

Wolfgang Däubler

Tarifverträge zur Unternehmenspolitik?

Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung

HSI-Schriftenreihe
Band 16

Wolfgang Däubler

Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2016 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Jens Kaufmann

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz und Druck: Beltz Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza

Printed in Germany 2016

ISBN 978-3-7663-6465-4

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

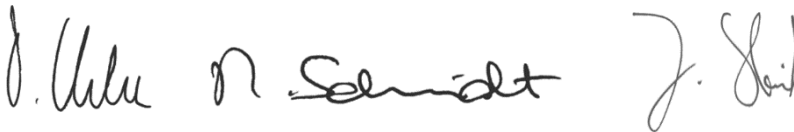
Vorwort

Die Reichweite der unternehmerischen Autonomie ist ein arbeitsrechtlicher Dauerbrenner, deren Ausmessung Wolfgang Däubler in dem vorliegenden Werk aus der tarifrechtlichen Perspektive vornimmt. Quasi naturgemäß führt die gesetzliche oder kollektivrechtliche Eingrenzung des Arbeitgebers zu dem Einwand, die unternehmerische Freiheit sei über Gebühr eingeschränkt. In diesem Band untersucht Wolfgang Däubler verschiedene Tarifverträge mit Bezug zu unternehmenspolitischen Entscheidungen. Überzeugend gelingt ihm der Nachweis, dass diese auf der Basis der Rechtsprechung des BAG ganz überwiegend rechtlich zulässig sind. Die Grundrechte der Arbeitgeberseite stehen dem nur im Ausnahmefall entgegen.

Im Rahmen des Projekts wurde am 17.6.2015 ein Workshop mit Vertretern der Gewerkschaften IG Metall, Verdi, IG BAU und NGG durchgeführt, um möglichst viele Praxisbeispiele von entsprechenden tariflichen Regelungen zu erhalten. Allen Beteiligten möchten wir für diese Unterstützung herzlich danken.

Wir sind überzeugt, dass die in diesem Band zusammengefassten Erkenntnisse von höchstem Interesse für die Fachwelt sind.

Eine anregende Lektüre wünschen



Dr. Thomas Klebe
(Leitung HSI)

Prof. Dr. Marlene Schmidt
(Leitung HSI)

Dr. Johannes Heuschmid
(Stellv. Leitung HSI)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

§ 1 Einleitung	11
§ 2 „Unternehmenspolitische“ Tarifverträge – ein Überblick	13
I. Wie viele Menschen werden für eine bestimmte Arbeit eingesetzt?	13
II. Beschränkung und Ausschluss der betriebsbedingten Kündigung?	15
III. Tarifsozialplan oder Verhinderung der Stilllegung?	16
IV. Auslagerung	18
V. Vergabe von Werkverträgen	20
VI. Standortsicherungsvertrag	22
VII. Investorenvertrag	24
§ 3 Zulässigkeit auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG	26
I. Besetzungsregeln und Personalbemessung	27
1. Begriffsbestimmung	27
2. Historische Entwicklung.....	28
3. Aktuelle Bedeutung.....	28
4. Tarifrechtliche Qualifizierung.....	30
5. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Arbeitgebers	31
II. Beschränkung und Ausschluss der betriebsbedingten Kündigung.....	34
1. Beschränkung und Ausschluss der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.....	34
a) Beschränkung.....	34
b) Ausschluss.....	35
2. Erweiterte Beteiligungsrechte für Betriebsrat und Personalrat.....	35
3. Beschränkung der außerordentlichen Kündigung.....	37
a) Darf auch aus betrieblichen Gründen außerordentlich gekündigt werden?.....	37

b) Tarifliche Beschränkung der außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen?	41
III. Tarifsozialplan	42
1. Vereinbarkeit mit den §§ 111–113 BetrVG?	42
2. Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Freiheit?	43
IV. Fremdvergabe	46
1. Der Lebenssachverhalt	46
2. Grenzen aus der Durchführungspflicht	46
3. Tarifliche Beschränkung der Fremdvergabe	49
V. Werkvertragsarbeit	51
VI. Standortsicherungsvertrag	53
1. Festlegungen der Rechtsprechung	53
2. Weitere Gestaltungen	54
3. Das Problem der „Freiwilligkeit“	55
VII. Investorenvertrag	57
1. Ist ein Investor tariffähig?	57
2. Investorenvereinbarung als sonstiger Kollektivvertrag?	58
VIII. Andere Fälle der außertariflichen Einwirkung auf die Unternehmenspolitik	60
§ 4 Tarifaufonomie und Unternehmerfreiheit	61
I. Die weiteren Fragestellungen	62
II. Der potentielle Gegenstand von Tarifverträgen	63
1. Art. 9 Abs. 3 GG als „Doppelgrundrecht“	63
2. Die Garantie spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung, insbesondere des Rechts zum Abschluss von Kollektivverträgen	65
3. Kollektivverträge im Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	68
4. Der Arbeitskampf als Funktionsvoraussetzung	72
III. Begrenzung durch die unternehmerische Betätigungsfreiheit?	73
1. Die Ausgestaltung der Tarifaufonomie durch den Gesetzgeber	73
2. Die Bindung der Tarifparteien an Grundrechte	74
a) Der Ausgangspunkt: Funktion der Grundrechte	74
b) Unterschiedliches Betroffensein von Arbeitnehmern und Arbeitgebern	74
c) Bindung an die Grundrechte der Arbeitgeberseite	75
d) Bestätigung durch die neue Lehre	77

e) Art. 9 Abs. 3 GG als Spezialfall der Ausübung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG.....	79
f) Schutz von Tendenzunternehmen	79
3. Erstreikbarkeit unternehmenspolitischer Tarifverträge?.....	80
§ 5 Vereinbarkeit unternehmenspolitischer Tarifverträge mit den sog. Grundfreiheiten des Unionsrechts.....	82
I. Einleitung	83
II. Die Niederlassungsfreiheit als Tarifschranke – Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH	84
1. Zur Rechtsprechung des EuGH.....	84
2. Die Viking-Entscheidung des EuGH	85
3. Anwendungsbereich von Grundfreiheiten.....	87
4. Kritik am Ansatz der Viking-Entscheidung.....	88
a) Ausklammerung des Arbeitskampfes aus den Unionskompetenzen	88
b) Bereichsausnahme wie im Wettbewerbsrecht?	91
c) Überzogener Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit....	94
d) Umfassende Drittwirkung?.....	95
III. Prüfung auf der Grundlage der Viking-Entscheidung.....	96
1. Streik gegen Verlagerung	96
2. Andere Kampfmittel	98
IV. Kollision mit anderen sog. Grundfreiheiten?.....	98
1. Dienstleistungsfreiheit	98
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	99
§ 6 Zusammenfassung	100
Literaturverzeichnis.....	102

§ 1 Einleitung

„Unternehmenspolitische“ Tarifverträge stellen keine anerkannte rechtliche Kategorie dar. Vom allgemeinen Sprachgebrauch her bleibt offen, ob es ausschließlich um das Verhalten der Unternehmen auf dem Gütermarkt gehen soll¹ oder ob auch interne Festlegungen gemeint sind: Stellt es möglicherweise nicht auch ein Stück „Unternehmenspolitik“ dar, wenn mit einem neuen Modul von SAP gearbeitet werden soll? Oder weitergehend: Kann in dem Bekenntnis zum Ziel „gute Arbeit“, wie es im Rahmen des sog. Wittenberg-Prozesses von den Sozialpartnern der chemischen Industrie abgegeben wurde,² nicht auch ein wesentlicher Bestandteil der Unternehmenspolitik gesehen werden? Und ist eine unerwartet deutliche oder eine unerwartet niedrige Erhöhung des tariflichen Entgelts nicht auch ein wesentlicher Faktor, der das Verhalten des einzelnen Unternehmens beeinflusst? Im Grunde sollen mit diesem Begriff nur relativ unbedeutende Einzelentscheidungen ausgeklammert werden, die sich nicht im Verhalten des Gesamtunternehmens niederschlagen.

Eine pragmatische Herangehensweise wird sich weniger an dieser Begrifflichkeit als an der arbeitsrechtlichen Diskussion orientieren. Dort ist die Auffassung verbreitet, dass die „Unternehmenspolitik“ Ausdruck der unternehmerischen Autonomie ist, die – so wird von einigen vorgebracht – deshalb nicht Gegenstand von Tarifverträgen sein kann. Bei den traditionellen Gegenständen der Tarifpolitik, insbesondere bei Lohn und Arbeitszeit, wird dieses Argument nicht gebraucht. Sobald es jedoch um weitergehende Vorstellungen geht, die stärkere Impulse setzen, ändert sich dies: Ein Tarifvertrag, der die Produktion an einem bestimmten Standort festschreibt, oder der die Vergabe von Werkvertragsarbeit verbietet, wird mit anderen Augen gesehen.

In einem ersten Abschnitt (§ 2) soll es daher darum gehen, die Gestaltungen im Einzelnen zu beschreiben, bei denen sich eine tarifliche Regelung dem Einwand ausgesetzt sieht, sie greife in bedenklicher oder gar in rechtswidriger Weise in die unternehmerische Freiheit ein. Dabei sollen – soweit möglich – die zugrunde liegenden Lebenssachverhalte im Einzelnen dargestellt werden.

¹ So der Tendenz nach *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 214 ff.

² S. IG BCE/BAVC (Hrsg.), *Verantwortliches Handeln in der Sozialen Marktwirtschaft – Der Wittenberg-Prozess der Chemie-Sozialpartner*, Heidelberg o. J. (um 2007).

Der zweite Abschnitt (§ 3) behandelt die Zulässigkeit dieser Abmachungen auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG. Liegen wirklich unzulässige Eingriffe in die unternehmerische Betätigungsfreiheit vor?

Der dritte Abschnitt (§ 4) hat die verfassungsrechtliche Bewertung der fraglichen tariflichen und außertariflichen Abmachungen zum Gegenstand. Abschließend soll in § 5 der Frage nachgegangen werden, inwieweit das Unionsrecht zusätzliche Schranken zieht. Relevant sind hier in erster Linie die sog. wirtschaftlichen Grundfreiheiten, etwa die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit.

§ 2 „Unternehmenspolitische Tarifverträge“ – ein Überblick

I. Wie viele Menschen werden für eine bestimmte Arbeit eingesetzt?

Fall 1:

Die Deutsche Bundespost unterhielt bei den Fernmeldeämtern sog. Linien- und Zeichenstellen. Dort wurden Planunterlagen über unterirdische Kabelverlegungen erstellt und auf dem neuesten Stand gehalten. Seit 1978 existierte ein sog. Personalbemessungssystem, das aufgrund von Schätzungen festlegte, welche Arbeit von wie vielen Leuten in welcher Zeit erledigt werden konnte. Im Jahre 1985 wurde es durch ein neues ersetzt, das auf sehr viel detaillierteren Zeitermittlungen beruhte, bei denen auch Stoppuhren zum Einsatz kamen. Nach Ansicht der Bundespost sollte es „zeitliche Freiräume“ beseitigen und so den Personalbedarf verringern. Auch wurde die zwischenzeitlich veränderte Arbeitstechnik berücksichtigt. Die Neuregelung brachte den vom Arbeitgeber gewünschten Erfolg: Von Dezember 1985 bis Ende 1987 verringerte sich die Zahl der in den fraglichen Bereichen beschäftigten Arbeitnehmer von 3.500 auf 2.750 bis 2.800.

Die Gewerkschaft verlangte einen Zuschlag von 12 % zu den ermittelten Zeiten. In den einzelnen Dienststellen hätte sich so wieder ein höherer Personalbedarf ergeben; die Arbeitsintensität wäre geringer geworden. Als sich keine Einigung abzeichnete, drohte ein Streik. Die Arbeitgeberseite versuchte, ihn verbieten zu lassen. Er sei rechtswidrig, weil die Ermittlung des Personalbedarfs dem Unternehmer freistehe. Es handle sich um ein reines „Internum“, das mit den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 9 Abs. 3 GG nichts zu tun habe.³

Fall 2:

In der Berliner Charité sind in der Pflege 4.074 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt; das Krankenhaus verfügt über 3.416 Vollzeitstellen. Die Pflegekräfte beklagen seit langem ein Übermaß an Arbeit, was deshalb besonders belastend ist, weil nicht erledigte Aufgaben unmittelbar zu Lasten der Patienten gehen. Die

³ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = AuR 1991, 93 = NZA 1990, 886.

