Maatschappij Drijvende Bokken“ – Auswirkungen auf  
die deutsche Zusatzversorgung?

ZTR 2000, 293 ff

- Vaubel, Ernst Dirk** Die Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Tarifvertragsklauseln 1968  
(zitiert: Vaubel)
- Wallwitz, Sebastian Graf von** Tarifverträge und die Wettbewerbsordnung des EG-Vertrages – Wettbewerbsbeschränkende Tarifverträge und das Kartellverbot des Artikel 85 EGV 1997  
(zitiert: von Wallwitz)
- Weiß, Wolfgang** in: Calliess, Christian und Ruffert, Matthias  
Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV  
2. Auflage 2002  
(zitiert: Weiß in Calliess/Ruffert)
- Weisser, Johannes** in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band III  
45. Ergänzungslieferung  
Stand: April 2000  
(zitiert: Weisser in FK)
- Wellenhofer-Klein, Marina** Das neue Kartellverbot und seine Abgrenzung zu den Vertikalvereinbarungen  
WuW 1999, 557 ff
- Weyer, Hartmut** in: Glassen, Helmut  
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Band IV  
33. Ergänzungslieferung  
Stand: April 1994  
(zitiert: Weyer in FK)
- Wichmann, Julia** mit Junker, Abbo  
Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht?  
NZA 1996, 505 ff
- Wiedemann, Herbert** in: Wiedemann, Herbert; Oetker, Hartmut; Wank, Rolf  
Tarifvertragsgesetz  
6. Auflage 1999  
(zitiert: Wiedemann in Wiedemann)
- Wilmowsky, Peter von** Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag  
ZHR 155 (1991), 545 ff
- Windbichler, Christine** Grenzen der Mitbestimmung in einer

marktwirtschaftlichen Ordnung  
ZfA 1991, 35 ff

- Winter, Regine** in: Däubler, Wolfgang  
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz  
1. Auflage 2003  
(zitiert: Winter in Däubler, TVG)
- Wish, Richard** Competition Law  
Second Edition, 1989  
(zitiert: Wish)
- Wölker, Ulrich** in: von der Groeben, Hans; Thiesing, Jochen und  
Ehlermann, Claus-Dieter  
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Band 1  
5. Auflage 1997  
(zitiert: Wölker in G/T/E)
- Wolf, Manfred** Anmerkung zum Urteil des BAG v. 28.03.1990 – Az.: 4  
AZR 536/89  
SAE 1991, 187 f
- Wunsch, Ursula** mit Klein, Hans-Georg  
Betriebliche Altersversorgung im Wandel  
BetrAV 2001, 118 ff
- Zachert, Ulrich** in: Kempen/Zachert  
Tarifvertragsgesetz  
Kommentar für die Praxis  
3. Auflage 1997  
(zitiert: Kempen/Zachert)
- Zimmer, Daniel** in: Immenga, Ulrich und Mestmäcker, Ernst-Joachim  
GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  
3. Auflage 2001  
(zitiert: Zimmer in I/M)
- Zöllner, Wolfgang** in: Zöllner/Loritz  
Arbeitsrecht  
5. Auflage 1998  
(zitiert: Zöllner/Loritz)
- Zwanziger, Bertram** in: Däubler, Wolfgang  
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz  
1. Auflage 2003  
(zitiert: Zwanziger in Däubler, TVG)
- Zwickel, Klaus** Die neue betriebliche Altersversorgung – eine  
Gestaltungsaufgabe gewerkschaftlicher Politik  
BetrAV 2001, 397 f

**Im Internet:**

Bundesarbeitsministerium:

**<http://www.bma.de/de/neuerente.index.htm>**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände:

**<http://www.bda-online.de/www/bdaonline.nsf/MainFrameSet>**