Gewerkschaft ver.di drohte nach langen Verhandlungen mit Streik, der für die folgenden Forderungen geführt werden sollte:

„Regelungen zur Mindestbesetzung in allen patientennahen Bereichen, ganz konkret:

- keine Nacht allein – mindestens zwei Pflegekräfte auf Station in der Nacht
- für den Bereich der Intensivmedizin: einen Personalschlüssel von mindestens 1:2, die Empfehlungen der Fachgesellschaft werden Standard
- ein Personalschlüssel von 1:5 für die Normalpflege oder die Rückkehr zur Personalverordnung (PPP 100+)

Verbindliche Verfahren zur Überprüfung der Belastung für alle anderen Beschäftigungsbereiche, in denen andere Personalschlüssel festgelegt werden können; dazu gehören z. B. Radiologie, Kreißsaal, OP und Anästhesie

Verbindliche Verfahren zur Überprüfung der Belastung für alle anderen Beschäftigungsbereiche, in denen keine Personalschlüssel festgelegt werden können; dazu gehören z. B. Lehre, Forschung, Ambulanzen, Verwaltung, sowie für die Gestellten in den Service-Bereichen

Verbindliche Kontrollmechanismen und Offenlegung von Verstößen

Standardprozeduren/Ausgleichsmechanismen für den Fall, dass gegen festgelegte Verfahrensweisen verstoßen und Personalschlüssel nicht eingehalten werden

Eine echte Gesundheitskommission, die Empfehlungen für ‚gute und gesunde Arbeit‘ erarbeitet, deren verbindliche Umsetzung begleitet und als Ansprechpartner für die Beschäftigten fungiert

Einen Gesundheitsfonds, mit dem diese Maßnahmen angemessen finanziert werden können

Der Abschluss eines verbindlichen Tarifvertrages mit individuellen Ansprüchen für Beschäftigte.“

Die Arbeitgeberseite wollte den Streik durch einstweilige Verfügung verbieten lassen. Unter anderem machte sie geltend, bei den zentralen Streikforderungen handle es sich „um einen grob rechtswidrigen Eingriff in die durch Art. 2 GG und Art 12 GG geschützte Unternehmerfreiheit.“⁴ Würde sie damit bei Gericht durchdringen?

⁴ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung LAG Berlin-Brandenburg 24. 6. 2015 – 26 SaGa 1059/15 – juris.

II. Beschränkung und Ausschluss der betriebsbedingten Kündigung?

Fall 1:

Der 52 Jahre alte Arbeitnehmer war seit rund 25 Jahren bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Er wurde zunächst betriebsbedingt, dann personenbedingt gekündigt. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung innerhalb von wenigen Tagen. Der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage und berief sich dabei auf den einschlägigen Tarifvertrag. Dieser bestimmte:

„Nach Vollendung des 50. Lebensjahres und einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren kann das Arbeitsverhältnis gegenüber ArbeitnehmerInnen nur aus wichtigem Grunde, den sie selbst verschuldet haben, oder mit Zustimmung des Betriebsrats gekündigt werden. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, hat er dies unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem schriftlich mitzuteilen (...) Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen.“

Der Arbeitgeber machte u. a. geltend, eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen könne nach § 102 Abs. 6 BetrVG nur durch Betriebsvereinbarung, nicht durch Tarifvertrag geschaffen werden. Außerdem dürfe das Einigungsstellenverfahren nicht ausgeschlossen werden; gebe es nur den Rechtsweg gegen die Entscheidung des Betriebsrats, läge darin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die unternehmerische Freiheit.⁵ Trifft das zu?

Fall 2:

Der Arbeitnehmer – ein 48 Jahre alter Musikschullehrer – war seit rund 20 Jahren bei der beklagten Stadt beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag wurde auf den BAT verwiesen. Dieser schloss nach § 53 Abs. 3 die ordentliche Kündigung gegenüber einem Angestellten aus, wenn dieser seit mindestens 15 Jahren im öffentlichen Dienst tätig war und das 40. Lebensjahr vollendet hatte. Für die außerordentliche Kündigung enthielt § 55 Abs. 2 BAT eine differenzierende Regelung: Auch bei Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit konnte lediglich eine Änderungskündigung mit dem Ziel ausgesprochen werden, den Arbeitnehmer um eine Vergütungsgruppe herabzugruppieren. Eine Beendigungskündigung war nicht vorgesehen.

⁵ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – NZA 2001, 271.

Der Stadtrat beschloss, die Musikschule zu schließen, weil sie seit fünf Jahren Defizite von ca. 500.000 DM pro Jahr erwirtschaftet hatte. Dem Musiklehrer wurde genau wie seinen drei Kollegen gekündigt. Im Prozess berief sich die Stadt darauf, der völlige Ausschluss der außerordentlichen Kündigung wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit sei nicht wirksam. Der klagende Musiklehrer meinte, es sei der Stadt durchaus zuzumuten gewesen, sich bei anderen Musikschulen in der Gegend nach einer Beschäftigungsmöglichkeit für ihn zu erkundigen. Notfalls hätte sie ihm auch die Gehaltsdifferenz bezahlen müssen, wenn nur eine Teilzeitstelle zu finden gewesen wäre. War die Vorschrift des § 55 Abs. 2 BAT effektiv wirksam oder konnte die Stadt mit der Begründung kündigen, ihr sei ein „sinnentleertes Arbeitsverhältnis“ ohne Beschäftigungsmöglichkeit, aber mit Gehaltszahlung nicht zuzumuten?⁶

III. Tarifsozialplan oder Verhinderung der Stilllegung?

Fall 1:

Die Firma Otis produzierte in Stadthagen bei Hannover Rolltreppen und beschäftigte dabei ca. 360 Arbeitnehmer; sie gehörte (und gehört) zu einem US-amerikanischen Konzern. Dieser fasste den Beschluss, das Werk in Stadthagen zum 31. 12. 2004 stillzulegen und die Produktion in die Tschechische Republik sowie nach China zu verlagern. Die IG Metall verlangte darauf hin den Abschluss eines Tarifvertrages mit folgenden Bestimmungen:

„1. Beschäftigte, die betriebsbedingt gekündigt werden, haben Anspruch auf Qualifizierungsmaßnahmen für bis zu 35 Monaten nach Ablauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung eines Entgelts in Höhe der bisherigen Vergütung. Die Firma trägt die Kosten der Qualifizierungsmaßnahmen.

Der Firma bleibt es unbenommen, sämtliche Förderungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit nach dem SGB III in Anspruch zu nehmen.

2. Zur Milderung der mit dem Verlust des Arbeitsplatzes verbundenen Nachteile erhalten die aus Anlass der Betriebsänderung ausscheidenden Beschäftigten eine Abfindung in Höhe von zwei Monatseinkommen pro Beschäftigungsjahr.

Außerdem wird ein Fonds für Fälle besonderer Härte eingerichtet.

Die Aufstellung weiterer Forderungen behalten wir uns vor.“

⁶ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – AP Nr. 4 zu § 55 BAT = DB 2003, 102.

Für diese Forderungen wurde gestreikt. Der Arbeitgeber versuchte, den Streik durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen und berief sich u. a. darauf, die Forderungen stellten einen unzulässigen Eingriff in die Unternehmensautonomie dar. Zwar beträfen sie formal die soziale Absicherung der Arbeitnehmer nach einer Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses wegen der beabsichtigten Betriebsstilllegung. In der Sache verfolge die Arbeitnehmerseite mit ihrer Forderung jedoch das Ziel, die Schließung als solche zu verhindern.⁷

Fall 2:

Die Heidelberger Druckmaschinen AG beschäftigte weltweit ca. 19.000 Mitarbeiter. In Deutschland hatte sie neben anderen Standorten einen Betrieb in Kiel, in dem gegen Ende 2002 etwa 1.050 Arbeitnehmer beschäftigt waren. Im Oktober 2002 beschloss der Vorstand, die bislang in Kiel vorgenommene Montage eines bestimmten Typs digitaler Druckmaschinen am Standort Rochester in den USA und die Endmontage von sog. Prepress-Geräten am deutschen Hauptstandort in Wiesloch vornehmen zu lassen. Dadurch sollten Kosten gespart werden. Durch diese Maßnahmen würden in Kiel insgesamt 562 Arbeitsplätze (also gut die Hälfte) abgebaut werden. Die IG Metall verlangte den Abschluss eines Tarifvertrags, in dem folgende Regelungen verankert sein sollten:

„1. Für eine betriebsbedingte Kündigung durch den Arbeitgeber gilt eine Grundkündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. Die Grundkündigungsfrist verlängert sich um jeweils zwei Monate für jedes volle Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.

2. Beschäftigte, die betriebsbedingt gekündigt werden, haben nach Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf

- Qualifizierungsmaßnahmen für die Beschäftigten bis zu 24 Monate unter Fortzahlung der Vergütung. Auszubildende erhalten nach Abschluss ihrer Berufsausbildung eine Anpassungsqualifikation
- sowie auf eine Abfindung in Höhe von zwei Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr zuzüglich Erhöhungsbetrag für Unterhaltsverpflichtung und Schwerbehinderung/Gleichstellung. Die Vorschriften der §§ 111 ff. BetrVG bleiben unberührt.

3. Über Art und Inhalt der Qualifizierung entscheidet eine paritätische Kommission auf der Grundlage der Aus- und Weiterbildungswünsche der Beschäftigten. Bei Nichteinigung entscheidet die Einigungsstelle.

⁷ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung LAG Niedersachsen 2. 6. 2004 – 7 Sa 819/04 – AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 2004, 471.

Die Qualifizierungsmaßnahmen werden in den vorhandenen Betriebsstätten durchgeführt.

Die Firma Heidelberger Druckmaschinen AG trägt die Kosten der Qualifizierungsmaßnahmen.“

Es kam zu verschiedenen Streiks; der längste dauerte 24 Tage. Nachdem ein (vermutlich großzügiger) Sozialplan zustande gekommen war, entschied die Belegschaft in einer Urabstimmung, den Streik nicht mehr fortzuführen.

Die Arbeitgeberseite wollte die Rechtswidrigkeit der Streiks gerichtlich festgestellt haben und verlangte außerdem Schadensersatz. Sie machte u. a. geltend, die Tarifforderungen hätten gegen ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen, „weil sie das verbürgte Recht auf privatautonome Beendigung von Arbeitsverhältnissen in wirtschaftlich unzumutbarer Weise begrenze.“⁸

Es fällt auf, dass die Forderungen im Vergleich zum Fall 1 noch etwas weiter gingen; bei einer Betriebszugehörigkeit von 20 Jahren hätte allein die zusätzliche Kündigungsfrist 40 Monate betragen, an die sich die Weiterbildungszeit von 24 Monaten angeschlossen hätte. Die Firma Heidelberger Druckmaschinen AG errechnete, dass die Erfüllung der erhobenen Forderungen für sie einen Aufwand von 200 Mio. Euro mit sich gebracht hätte. In Wirklichkeit gehe es der IG Metall also darum, die geplante Betriebsänderung als solche zu verhindern und damit in den unternehmerischen Kernbereich einzugreifen.

IV. Auslagerung

Fall 1:

Das Goethe-Institut mit Sitz in München ist ein eingetragener Verein und hat nach seiner Satzung die Aufgabe, die deutsche Sprache und die deutsche Kultur im Ausland zu fördern und zu verbreiten. Zu diesem Zweck hat das Goethe-Institut Zweigstellen in über 60 Ländern, die aus Gründen des Rechts des Gastlandes zum Teil als rechtlich selbständige Einheiten organisiert sind. Dies gilt auch für Mexiko, wo das Goethe-Institut seit 1966 aktiv ist und eine Tochtergesellschaft unterhält. Diese beschäftigte dort zum einen mexikanische Lehrer, die Arbeitsverträge nach mexikanischem Recht und die dort üblichen Vergütungen erhielten. Daneben wurden Lehrkräfte mit deutscher Staatsangehörigkeit beschäftigt, die jedoch nicht aus Deutschland entsandt, sondern vor Ort eingestellt worden waren. Sie besaßen Ar-

⁸ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = NZA 2007, 987 = AiB 2007, 732.

beitsverträge mit dem Goethe-Institut selbst. Für diesen Personenkreis hatte die GEW 1973 einen Tarifvertrag abgeschlossen, der eine Gleichstellung mit Mitarbeitern der deutschen Auslandsvertretungen (Botschaften, Konsulate), die nicht entsandt waren, vorsah. Dies führte dazu, dass die mexikanischen Lehrer nur 50 % der Vergütungen ihrer Kollegen mit deutscher Staatsangehörigkeit erhielten.

Die mexikanischen Arbeitsgerichte vertraten die Auffassung, die Regelung stelle eine Diskriminierung dar; die mexikanischen Lehrer könnten dieselbe Vergütung wie die deutschen verlangen. Die dadurch entstehende wirtschaftliche Belastung erschien dem Goethe-Institut zu hoch. Sein Vorstand beschloss deshalb, die Sprachkurse in Mexiko aufzugeben und alle deutschen Sprachlehrer zu entlassen. Diese erhoben Klage, schlossen dann aber außergerichtliche Abfindungsvergleiche. Zugleich wurde die Fortführung der Sprachkurse bei der Tochtergesellschaft beschlossen; die Lehrer schlossen neue Arbeitsverträge, wobei sich die Vergütung auf dem in Mexiko üblichen Niveau bewegte.

Die GEW vertrat den Standpunkt, der vergleichsweise Abschluss der Auflösungsverträge und der Abschluss neuer Arbeitsverträge mit der Tochtergesellschaft sei allein zur Umgehung des Tarifvertrages erfolgt und stelle daher eine Verletzung der tariflichen Durchführungspflicht dar. Das Goethe-Institut müsse zumindest auf seine Tochtergesellschaft mit dem Ziel einwirken, dass die tariflichen Bedingungen weitergewährt würden.⁹

Dass eine bestimmte Gruppe von Beschäftigten aus dem Anwendungsbereich eines Tarifvertrags heraus fällt, weil sie bei einer nicht tarifgebundenen Tochtergesellschaft weiterbeschäftigt wird, und dass dadurch eine Lohnabsenkung erfolgt, ist keine Besonderheit des Goethe-Instituts. Dieselbe Überlegung liegt dem sog. Wings-Konzept der Lufthansa zugrunde. Danach soll in Österreich eine Tochtergesellschaft gegründet werden, die Piloten zu Niedrig-Entgelten einstellt und sie auch für Strecken einsetzt, die unter den von der Pilotengewerkschaft VC abgeschlossenen Konzerntarif fallen.¹⁰ Da auf die Arbeitsverhältnisse zum Goethe-Institut deutsches Recht Anwendung fand, war es auch ohne Bedeutung, dass sich die Vorgänge im Ausland abspielten.

Fall 2:

Die Firma X betreibt in Lübeck und Umgebung zwei Kliniken und verschiedene Alten- und Pflegeheime. Dort sind insgesamt 470 Arbeitnehmer beschäftigt, die

⁹ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung BAG 11. 9. 1991 – 4 AZR 71/91 – AP Nr. 29 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht = AuR 1992, 125 = NZA 1992, 321.

¹⁰ Sachverhalt nach LAG Hessen 9. 9. 2015 – 9 SaGa 1082/15 – juris und BB 2015, 2292 (Kurz wiedergabe).

– weil man von einem gemeinsamen Betrieb ausging – einen einzigen Betriebsrat gewählt hatten. Die Firma X hatte die Einrichtungen im Jahre 2002 vom Landkreis erworben. Im Zusammenhang mit dieser Privatisierung wurde ein „Personalüberleitungstarifvertrag“ geschlossen, der in seinem § 2 Nr. 5 bestimmte:

„Maßnahmen des Outsourcing sind ausgeschlossen, es sei denn, dass diese zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen zwingend erforderlich sind. Alle Maßnahmen des Outsourcing bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Tarifvertragsparteien.“

Dieser Tarifvertrag wurde von der Arbeitgeberseite zum 31. Dezember 2007 wirksam gekündigt. Im Jahre 2008 beschloss diese, die von ihr betriebene Wäscherei zum 30. September stillzulegen und die dortigen Tätigkeiten mit Wirkung vom 1. Oktober an einen Dritten zu vergeben. Die in der Wäscherei vorhandenen Geräte und Maschinen sollten verschrottet werden.

Die Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hatte, verlangte von der Arbeitgeberseite, die geplante Maßnahme zu unterlassen. Trotz Kündigung würde der Tarifvertrag nachwirken, so dass sich die Firma X nach § 4 Abs. 5 TVG weiter an diesen halten müsse. Die Arbeitgeberseite erwiderte u. a., die Vorschrift des Personalüberleitungstarifs verstoße gegen ihre Berufsfreiheit nach Art. 12 GG, „weil eine unternehmerische Maßnahme von der Zustimmung der Klägerin abhängt“. Eine zeitlich unbegrenzte Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit sei jedenfalls sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB und verstoße gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB.¹¹ Wie wird das Gericht entscheiden?

V. Vergabe von Werkverträgen

Einen Spezialfall des Outsourcing stellt es dar, wenn bisher im Betrieb verrichtete Tätigkeiten im Wege des Werkvertrags an Dritte vergeben werden. Dies können insbesondere Aufgaben sein, die bisher von Leiharbeitnehmern erledigt wurden oder für die man unschwer hätte Leiharbeitnehmer einstellen können.

Fall 1:

Im rheinisch-westfälischen Steinkohlebergbau existierte seit 1975 ein Tarifvertrag über „allgemeine betriebliche Arbeitsbedingungen“, der 1980 durch den MTV für

¹¹ Entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 – AP Nr. 7 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 2011, 808.

die Arbeiter des rheinisch-westfälischen Steinkohlebergbaus ergänzt wurde. Danach waren die Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbands verpflichtet, mit Unternehmen, die Arbeitskräfte zur Verfügung stellten, die Einhaltung dieser Tarifverträge zu vereinbaren. Ausnahmen sollten nur dann gelten, wenn sie einem andern Tarifvertrag unterlagen oder wenn sie Arbeiten erledigten, die nicht in den fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge fielen.¹² Dies war der Sache nach die Vereinbarung von Equal Pay und Equal Treatment auch zugunsten von Werkvertragsarbeitnehmern. Ist eine solche Übernahme leiharbeitsrechtlicher Grundsätze zulässig? Oder beschränkt sie in übermäßiger Weise den wirtschaftlichen Spielraum des betroffenen Arbeitgebers?

Fall 2:

Die Meyer-Werft in Papenburg ist Marktführer im Segment der Kreuzfahrtschiffe. Traditionellerweise werden im Schiffbau viele Leiharbeiter und Werkvertragsbeschäftigte herangezogen, insbesondere dann, wenn sich der Ablieferungstermin nähert. Dabei griff die Firma u. a. auf Beschäftigte aus Rumänien und Bulgarien zurück, die von ihren dortigen Arbeitgebern nach Deutschland entsandt wurden und die dabei ihr heimisches Recht „mitbrachten“.

Im Juni 2013 brach in einer Massenunterkunft für rumänische Werkvertragsarbeiter ein Feuer aus. Dabei kamen zwei rumänische Beschäftigte ums Leben, was große Betroffenheit im Betrieb und in der Öffentlichkeit auslöste. Bei dieser Gelegenheit traten auch die erbärmlichen Umstände zu Tage, unter denen Gruppen von rund 30 Personen in einem Massenquartier untergebracht waren. Auch konnte von „Equal Pay“ nicht im Entferntesten die Rede sein.

Betriebsrat und IG Metall griffen diese Situation auf und verlangten eine tarifliche Mindestabsicherung der Werkvertragsarbeiter. Der öffentliche Druck führte dazu, dass eine „Task Force“ eingesetzt wurde, an der Vertreter der Landesregierung, des Betriebsrats, der IG Metall und der Geschäftsführung beteiligt waren. Sie erarbeitete einen Bericht, in dem ungewöhnlich viele Verstöße gegen geltende Normen zutage gefördert wurden. Im Laufe der weitergehenden Ermittlungsarbeiten der Task Force schloss die IG Metall mit der Werft einen Firmentarif ab, der Mindeststandards für die Werkvertragsarbeiter festlegte. Erfasst waren Arbeitszeiten, Arbeits- und Gesundheitsschutz, angemessene Unterbringung und angemessene Entlohnung. Dieser zunächst bis Ende Februar 2015 geltende Tarifvertrag wurde kurz vor seinem Ablauf um weitere zwei Jahre verlängert.¹³ Angesichts der allgemeinen Rahmenbedingungen spielte die

¹² Wiedergegeben bei Kempfen/Zachert-Zachert, 4. Aufl., § 1 TVG Rn. 739, und bei Wiedemann-Thüsing, § 1 Rn. 22.

¹³ Alle Angaben nach Herrmann, AiB 5/2015, S. 55 ff.

Rechtsfrage, ob eine übermäßige Einschränkung der unternehmerischen Freiheit vorliege, keine Rolle. Die Erfahrung mit der Meyer-Werft hat zu weitergehenden Überlegungen geführt, wie man mit tariflichen Mitteln einem Lohndumping durch Werkvertragsarbeit begegnen könnte.¹⁴ In der Stahlindustrie gilt der Tarifvertrag vom 8. Juli 2014, der aber vorwiegend Soll-Vorschriften enthält; selbst im Zusammenhang mit der Arbeitszeit müssen die tarifgebundenen Unternehmen lediglich „darauf hinwirken“, dass das ArbZG vom Werkvertragsunternehmer eingehalten wird. Auch ist dafür zu sorgen, dass vor einem Einsatz die notwendigen Sicherheitseinweisungen rechtzeitig durchgeführt werden, was ebenso wie der gleichfalls in Bezug genommene Mindestlohn schon aus dem Gesetz folgt.

VI. Standortsicherungsvertrag

Fall 1:

Die Firma X gehört zum M-Konzern und ist mit der Montage von schweren Lkw und der Herstellung von Komponenten befasst. Ein weiteres Konzernunternehmen – Y – hatte in derselben Stadt ein Entwicklungs- und Fertigungszentrum. Bei ihr entstand aufgrund einer Verlagerung von Aufträgen ins Ausland ein Arbeitskräfteüberhang. Um Entlassungen zu vermeiden, unterzeichneten die IG Metall, der zuständige Arbeitgeberverband, die beiden Firmen und die dort jeweils bestehenden Betriebsräte im Januar 2008 einen „Standort- und Beschäftigungssicherungsvertrag“, der bis Ende September 2012 gelten sollte. Er verpflichtete die Arbeitgeberseite zum Neuaufbau von Arbeitsplätzen und bestimmte im Einzelnen in Teil B II:

„Aufbau eines Logistik-Zentrums A-Stadt

M. stärkt die weltweite Service- und Ersatzteilorganisation und wird hierzu in A-Stadt in ein modernes, zukunftsfähiges Logistikzentrum investieren. Eine bereits beauftragte, erfahrene Beratungsgesellschaft wird noch im ersten Quartal 2008 ein Hallen-Layout erarbeitet haben. Dieses bildet die Grundlage für die einzelnen Bauabschnitte. Durch den mehrstufigen Ausbau entstehen am Standort A-Stadt bei der M. N. AG weitere insgesamt 220 Arbeitsplätze (davon jeweils 110 für Gewerbliche und Angestellte).

Aus heutiger Sicht können im Verlaufe des Kalenderjahres 2008 bis zu 80 Gewerbliche und 40 Angestellte auf den neuen Arbeitsplätzen beschäftigt werden. Die weiteren Arbeitsplätze sollen mehrheitlich im Jahr 2009 zur Verfügung stehen.

¹⁴ Berg/Kocher/Schumann-Wankel/Schoof, § 1 TVG Rn. 213a ff. m. w. N.

Einzelheiten zu den für den Aufbau des Logistikzentrums geplanten Investitionen ergeben sich aus Anlage (5). Die tarifliche Arbeitszeit beträgt 36 Stunden, ausgenommen hiervon sind M. und N. Beschäftigte, die bis zum 30. 6. 2008 in diesen Bereich wechseln. Zusätzlich gilt für alle Beschäftigten die Regelung über Qualifizierungszeiten gemäß Teil D IV.“

In Teil D I ist festgelegt, dass die M. N. „bis zum Jahr 2012 ca. 60 Millionen Euro in den Standort A-Stadt investieren“ wird. In Teil D IV sind Einzelheiten des Beitrags der Belegschaft zur Erreichung erforderlicher Kosteneinsparungen und in Teil D V der Verzicht auf den Ausspruch betriebsbedingter Beendigungskündigungen bis zum Ende der Laufzeit der Vereinbarung vereinbart.

Mitte 2010 teilte die Leitung der Firma X ihrem Betriebsrat mit, sie wolle den Bereich Ersatzteillistik neu ausrichten und an eine selbstständige GmbH übertragen. Dies war ein Teil des Bereichs, in dem der Vereinbarung entsprechend die neuen Arbeitsplätze aufgebaut worden waren. Die IG Metall vertrat den Standpunkt, die Ausgliederung stelle einen Verstoß gegen die Vereinbarung dar und sei deshalb zu unterlassen. Der Arbeitgeber wandte ein, die begehrte Unterlassung der Veräußerung eines Betriebsteils greife unverhältnismäßig in seine unternehmerischen Rechte ein.¹⁵

Fall 2:

Ein konzernabhängiges Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel hatte mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Der Flächentarif für den Einzelhandel sieht eine Öffnungsklausel vor, die den Abschluss von Not- und Härtefall-Tarifverträgen auf Unternehmensebene zulässt. Voraussetzung ist, dass der wirtschaftliche Bestand des Unternehmens und damit die Arbeitsplätze gefährdet sind, und dies durch einen unabhängigen Gutachter bestätigt wird, den die Gewerkschaft ver.di benennt. Um eine positive Entwicklung des Unternehmens zu sichern, können sich auch die Beschäftigten durch Verzicht auf Rechte beteiligen. Dies geschah im konkreten Fall: Das Weihnachts- und das Urlaubsgeld wurden für drei Jahre auf 50 % abgesenkt. Als Gegenleistung verzichtete die Arbeitgeberseite auf Um- und Ausgründungen und garantierte den Fortbestand der bestehenden Standorte. Das Unternehmen verpflichtete sich zu zusätzlichen Investitionen und zu einem konkreten Investitionsplan, um das Filialnetz im Rahmen eines Geschäftskonzeptes zu erneuern. Auch die Geschäftsleitung beteiligte sich mit einem Beitrag an dem Zukunftssicherungskonzept.

¹⁵ Angaben entnommen aus dem Sachverhalt der Entscheidung LAG Niedersachsen 18. 5. 2011 – 17 SaGa 1939/10 – AiB 2011, 481.

Eine Kommission überwacht die Einhaltung der übernommenen Verpflichtungen, insbesondere die Vornahme der Investitionen. Die Kommission besteht ausschließlich aus Arbeitnehmervertretern aus der Tarifkommission von ver.di und aus dem Betriebsrat. Die Geschäftsführung ist der Kommission gegenüber rechenschaftspflichtig; diese kann sich bei der Überprüfung der Unterlagen auch externen Sachverständigen bedienen. Die Muttergesellschaft verpflichtet sich, genügend liquide Mittel zur Verfügung zu stellen.¹⁶

Rechtsprobleme wurden nicht zum Thema gemacht, obwohl die vorgesehenen Investitionen und ihre Überwachung einen Kernbereich der unternehmerischen Autonomie betrafen.

VII. Investorenvertrag

Eine Sondersituation ergibt sich, wenn ein Unternehmen von einem Investor aufgekauft wird, weil dies für die Unternehmenspolitik, aber auch für die Stellung von Vorständen und Aufsichtsratsmitgliedern außerordentlich gravierende Auswirkungen haben kann. Sind diese mit der Entwicklung nicht einverstanden, spricht man von einer „feindlichen Übernahme“, die sich jedoch mit den heutigen juristischen Mitteln auch bei börsennotierten Unternehmen nur ausnahmsweise verhindern lässt. Gibt es in der „Zielgesellschaft“ Kräfte, wie z. B. Anteilseigner mit Sperrminorität, die gegen die Übernahme ernsthaften Widerstand leisten, kann es möglich und sinnvoll sein, die Machtsphären abzugrenzen und den Übernehmer an bestimmte Regeln zu binden. Zu diesem Zweck wurde in der Praxis der Unternehmensaufkäufe der sog. Investorenvertrag entwickelt: Die Zielgesellschaft, vertreten durch ihren Vorstand, und der Investor verständigen sich auf bestimmte Bedingungen.¹⁷ So ist es beispielsweise denkbar, dass sich der Investor verpflichtet, drei Jahre lang keinen Personenaustausch im Aufsichtsrat vorzunehmen oder – wie im Fall Schäffler/Continental¹⁸ – beim Erwerb von 49,9 % der Aktien Schluss zu machen und damit keine Alleinherrschaft anzustre-

¹⁶ Schilderung aufgrund eines Referats auf dem Workshop „Unternehmenspolitische Tarifverträge“ am 17. 6. 2015 in Frankfurt/Main.

¹⁷ Grundlegend *Seibt/Wunsch*, Investorenvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen, *Der Konzern* 2009, 195 ff.; *Kiem*, Investorenvereinbarung im Lichte des Aktien- und Übernahmerechts, *AG* 2009, 301 ff.; *Reichert/Ott*, Investorenvereinbarung mit der Zielgesellschaft – Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme auf Gesellschaftsorgane, in: *FS Goette*, München 2011, S. 397 ff.

¹⁸ Investorenvereinbarung v. 21.8.2008, abrufbar unter http://www.continental-corporation.com/www/portal_com_de/themen/ir/news_adhoc/archiv/ad_hoc/ad_hoc_2008_08_21_de.html (Abruf am 5. 9. 2015).

ben. Weiter kommt in Betracht, dass er darauf „hinwirkt“, dass ein bisheriger Standort nicht in Frage gestellt oder eine bestimmte Produktion beibehalten wird. Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wird vor allem die Frage diskutiert, welche Grenzen das geltende Aktienrecht, insbesondere die Eigenständigkeit von Aufsichtsrat und Vorstand, solchen Abmachungen zieht.¹⁹

Das Arbeitsrecht schien von dieser neuen Rechtsfigur der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis nicht berührt. Dies änderte sich schlagartig, als die IG BAU am 21. Dezember 2010 eine „Vereinbarung“ mit der spanischen Gesellschaft ACS²⁰, einem großen Bauunternehmen, schloss, das dabei war, einen maßgebenden Einfluss auf die deutsche Hochtief AG zu gewinnen.²¹ In dieser Abmachung ist u. a. festgelegt, dass Hochtief eine eigenständige und mitbestimmte, selbst oder über Tochtergesellschaften operativ tätige Gesellschaft bleiben wird. Eine Umwandlung in eine SE wird ausdrücklich ausgeschlossen; ebenso bleibt die Hauptverwaltung in Essen. ACS wird sich außerdem nicht in operative Entscheidungen des Managements von Hochtief einmischen und nicht die Absicht verfolgen, die Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern und die Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen zu ändern. Auch würde der Vorstand von Hochtief die Unterstützung von ACS haben, wenn er sich dazu entschließen sollte, den Arbeitnehmern eine Beschäftigungsgarantie zu geben. Die IG BAU bleibe alleiniger Sozialpartner im Hochtief-Konzern; die Arbeitsdirektoren würden in mitbestimmten Konzernunternehmen nur im Benehmen mit den Gewerkschaftsvertretern in den jeweiligen Aufsichtsräten vorgeschlagen – eine Annäherung an die Montanmitbestimmung. Dies alles solle gelten, wenn ACS die Aktienmehrheit habe. Solange ihr Anteil zwischen 30 und 50 % liege, würde sich ACS „im Geiste dieser Abreden“ verhalten.

Über das anwendbare Recht sagt die Vereinbarung nichts. Da die (rechtlichen oder moralischen) Verpflichtungen ausschließlich in Deutschland zu erfüllen sind, besteht insoweit eine offensichtlich engere Verbindung als zum spanischen Recht, so dass aus dem Rechtsgedanken des Art. 4 Abs. 3 Rom-I-VO heraus deutsches Recht anzuwenden ist.

Die Abmachung wirft einige ungewohnte Fragen auf. Ist eine solche vertragliche „Vorprogrammierung“ des unternehmerischen Verhaltens überhaupt zulässig? Unterliegt sie dem kollektiven Arbeitsrecht oder handelt es sich um einen schlichten Schuldvertrag, den der Investor eben nicht mit der Zielgesellschaft, sondern

¹⁹ Dazu eingehend *Reichert/Ott*, FS Goette, S. 397 ff.

²⁰ Actividades de Construcción y Servicios S.A.

²¹ Der Wortlaut der Abmachung war abrufbar unter www.igbau.de/db/v2/frameset.pl, ist aber mittlerweile aus dem Netz genommen.

mit einer Gewerkschaft abgeschlossen hat? Welche Grenzen sind im einen wie im anderen Fall zu beachten? Kann eine solche Vereinbarung ggf. erstreikt werden? Dies alles setzt zunächst eine Rückbesinnung auf die rechtlichen Handlungsformen voraus, die einer Gewerkschaft überhaupt zur Verfügung stehen.

§ 3 Zulässigkeit auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG

Im Folgenden soll zunächst analysiert werden, wie die angesprochenen Fragen von der herrschenden Rechtsprechung entschieden wurden. Soweit eine solche nicht besteht, ist prognostisch zu fragen, wie die Arbeitsgerichte wohl entscheiden würden, wenn man die vorhandene Rechtsprechung zugrunde legt und ggf. weiter denkt. Erst im folgenden Teil soll dann eine eigene Konzeption erarbeitet werden, die die grundrechtliche Verankerung der beiderseitigen Rechtspositionen in den Mittelpunkt stellt.

I. Besetzungsregeln und Personalbemessung

1. Begriffsbestimmung

Besetzungsregeln existieren in der Praxis in zwei verschiedenen Formen. Zum einen können sie bestimmen, wie viele Arbeitnehmer für eine Arbeitsaufgabe eingesetzt werden müssen; auf fünf Patienten muss beispielsweise eine Pflegekraft kommen.²² Insoweit spricht man von quantitativen Besetzungsregeln. Zum anderen geht es darum, mit einzelnen Aufgaben nur Personen mit einer bestimmten Qualifikation oder Vorbildung zu betrauen; wichtigstes Beispiel ist der Einsatz von Fachkräften der Druckindustrie auf bestimmten Arbeitsplätzen.²³ Dies sind sog. qualitative Besetzungsregeln.²⁴

Ob ein Tarifvertrag (qualitative) Besetzungsregeln festlegt oder ob er nur Eingruppierungsmerkmale enthält, ist eine Frage der Auslegung.²⁵ Im Zweifel nimmt das BAG eine Eingruppierungsvorschrift an,²⁶ weil Besetzungsregeln Eingriffe in die Berufsfreiheit von Arbeitnehmern wie des Arbeitgebers darstellen,

²² S. oben § 2 I Fall 2.

²³ S. etwa BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = AuR 1991, 154.

²⁴ Zu den begrifflichen Abgrenzungen s. insbesondere Wiedemann-Wiedemann, Einl. Rn. 322.

²⁵ BAG 18. 3. 2008 – 1 ABR 81/06 – AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 2008, 832 ff.

²⁶ Henssler/Moll/Bepler-D. *Ulber*, Teil 5 (7) Rn. 1.

die im Sinne einer „verfassungsfreundlichen“ Auslegung nicht unterstellt werden können.²⁷

2. Historische Entwicklung

Tarifliche Besetzungsregeln blicken auf eine lange Geschichte zurück. Schon im Jahre 1848 wurde von der ersten nationalen Versammlung der deutschen Buchdrucker ein kompletter Vertragsentwurf erarbeitet. Danach sollten als Maschinenmeister nur gelernte Drucker eingesetzt werden, und zwar an jeder Maschine einer (was die sog. Mehrstellenarbeit ausschloss).²⁸ Angesichts der politischen Rahmenbedingungen dauerte es allerdings noch mehr als 50 Jahre, ehe am 1. 1. 1900 der Setzmaschinentarif in Kraft trat, wonach an Setzmaschinen nur gelernte Handsetzer beschäftigt werden durften.²⁹ In den Jahrzehnten danach wurden in der Druckindustrie die Besetzungsregeln zu einem ausdifferenzierten System fortentwickelt. Wie das BAG³⁰ in einem historischen Rückblick zutreffend ausführte, kamen den Besetzungsregeln von Anfang an zwei verschiedene Funktionen zu: Auf der einen Seite sollte die Arbeitnehmer vor übermäßiger physischer und psychischer Belastung geschützt werden, die sich aus einer zu geringen Besetzung und aus einer Überforderung ergeben konnte. Zum andern sollten ausgebildete Beschäftigte vor der Konkurrenz billiger, ungelernter Arbeitnehmer geschützt werden, was wiederum die sachgerechte Facharbeiterausbildung förderte.

3. Aktuelle Bedeutung

Die Besetzungsregeln erlangten zwar ihre größte Bedeutung in der Druckindustrie, waren aber nie darauf beschränkt. Der oben wiedergegebene Fall der Personalmessung bei der Deutschen Bundespost³¹ benutzt zwar eine andere Terminologie, entspricht aber in der Sache voll den quantitativen Besetzungsregeln. Angesichts der Lehrstellenknappheit gehören tarifliche „Lehrlingskalen“ im Prinzip der Vergangenheit an.³² Sie legten einen prozentualen Höchstanteil von

²⁷ Das BAG (a. a. O. Tz. 29) spricht demgegenüber von verfassungskonformer Auslegung, was nur dann überzeugend wäre, wenn die Besetzungsklauseln generell gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen würden.

²⁸ Wiedergegeben bei *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, RdA 1980, 299, 300. Dazu s. auch *Giesen*, S. 393 ff.

²⁹ *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, RdA 1980, 300.

³⁰ 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98 – AP Nr. 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1999, 1157 Tz. 18.

³¹ § 2 I Fall 1.

³² So *Giesen*, S. 393.

Lehrlingen an der Gesamtbelegschaft fest, weil es sich bei diesen um besonders billige Arbeitskräfte handelte; die „Lehrlingszüchtere“ (wie man damals sagte) hätte nicht nur viele Beschäftigte benachteiligt, sondern auch zu einem unbilligen Wettbewerbsvorteil für die Unternehmen geführt, die von dieser Möglichkeit besonders intensiven Gebrauch gemacht hätten.³³ Entsprechende Regelungen findet man heute in Bezug auf die Beschäftigung anderer „Billigarbeitskräfte“, etwa von befristet Beschäftigten,³⁴ von Leiharbeitnehmern³⁵ oder – bislang aber ganz selten – von Solo-Selbstständigen. Auch insoweit kann ein prozentualer Höchst-satz festgelegt werden.

Insbesondere quantitative Besetzungsregeln sind auch in anderen als den traditionellen Bereichen vorstellbar. So hatte sich das BAG mit der Forderung auseinander zu setzen, im Rahmen des Notwendigen eine Drei-Mann-Besetzung im Cock-pit von Verkehrsflugzeugen vorzuschreiben.³⁶ Die Tarifauseinandersetzung im Bereich der Berliner Charité betritt dagegen Neuland;³⁷ andere Krankenhäuser und Pflegeheime werden möglicherweise folgen. Weiter könnte man die Zahl der Verkäufer in Einkaufszentren in Abhängigkeit von der Verkaufsfläche festsetzen, ist diese doch für den einzelnen Arbeitnehmer schon in der Vergangenheit deutlich erhöht worden.³⁸ Auch gibt es Betriebsvereinbarungen, die am Zeitguthaben der bisher Beschäftigten ansetzen: Soweit dieses bei einer Gruppe von z. B. 16 Personen im Plus ist, muss ein ausscheidender Arbeitnehmer automatisch ersetzt werden. Ist im Durchschnitt die 150-Stunden-Grenze überschritten, muss eine neue Person eingestellt werden.³⁹ Berichtet wird weiter von Besetzungsregeln in der Stadtreinigung.⁴⁰ Zum Teil existieren auch gesetzliche Vorschriften über eine Mindestbesetzung (etwa von Seeschiffen), die eine tarifliche Verbesserung zulassen.

³³ Zur rechtlichen Zulässigkeit und zur Qualifizierung als Betriebsnormen s. LAG Düsseldorf 19. 9. 1960 – 1 Sa 300/60 – AP Nr. 1 zu § 4 TVG Lehrlingsskalen mit kritischer Anm. *Zöllner*.

³⁴ S. BAG 28. 6. 1994 – 1 ABR 59/93 – AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 1995, 387.

³⁵ Berg/Kocher/Schumann-Wankel/Schoof, § 1 Rn. 199 ff.

³⁶ BAG 19. 6. 1984 – 1 AZR 361/82 – AP Nr. 3 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht = NZA 1984, 261.

³⁷ S. oben § 2 I Fall 2.

³⁸ Vgl. *Marth*, Mitb 1985, 232: im Jahre 1972 waren für eine Verkaufsfläche von 1.000 m² im Einzelhandel durchschnittlich 87 Arbeitnehmer zuständig, im Jahre 1983 jedoch nur noch 43.

³⁹ S. die Entscheidung ArbG Stuttgart, Beschluss v. 13. 1. 2009 – 3 BV 131/08 (soweit ersichtlich unveröffentlicht).

⁴⁰ *Däubler-Hensche/Heuschmid*, § 1 Rn. 845 Fn. 2730.

In den USA sind Normen dieser Art in der Vergangenheit häufig vereinbart worden. Im Einzelfall konnte dies zur Weiterbeschäftigung von Personen führen, für die keinerlei Bedarf mehr bestand und die deshalb nicht mehr sinnvoll beschäftigt werden konnten. Dieses sog. „Featherbedding“ (bei uns spricht man vom Heizer auf der E-Lok) ließ sich zumindest teilweise damit erklären, dass bei einer Kündigung nicht einmal Arbeitslosengeld bezahlt wurde.⁴¹ In Deutschland hat es solche Erscheinungen niemals gegeben, so dass sie auch nicht zum Rechtsproblem wurden.

4. Tarifrrechtliche Qualifizierung

Qualitative Besetzungsregeln werden in der Rechtsprechung⁴² wie in der Literatur⁴³ in gleicher Weise wie quantitative Besetzungsregeln⁴⁴ als Betriebsnormen behandelt. Mit Recht wird betont, dass die Besetzungsregeln nicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis abstellen, sondern – als qualitative – auf die Anforderungen eines konkreten Arbeitsplatzes. Insoweit kommt nur eine einheitliche Geltung für Organisierte und Nichtorganisierte in Betracht.⁴⁵ Dasselbe gilt für quantitative Besetzungsregeln: Da es um die Anzahl der an bestimmten Maschinen tätigen Personen geht, kann es nur eine einheitliche Geltung für Organisierte und Nichtorganisierte geben.⁴⁶

Da auch in der Literatur kein Widerspruch ersichtlich ist, wird im Folgenden davon ausgegangen, dass es sich um eine betriebliche Norm handelt.

Eine Betriebsnorm kann zugleich Inhaltsnorm sein.⁴⁷ Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sie ihrem Zweck nach auch den einzelnen Arbeitnehmer vor

⁴¹ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 350 f. Eingehend *Moll*, Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/Main 1982.

⁴² BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = AuR 1991, 154; BAG 22. 1. 1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 12 GG = NZA 1991, 675.

⁴³ *Däubler-Henschel/Heuschmid*, § 1 Rn. 854; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 816; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 348; *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 4 Rn. 51; *Kempfen/Zachert-Schubert/Zachert*, § 1 Rn. 117; *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1836 (soweit Überforderungsschutz); *Säcker/Oetker* S. 150; *Henssler/Moll/Bepler-D. Ulber*, Teil 5 (7) Rn. 3.

⁴⁴ BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98 – AP Nr. 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1999, 1157.

⁴⁵ BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = AuR 1991, 154 Ls 2 und Tz 65; ebenso BAG 22.1.1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 12 GG = NZA 1991, 675 Tz. 38.

⁴⁶ BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = AuR 1991, 154 Tz. 16.

⁴⁷ *Kempfen/Zachert-Schubert/Zachert*, § 1 Rn. 118; *Schaub-Treber*, § 202 Rn. 55.

einer besonders weitgehenden Arbeitsbelastung schützen will.⁴⁸ Dies ist bei quantitativen Besetzungsregeln in aller Regel anzunehmen, gilt aber auch für qualitative Regeln dann, wenn eine Nicht-Fachkraft infolge ihrer fehlenden Qualifikation überfordert wäre. Der dadurch geschaffene Individualschutz führt nicht nur dazu, dass der einzelne Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Einhaltung der Besetzungsregeln verlangen kann. Vielmehr steht ihm auch ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung zu, wenn sich der Arbeitgeber nicht regelkonform verhält, also beispielsweise nur drei statt der vorgeschriebenen vier Arbeitskräfte mit einer bestimmten Aufgabe betraut.

5. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Arbeitgebers

Die verfassungsrechtliche Diskussion um die qualitativen Besetzungsregeln hatte ihren Schwerpunkt bei der Frage, ob die Grundrechte jener Arbeitnehmer oder Bewerber verletzt sind, die nicht die spezifische Qualifikation aufweisen, die der Tarifvertrag voraussetzt.⁴⁹ Im Ergebnis wurde dabei ein Verfassungsverstoß verneint. Die Grundrechte des Arbeitgebers wurden in den beiden Leitentscheidungen des BAG jeweils nur in einer Randnummer behandelt.⁵⁰ Das BAG betonte, die Freiheit der Berufswahl des Arbeitgebers werde durch die qualitativen Besetzungsregeln nicht berührt. Er werde nur in seiner Auswahlentscheidung für bestimmte Tätigkeiten beschränkt. Weiter heißt es:

„Dem Arbeitgeber gegenüber wirken qualitative Besetzungsregeln als Berufsausübungsregelungen ... Der Eingriff wirkt auch nicht so intensiv, dass er die Möglichkeit, ein Druckunternehmen zu führen, nachhaltig in Frage stellen würde und aus diesem Grunde einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nahekäme... Handelt es sich aber um eine Berufsausübungsregelung, so ist diese schon dann verfassungsgemäß, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls diese als zweckmäßig erscheinen lassen. Da die Facharbeiten i. S. der Anhänge zum MTV nur befriedigend von Fachkräften der Druckindustrie ausgeführt werden können, bedarf es keiner weiteren Begründung, dass die vorrangige Beschäftigung der Fachkräfte der Druckindustrie auf den Facharbeitsplätzen vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls entspricht. Selbst wenn davon nicht in jedem Fall ausgegangen

⁴⁸ Ebenso Henssler/Moll/Bepler-D. Ulber, Teil 5 (7) Rn. 3; Wiedemann-Wiedemann, Einl. Rn. 323, wohl auch BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98 – AP Nr. 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1999, 1157 Tz. 19.

⁴⁹ S. aus der Rechtsprechung insbesondere BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 850 Tz. 69 – 88; BAG 22. 1. 1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 9 GG = NZA 1991, 675 Tz. 40 – 54.

⁵⁰ BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 850 Tz. 91; BAG 22. 1. 1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 9 GG = NZA 1991, 675 Tz. 56.

werden könnte, wäre der Zweck, mit den qualitativen Besetzungsregeln einen Anreiz für den Nachwuchs zu geben, sich der Ausbildung zur Fachkraft der Druckindustrie zu unterziehen, so lange eine vernünftige Erwägung, so lange der betreffende Beruf nicht überflüssig geworden ist.“

In der zweiten Entscheidung⁵¹ wurden diese Ausführungen in der Sache voll übernommen.

Ohne dies irgendwie in der Begründung anzusprechen, geht das BAG davon aus, die Tarifparteien seien an die Grundrechte des Arbeitgebers gebunden.⁵² Gleichzeitig wird die Schrankensystematik aus der Bürger-Staat-Beziehung übernommen und dabei unterstellt, dass auch die Tarifparteien Gemeinwohlinteressen wahrnehmen.⁵³ Die Vorstellung, dass die Facharbeiten durch qualifizierte Fachkräfte erledigt werden, könnte auch so bewertet werden, dass sie nur im Interesse des Arbeitgebers und vielleicht noch der beteiligten Arbeitnehmer liegt; ob das Unternehmen gut oder weniger gut funktioniert, ist eine Frage, die nur die unmittelbar Beteiligten betrifft.

Völlig anders ist die Herangehensweise des BAG in der Entscheidung über das Personalbemessungssystem.⁵⁴ Zunächst stellt das Gericht in eingehenden Ausführungen fest, das Verlangen nach anderer Personalbemessung sei mit der Forderung nach Erholungs- und Bedürfniszeiten vergleichbar; es gehe um den Grad der Arbeitsintensität und damit um eine Arbeitsbedingung, von der die physische und psychische Belastung des Arbeitnehmers abhängt.⁵⁵ Anschließend wird festgestellt, die Tarifforderung greife nicht in unzulässiger Weise in „den unternehmerischen Autonomiebereich“ ein.⁵⁶ Danach wird betont, das Grundgesetz gewährleiste in Art. 9 Abs. 3 GG die Tarifautonomie und in Art. 12 Abs. 1 GG die Unternehmensautonomie als Teil der Berufsfreiheit. Deshalb dürfe weder die Unternehmensautonomie noch die Tarifautonomie so ausgeübt werden, dass die andere leerlaufe. Vielmehr seien diese Grundrechtsgewährleistungen so auszudeuten, dass beide jeweils bestmöglich wirksam würden. Weiter heißt es:

⁵¹ BAG 22. 1. 1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 9 GG = NZA 1991, 675 Tz. 56.

⁵² Vgl. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 417 ff., wonach dies keineswegs als selbstverständlich gelten kann.

⁵³ Anders heute BAG 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13 – BB 2015, 2362 Rn. 50: „Entgegen der Ansicht der Klägerin müssen Tarifvertragsregelungen nach § 1 Abs. 1 TVG nicht geeignet sein, an die Stelle einer staatlichen Regelung über Arbeitsbedingungen zu treten, daher angemessene und ausgewogene Regelungen für seinen Geltungsbereich enthalten und Rücksicht auf die Interessen von Außenseitern nehmen.“

⁵⁴ Oben § 2 I Fall 1.

⁵⁵ BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 886 Tz. 18–20.

⁵⁶ A. a. O. Tz. 27.

„Die Unternehmensautonomie wäre nur unzureichend beachtet, wenn ihr die Tarifautonomie keinerlei tariffreien Betätigungsbereich lassen würde. Deshalb kann der Tarifautonomie nicht entnommen werden, dass sämtliche unternehmerischen Entscheidungen tarifvertraglich geregelt werden können. Als kollektives Arbeitnehmerschutzrecht gegenüber der Unternehmensautonomie kann eine tarifliche Regelung nur dort eingreifen, wo eine unternehmerische Entscheidung diejenigen rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Belange der Arbeitnehmer berührt, die sich gerade aus deren Eigenschaft als abhängig Beschäftigte ergeben. Dementsprechend entscheidet die Geschäftsleitung unternehmensautonom beispielsweise über Investitionen, Produktion und Vertrieb. Sie trifft grundsätzlich die Entscheidung darüber, welche Geld- und Sachmittel zu welchem Zweck eingesetzt werden und ob, was und wo hergestellt wird (...).

Diese tarifvertragsfreie Unternehmensautonomie geht aber nicht so weit, dass die Gewerkschaften darauf beschränkt sind, nur soziale Folgewirkungen unternehmerischer Entscheidungen zu regeln (...). Gerade bei der Einführung neuer Technologien werden Arbeitsbedingungen verändert. Aus der Sicht der betroffenen Arbeitnehmer ist es dann gleichgültig, ob die soziale Frage bereits Teil oder erst Folge der Unternehmensentscheidung ist. Zudem wird dies oft ein produktionstechnischer Zufall sein. Vor allem aber gibt es unternehmerische Maßnahmen, die sich für die Arbeitnehmer derart belastend auswirken können, dass sich die sozialen Folgen nicht oder nicht hinreichend ausgleichen oder mildern lassen (...). Deshalb bezieht sich der Regelungsauftrag des Art. 9 Abs. 3 GG immer dann, wenn sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen, zwangsläufig mit auf die Steuerung der unternehmerischen Sachentscheidung (...).

Um einen solchen Fall handle es sich hier. Das Personalbemessungssystem habe unmittelbare Auswirkungen auf die Arbeitsgeschwindigkeit; wolle die Gewerkschaft auf diese einwirken und unerwünschte Auswirkungen für die betroffenen Arbeitnehmer abwehren, müsse sie auch auf das Personalbemessungssystem Einfluss nehmen.

Auch hier wird die Frage nicht ausdrücklich erörtert, ob die Tarifparteien an Grundrechte des Arbeitgebers gebunden sind. Stattdessen optiert das Gericht für eine praktische Konkordanz zwischen Tarif- und Unternehmensautonomie. Letztere wird zunächst sehr weit definiert, dann jedoch durch die Formel eingeschränkt, bei „Untrennbarkeit von wirtschaftlicher und sozialer Seite“ sei eine tarifliche Regelungsmöglichkeit gegeben. Inwieweit bei allen beispielhaft genannten Unternehmensentscheidungen – Investitionen, Produktion und Vertrieb, Einsatz von finanziellen Mitteln, Entscheidung über das Ob und Wo der Produktion – eine solcher zwingender Zusammenhang besteht, wird als Frage nicht aufge-

worfen. Die Formulierungen des Gerichts haben in gewissem Umfang Kompromisscharakter, doch bleibt außer Zweifel, dass Personalbemessungssysteme tariflich regelbar sind. Insoweit ist auch die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg⁵⁷ zum Charité-Fall zu Recht ergangen.

II. Beschränkung und Ausschluss der betriebsbedingten Kündigung

Wird die Möglichkeit des Arbeitgebers, betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen, durch Tarifvertrag eingeschränkt oder ausgeschlossen, so hat dies zumindest mittelbaren Einfluss auf die Unternehmenspolitik. Gleiches gilt für entsprechende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Erst recht ist der Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers sehr viel geringer, wenn auch die außerordentliche Kündigung als Reaktion auf betriebliche Situationen beschränkt oder ausgeschlossen ist. Insoweit gibt es eingehende Überlegungen in Rechtsprechung und Literatur.

1. Beschränkung und Ausschluss der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung

a) Beschränkung

Tarifverträge können die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung enger bestimmen als das Gesetz, beispielsweise nur die Betriebsstilllegung für eine betriebsbedingte und die Erwerbsunfähigkeit für eine personenbedingte Kündigung genügen lassen.⁵⁸ Möglich wäre weiter, die Umdeutung einer (unwirksamen) außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung im Tarifvertrag auszuschließen.⁵⁹ Auch kann man tariflich festlegen, dass der Arbeitgeber erst Kurzarbeit beantragen muss, bevor er eine bestimmte Zahl von betriebsbedingten Kündigungen ausspricht. Ein Tarifvertrag kann weiter vorsehen, dass statt der Kurzarbeit auch die wöchentliche Arbeitszeit auf 30 Stunden herabgesetzt wird, ohne dass ein Lohnausgleich erfolgt; dabei kann man klar stellen, dass eine betriebsbedingte Kündigung erst dann in Betracht kommt, wenn auch dieses Mittel ausscheidet, weil nicht einmal mehr Arbeit für 30 Stunden vorhanden ist.

⁵⁷ LAG Berlin-Brandenburg 24. 6. 2015 – 26 SaGa 1059/15 – juris.

⁵⁸ Löwisch/Spinner/Wertheimer-Löwisch, vor § 1 Rn. 113.

⁵⁹ *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 958.

b) **Ausschluss**

Das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung kann durch Tarifvertrag auch ganz ausgeschlossen werden.⁶⁰ Dabei können sich die Tarifparteien auf die betriebsbedingte Kündigung beschränken. In der Praxis wird davon in zwei Fallkonstellationen Gebrauch gemacht: Einmal geht es um den Schutz älterer Arbeitnehmer,⁶¹ zum zweiten wird die Kündigung in „Bündnissen für Arbeit“ und in Sanierungstarifverträgen ausgeschlossen, wo dies die Gegenleistung des Arbeitgebers für einen Verzicht der Arbeitnehmer auf Entgeltbestandteile oder für die (unbezahlte) Verlängerung der Arbeitszeit ist. Bei dem Sonderschutz für ältere Arbeitnehmer stellt sich das Problem der Diskriminierung wegen (jüngeren) Alters; ihm ist durch eine Einzelfallkorrektur zu begegnen, wenn andernfalls grob unbillige Ergebnisse entstehen würden.⁶² Ein unzulässiger Eingriff in Arbeitgebergrundrechte liegt nicht vor.

Ist die ordentliche Kündigung (für einzelne Gruppen von Beschäftigten oder) generell ausgeschlossen, so ist damit auch die Änderungskündigung erfasst.⁶³ Eine Formulierung, die inhaltlich auch die außerordentliche Kündigung ergreifen könnte, ist einengend auszulegen und auf die ordentliche Kündigung zu beschränken.⁶⁴

Wird trotz tariflicher Unkündbarkeit eine ordentliche Kündigung ausgesprochen, so ist diese wegen Verstoßes gegen die zwingende Vorschrift des Tarifvertrags gemäß § 134 BGB unwirksam.⁶⁵

2. Erweiterte Beteiligungsrechte für Betriebsrat und Personalrat

Nach der Rspr. des BAG⁶⁶ und der weit überwiegenden Auffassung in der Literatur⁶⁷ kann dem Betriebsrat durch Tarifvertrag ein volles Mitbestimmungsrecht bei Kündigungen eingeräumt werden. Dies gilt auch für die außerordentliche

⁶⁰ BAG 28.2.1990 – 2 AZR 425/89 – DB 1990, 2609; BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97 – BB 1999, 1330; *Beck*, AuR 1981, 333; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 948; *Däubler-Hensche/Heuschmid*, TVG, § 1 Rn. 823ff.; wohl auch *KR-Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 34.

⁶¹ Zur diskriminierungsrechtlichen Seite s. *Schlachter*, Das Verbot der Altersdiskriminierung, HSI-Schriftenreihe Band 10.

⁶² S. Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler, Einl. Rn. 198–203 m. w. N.

⁶³ BAG 10. 3. 1982 – 4 AZR 158/79 – NJW 1982, 2839; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Rn. 1293.

⁶⁴ *Kania/Kramer*, RdA 1995, 290.

⁶⁵ *KR-Friedrich*, § 13 KSchG Rn. 307.

⁶⁶ 10. 2. 1988 – 1 ABR 70/86 – NZA 1988, 699, 700; 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – DB 2001, 389; 24.8.2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371.

⁶⁷ Nachweise bei *DKKW-Däubler*, Einl. Rn. 78; und *Däubler-Hensche/Heuschmid*, § 1 Rn. 935, 938.

Kündigung.⁶⁸ Stimmen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht überein, muss die Einigungsstelle entscheiden, deren Spruch nach allgemeinen Grundsätzen gerichtlich überprüft werden kann.⁶⁹ Zulässig ist sogar, den Arbeitgeber bei einem »Nein« des Betriebsrats direkt an das Arbeitsgericht zu verweisen.⁷⁰ Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers ist dadurch nicht verletzt, da dann, wenn ein Kündigungsgrund vorliegt, lediglich der Zeitpunkt der Kündigung hinausgeschoben wird. Insoweit bestehe Übereinstimmung mit dem Sonderkündigungsschutz z. B. der Schwerbehinderten oder schwangerer Frauen; von einem übermäßigen Eingriff könne nicht die Rede sein.⁷¹

Die Einräumung eines definitiven Vetorechts wird demgegenüber für unzulässig gehalten.⁷² Dies trifft sicherlich zu, soweit ein unentziehbares Recht des Arbeitgebers (etwa die Möglichkeit zur Kündigung bei unmittelbarer Existenzgefährdung) in Rede steht. Im Gegensatz dazu ist es nicht zu beanstanden, dass der Betriebsrat ohne weitere Überprüfungsmöglichkeit eine ordentliche Kündigung verhindern kann, da diese auch ganz ausgeschlossen werden könnte.⁷³ Mit genau dieser Argumentation wird etwa ein tarifliches Vetorecht des Betriebsrats gegen Samstagsarbeit gerechtfertigt, könnte diese doch durch Tarifvertrag auch vollständig verboten werden.⁷⁴ Dies ist vom BAG nicht berücksichtigt worden.⁷⁵

Beteiligungsrechte des Personalrats lassen sich grundsätzlich nicht erweitern, da die §§ 3, 97 BPersVG derartige tarifliche Abmachungen ausdrücklich ausschließen.⁷⁶ Möglich ist daher nur, eine inhaltliche Regelung zu treffen, die beispielsweise die ordentliche Kündigung generell verbietet, sie mit Zustimmung des Personalrats aber zulässt.

⁶⁸ BAG 23. 11. 1955 – 1 AZR 95/55 – AP Nr. 1 zu § 184 BGB; BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99 – AP Nr. 121 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 2001, 271; Kempen/Zachert-Wendeling-Schröder, § 1 Rn. 834; KR-Etzel, § 102 BetrVG Rn. 244; a. A. Wiedemann-Thüsing, § 1 Rn. 703.

⁶⁹ Näher DKKW-Berg, § 76 Rn. 138 ff. m. w. N.

⁷⁰ BAG 21. 6. 2000 – 4 AZR 379/99 – AP Nr. 121 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 2001, 271 = DB 2001, 389 = AiB 2001, 379 mit Anm. *Furier*.

⁷¹ BAG 21. 6. 2000 – 4 AZR 379/99 – AP Nr. 121 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 2001, 271 Tz. 27 ff.

⁷² BAG 21. 6. 2000 – 4 AZR 379/99 – AP Nr. 121 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 2001, 271.

⁷³ Oben 1 b.

⁷⁴ *Richardi*, NZA 1988, 673, 677.

⁷⁵ S. weiter Däubler-Henschel/Heuschmid § 1 Rn. 933.

⁷⁶ Kritisch dazu Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1091ff.; Däubler-Henschel/Heuschmid, § 1 Rn. 903.

Das LAG Hamm⁷⁷ hält auch ein gewerkschaftliches Zustimmungsrecht für zulässig. Dem ist das BAG⁷⁸ gefolgt, wobei es eine Frage der Tarifauslegung sei, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung vorzuliegen habe. Müsse sie vor dem Ausspruch der Kündigung übermittelt sein, könne sie später nicht mehr nachgeholt werden.⁷⁹ In der Praxis kommen solche Abmachungen insbesondere im Rahmen von Sanierungsvereinbarungen vor, die das wirtschaftliche Entgegenkommen der Arbeitnehmerseite mit einem verstärkten Bestandsschutz für die Arbeitsverhältnisse ausgleichen wollen. Ob diese Grundsätze nur bei der ordentlichen oder auch bei der außerordentlichen Kündigung gelten, hat das BAG⁸⁰ dahinstehen lassen, doch besteht kein Anlass, hier anders als bei Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats zu entscheiden.

3. Beschränkung der außerordentlichen Kündigung

a) Darf auch aus betrieblichen Gründen außerordentlich gekündigt werden?

Stehen betriebliche Gründe der weiteren Tätigkeit des Arbeitnehmers entgegen, weil der Arbeitsplatz weggefallen ist oder gar der Betrieb stillgelegt wurde, so stellt dies keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Andernfalls könnte der Arbeitgeber sein Betriebs- und Wirtschaftsrisiko beliebig auf die Arbeitnehmer abwälzen.⁸¹ Die Wahrung der Kündigungsfrist zählt zum unternehmerischen Risiko.⁸² Auch das Bedürfnis, Lohnkosten zu sparen, kann selbstredend keine außerordentliche (Änderungs-)Kündigung rechtfertigen.⁸³

Bei „unkündbaren“ Arbeitnehmern, bei denen die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, hat das BAG in »extremen Ausnahmefällen« eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung zugelassen.⁸⁴ Dazu gehört ein Fall, über den sich im Grunde alle einig sind: Wird das gesamte Unternehmen stillgelegt, so besteht auch für unkündbare Arbeitnehmer ersichtlich keine Beschäftigungsmöglichkeit

⁷⁷ 17. 9. 2009 – 11 Sa 20/09 – AuR 2010, 443.

⁷⁸ 24. 2. 2011 – 2 AZR 830/09 – NZA 2011, 708.

⁷⁹ BAG, a. a. O.

⁸⁰ A. a. O. Tz. 21.

⁸¹ Allgemeine Meinung; aus der Rspr. siehe etwa BAG 9. 7. 1981 – 2 AZR 788/78 – AP Nr. 4 zu § 20 BGB Bedingung; LAG Berlin 16. 2. 1961 – 2 Sa 1/61 – BB 1961, 605; aus der Literatur etwa MüKo-Henssler, § 626 BGB Rn. 208; Schaub-Linck, § 127 Rn. 121.

⁸² So ausdrücklich BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB Bl. 3 R, und BAG 13. 6. 2002 – 2 AZR 391/01 – DB 2003, 210.

⁸³ BAG 20. 1. 2000 – 2 ABR 40/99 – BB 2000, 981; s. auch KR-Fischermeier, § 626 Rn. 155 ff.

⁸⁴ BAG 13. 6. 2002 – 2 AZR 391/01 – DB 2003, 210, und zuletzt BAG 22. 11. 2012 – 2 AZR 673/11 – NZA 2013, 730.

mehr. Würde man ihre Arbeitsverhältnisse aufrechterhalten, so wäre der Arbeitgeber zur zeitlich unbeschränkten Entgeltfortzahlung verpflichtet, ohne einen einzigen Tag Arbeit als Gegenleistung zu bekommen. Erst im Rentenalter des Unkündbaren würde die Zahlungspflicht enden, was als unzumutbar angesehen wird. Die Rechtsprechung gibt dem Arbeitgeber daher in einem solchen Fall eines „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung.⁸⁵ Bleiben noch einige wenige Arbeitsplätze erhalten, so werden diejenigen Unkündbaren von einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses verschont, die nach sozialen Gesichtspunkten am schutzwürdigsten sind; § 1 Abs. 3 KSchG findet entsprechende Anwendung.⁸⁶

Die außerordentliche Kündigung „Unkündbarer“ muss die längste für den betroffenen Arbeitnehmer in Betracht kommende Kündigungsfrist wahren. Dies ist meist, aber nicht immer die Frist, die eingreifen würde, wenn der Arbeitnehmer nicht unkündbar wäre. Denkbar sind ausnahmsweise auch Fälle, in denen die Unkündbarkeit vor Erreichen der längsten tariflichen Kündigungsfrist (arbeitsvertraglich oder tariflich) vereinbart wird: Wenn sich die darin liegende Privilegierung nicht „halten“ lässt, weil sonst ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis entstehen würde, muss die dem am nächsten kommende Absicherung, d. h. die längste tarifliche Kündigungsfrist zugrunde gelegt werden.⁸⁷ In allen diesen Fällen ist überdies der Betriebsrat bzw. der Personalrat in gleicher Weise wie bei einer ordentlichen Kündigung zu beteiligen.⁸⁸ Es handelt sich aber weiter um eine außerordentliche Kündigung,⁸⁹ so dass dann, wenn ihre Voraussetzungen im Einzelfall fehlen, nur der Arbeitnehmer, nicht aber der Arbeitgeber gemäß § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung beantragen kann.⁹⁰ Kommt es zu einer sozialen Auswahl (weil nicht alle Arbeits-

⁸⁵ BAG 28. 3. 1985 – 2 AZR 113/84 – AP Nr. 86 zu § 626 BGB; BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB; BAG 8. 4. 2003 – 2 AZR 355/02 – NZA 2003, 857; anders mit beachtlichen Erwägungen ArbG Bremen 5. 4. 2000 – 5 Ca 5172/99 – AiB 2001, 303, das mit Recht u. a. darauf verweist, jeder Tarifvertrag sei ein „Kompromisspaket“, die von der Arbeitnehmerseite gemachten Konzessionen für die Unkündbarkeit seien aber weiter wirksam.

⁸⁶ BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB = DB 1998, 1035; ebenso *Bröhl*, S. 189.

⁸⁷ HK-ArbR-*Griebeling*, § 626 BGB Rn. 41 mit Nachweisen aus der nicht immer ganz einheitlichen Rechtsprechung; Bedenken bei *Bröhl*, S. 186, der unterstellt, man wende Kündigungsfristen an, die für das fragliche Arbeitsverhältnis nie in Betracht kommen wären; dies wird aber jedenfalls hier nicht vertreten.

⁸⁸ BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB; BAG 8. 4. 2003 – 2 AZR 355/02 – NZA 2003, 857; *Bröhl*, S. 194 f.

⁸⁹ A. A. *Adam*, NZA 1999, 846.

⁹⁰ BAG 30. 9. 2010 – 2 AZR 160/09 – NZA 2011, 349.

plätze wegfallen), kann diese nicht durch Vereinbarung einer Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG erleichtert werden.⁹¹

Wird nur ein Betrieb des Unternehmens stillgelegt, so ist im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren eine Versetzung in einen anderen Betrieb vorzunehmen. Dasselbe gilt, wenn nur ein Betriebsteil geschlossen wird und der Unkündbare im Restbetrieb nicht weiterbeschäftigt werden kann. Nach der jüngeren Rechtsprechung⁹² muss sich jedenfalls der öffentliche Arbeitgeber über § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG hinaus nicht nur in einem Verwaltungszweig, sondern in allen Geschäftsbereichen um eine „Unterbringung“ bemühen; Entsprechendes war schon bisher bei der sog. qualifizierten Unkündbarkeit verlangt worden.⁹³ Im Bereich der Privatwirtschaft kommt dies einer Pflicht gleich, sich um eine Weiterbeschäftigung in anderen Konzernunternehmen zu bemühen.⁹⁴ Notfalls ist ein Arbeitsplatz, für den der Unkündbare die nötige Qualifikation mitbringt, durch Kündigung des bisher dort Tätigen freizumachen, was aber nur für das Arbeitgeberunternehmen gelten dürfte.⁹⁵ Fehlt es an einer solchen Alternative (weil etwa keine vergleichbaren Arbeitsplätze vorhanden sind) und kommt auch keine Umorganisation und keine Umschulung in Betracht (dazu sogleich), so bleibt es bei der Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung.

Fällt nur ein einzelner Arbeitsplatz weg, so sind „alle betrieblich möglichen und zumutbaren Maßnahmen“ zu ergreifen, um die Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz möglich zu machen.⁹⁶ Auch insoweit ist notfalls ein Arbeitsplatz „freizukündigen“. Dasselbe gilt, wenn eine Abteilung geschlossen oder ein Betriebsteil ausgegliedert wird.⁹⁷ Im letzten Fall spielt es keine Rolle, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat.⁹⁸

Ist kein Arbeitsplatz vorhanden, auf dem der Unkündbare weiterbeschäftigt werden könnte, muss er ggf. für eine andere Tätigkeit umgeschult werden. Nach der Rechtsprechung des BAG⁹⁹ ist dies dem Arbeitgeber dann nicht zuzumuten, wenn es sich um einen älteren Arbeitnehmer handelt, der ggf. vorzeitig in Rente geht.¹⁰⁰

⁹¹ BAG 28. 5. 2009 – 2 AZR 844/07 – NZA 2009, 954.

⁹² BAG 26. 11. 2009 – 2 AZR 272/08 – NZA 2010, 628.

⁹³ Dazu unten b.

⁹⁴ Vgl. dazu den Fall BAG 10. 5. 2007 – 2 AZR 626/05 – NZA 2007, 1278.

⁹⁵ Zur nötigen Interessenabwägung in Bezug auf den kündbaren Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz räumen muss, s. *Bröhl*, S. 160, 203 ff.; *Buse*, S. 111 ff.; *Horcher*, NZA-RR 2006, 393 ff.

⁹⁶ LAG Hamm 11. 10. 1995 – 2 Sa 287/95 – LAGE § 626 BGB Nr. 92.

⁹⁷ BAG 17. 9. 1998 – 2 AZR 419/97 – NZA 1999, 258 = DB 1999, 154.

⁹⁸ BAG, a. a. O.

⁹⁹ 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB.

¹⁰⁰ Zustimmung *Groeger*, NZA 1999, 850.

Dabei wäre allerdings nach dem konkreten Aufwand zu fragen. Da der Arbeitgeber die bei Älteren u. U. recht lange Frist für die ordentliche Kündigung sowieso wahren und Entgelt ohne Arbeitsleistung bezahlen muss, wird eine Umschulung erst dann unzumutbar, wenn sie mit erheblich höheren Aufwendungen verbunden ist. Nach dem BAG¹⁰¹ ist die Umschulung dem Arbeitgeber „regelmäßig“ zumutbar.

Scheidet auch eine Umschulung aus, weil sich der Arbeitnehmer z. B. hierfür nicht eignet, so stellt sich die Frage, wie lange die Weiterzahlung des Entgelts dem Arbeitgeber zumutbar ist, ohne dass er dafür eine verwertbare Gegenleistung erhält. Hinnehmbar ist es sicherlich, die Vergütung erheblich länger als bei Wahrung der Kündigungsfristen zu bezahlen; andernfalls hätte die Unkündbarkeit ihre Bedeutung weithin eingebüßt. Eine Frist von fünf Jahren erschien dem BAG zunächst nicht mehr akzeptabel.¹⁰² Allerdings stand es in einer späteren Entscheidung¹⁰³ auf dem Standpunkt, es sei durchaus hinnehmbar, wenn zwischen dem Ende der Auslaufrfrist und der Altersgrenze drei Jahre liegen, was unschwer zu einem Gesamtzeitraum von knapp fünf Jahren führen kann. Auch kann man auf § 15 Abs. 4 TzBfG verweisen, der dem Arbeitgeber wie dem Arbeitnehmer eine fünfjährige Bindung zumutet. An anderer Stelle hat die Rechtsprechung danach gefragt, welche Belastungen sich die Tarifparteien in sonstigen Tarifverträgen auferlegt haben.¹⁰⁴ Zumutbar ist es auf alle Fälle, das Arbeitsverhältnis eines Altersteilzeiters noch 11 Monate bis zum Eintritt in die Freistellungsphase aufrechtzuerhalten, wenn dessen Tätigkeitsfeld auf einen externen Dienstleister übertragen wurde.¹⁰⁵

Eine Kündigung, die den hier skizzierten Voraussetzungen nicht entspricht, ist unwirksam. Dies gilt insbesondere für eine ordentliche Kündigung, die durch Tarifvertrag ausgeschlossen ist, aber auch für eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung, die die spezifischen Voraussetzungen nicht wahrt, die die Rechtsprechung entwickelt hat. Die tarifliche „Unkündbarkeit“ muss im Kündigungsverfahren vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden; ein schlichter Hinweis auf das Eingreifen von Tarifverträgen reicht nicht aus.¹⁰⁶

¹⁰¹ 13. 6. 2002 – 2 AZR 391/01 – DB 2003, 211.

¹⁰² So im Fall BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB.

¹⁰³ BAG 6. 10. 2005 – 2 AZR 362/04 – ZTR 2006, 437 = NZA-RR 2006, 416.

¹⁰⁴ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – DB 2003, 102.

¹⁰⁵ LAG Berlin 24. 9. 2004 – 6 Sa 685/04 – ZTR 2005, 57.

¹⁰⁶ BAG 8. 11. 2007 – 2 AZR 314/06 – AuR 2007, 440.

a) Tarifliche Beschränkung der außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen?

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB kann als solches nicht ausgeschlossen werden.¹⁰⁷ Die Literatur ist sich insoweit einig, dass das Recht zur Lösung aus unzumutbar gewordenen Vertragsbeziehungen Teil eines unverzichtbaren Freiheitsrechts ist.¹⁰⁸

Abgelehnt wird auch eine Beschränkung auf bestimmte Gründe, da auch dies die eine oder die andere Partei in eine unzumutbare Situation bringen könne.¹⁰⁹ Mit Recht hat Gamillscheg¹¹⁰ dagegen eingewandt, der Arbeitgeber könne als die stärkere Seite im Arbeitsverhältnis selbst bestimmen, was er sich zumuten wolle. In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb es inakzeptabel sein soll, wenn ein Arbeitgeber aus freien Stücken zum Enumerationsprinzip des § 123 GewO a. F. zurückkehrt, aber gleichzeitig die Interessenabwägung beibehält. Ausdrücklich hat mittlerweile auch das BAG¹¹¹ eine Beschränkung auf „fest umrissene Tatbestände“ zugelassen. Vom Arbeitgeber würde nichts „evident Unzumutbares“ verlangt,¹¹² wenn er nur in Fällen außerordentlich kündigen dürfe, in denen auch ein Beamter wegen schuldhafter Pflichtverletzungen aus dem Dienst entfernt werden könnte.¹¹³

Verzichtbar ist die außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen, weil sich der Arbeitgeber ggf. auch größeren Aufwand bei Umstrukturierungen zumuten kann; jedenfalls ist die Beschränkung auf eine betriebsbedingte Änderungskündigung wie im früheren § 55 Abs. 2 BAT nicht zu beanstanden.¹¹⁴ In Extremfällen muss jedoch ein Rückgriff auf § 626 BGB möglich bleiben.¹¹⁵ Diese

¹⁰⁷ Lediglich „erhebliche Bedenken“ gegen einen Ausschluss hat jedoch BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB.

¹⁰⁸ KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 64; Kramer, S. 60 f.

¹⁰⁹ LAG Nürnberg 26. 4. 2001 – 8 Sa 770/00 – BB 2001, 1906; ErfK-Müller-Glöge, § 626 Rn. 194; Kramer, S. 62.

¹¹⁰ AuR 1981, 105.

¹¹¹ 31. 1. 1996 – 2 AZR 150/95 – DB 1996, 990, 992.

¹¹² So die Formulierung in BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – AP Nr. 143 zu § 626 BGB.

¹¹³ Ebenso bereits *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 952; ebenso KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 67.

¹¹⁴ BAG 31. 1. 1996 – 2 AZR 158/95 – DB 1996, 990, 992; BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 215/03 – AP Nr. 278 zu § 613a BGB = ZTR 2005, 157 = AiB 2005, 129 mit Anm. *Letsche*; BAG 18. 5. 2006 – 2 AZR 207/05 – AuR 2006, 201; *Conze*, ZTR 1987, 100; a. A. *Kania/Kramer*, RdA 1995, 289; KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 66.

¹¹⁵ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – DB 2003, 102, 103; BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 215/03 – AP Nr. 278 zu § 613a BGB = ZTR 2005, 157 = AiB 2005, 129 mit Anm. *Letsche*.

sind mit Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 GG bei einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers anzunehmen.¹¹⁶ Das BAG hat dabei insbesondere an den Fall gedacht, dass eine außeruniversitäre private Forschungseinrichtung, die zu 100 % von Drittmitteln abhängt und zugleich zur Anwendung des BAT verpflichtet ist, einem an sich unkündbaren Forscher kündigen möchte, weil sie trotz aller denkbaren Bemühungen für ihn keine Finanzierungsmöglichkeit mehr finden kann – würde seine Weiterbeschäftigung verlangt, müsste dies letztlich zu einer Schließung der Einrichtung wegen Überschuldung führen.¹¹⁷ Sieht man einmal von diesem Sonderfall ab, verlangt diese sog. qualifizierte Unkündbarkeit außerdem vom Arbeitgeber ein gesteigertes Maß an „Ausweichstrategien“, die bis zur Vermittlung eines Arbeitsplatzes bei einem andern Unternehmen und der Gewährung eines dauernden Lohnkostenzuschusses gehen können.¹¹⁸ Auch die personenbedingte außerordentliche Kündigung gehört nicht zum unabdingbaren Minimum der Arbeitgeber-Freiheit, sofern eine Suspendierung möglich bleibt; auch eine jahrelange Fortzahlung der Vergütung ist hinnehmbar, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist.

III. Tarifsozialplan

In den Fällen „Otis“ und „Heidelberger Druckmaschinen“¹¹⁹ ging es um eine einfache und um eine schwierigere Frage.

1. Vereinbarkeit mit den §§ 111–113 BetrVG?

Die einfache besteht darin, ob es überhaupt zulässig ist, neben den §§ 111 ff. BetrVG über einen tariflichen Sozialplan zu verhandeln. Handelt es sich hier nicht um eine abschließende Sonderregelung, die ein Vorgehen auf der „tariflichen Schiene“ ausschließt? Wird die „Vertretbarkeit für das Unternehmen“ als Sozialplangrenze nicht gegenstandslos, wenn über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile ein Tarifvertrag geschlossen wird, der nicht an diese Grenze gebunden ist? Die Arbeitgeberseite hatte sich zudem beklagt, einem „Zangenangriff“ durch Betriebsrat und Gewerkschaft ausgesetzt zu sein.

¹¹⁶ BAG, a. a. O.

¹¹⁷ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – AP Nr. 4 zu § 55 BAT = DB 2003, 102, 103 Tz. 20; näher dazu Däubler, GS Heinze, S. 127 ff.

¹¹⁸ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – DB 2003, 102, 103.

¹¹⁹ Oben § 2 III.

In der juristischen Literatur fand diese Argumentation jedoch nur wenig Unterstützung.¹²⁰ Die Rechtsprechung des BAG¹²¹ wie der Instanzgerichte¹²² kam einheitlich zu einem gegenteiligen Ergebnis und sah in den §§ 111 ff. BetrVG keine Tarif- und Arbeitskampfgrenze. Sie kann sich insbesondere auf § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG stützen, wonach § 77 Abs. 3 BetrVG auf den Sozialplan keine Anwendung findet: Dies setzt voraus, dass es im üblichen Regelungsbereich von Sozialplänen auch Tarifverträge geben kann, da die Vorschrift andernfalls keinen Anwendungsbereich hätte. Damit ist klargestellt, dass die §§ 111 ff. keine Exklusivregelung enthalten, sondern ggf. neben tariflichen Abmachungen stehen. Auch ein Streik um einen Tarifsozialplan ist nicht etwa deshalb unverhältnismäßig, weil er angesichts der §§ 111 ff. BetrVG nicht erforderlich wäre: Nach Art. 9 Abs. 3 GG entscheiden die Tarifparteien in eigener Verantwortung, welche Gegenstände sie aufgreifen und regeln wollen, solange sie sich im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bewegen.¹²³

2. Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Freiheit?

Verlangt die Gewerkschaft Abfindungszahlungen, eine Verlängerung der Kündigungsfristen und die Finanzierung von Qualifizierungsmaßnahmen, so handelt es sich um tariflich regelbare Gegenstände.¹²⁴ Fraglich ist allein, ob die Höhe der erhobenen Forderungen¹²⁵ rechtliche Bedenken hervorrufen könnte. Dies lehnten sowohl das LAG Niedersachsen im Fall Otis¹²⁶ wie auch das BAG im Fall

¹²⁰ Für einen Vorrang der §§ 111 ff. BetrVG *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019, 1022; *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214, 2218. Dagegen jedoch *Fitting*, §§ 112, 112a Rn. 185; *Franzen*, FS Reuter, S. 480; *B. Gaul*, RdA 2008, 14; *Henssler*, FS Richardi, S. 556 f.; *Kaiser*, FS Buchner, S. 388 ff.; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1018 ff.; *Wank*, RdA 2009, 1, 6; *DKKW-Däubler*, § 111 Rn. 16.

¹²¹ B. 12. 2006 – 4 AZR 798/05 – NZA 2007, 821; BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987.

¹²² LAG Niedersachsen 2. 6. 2004 – 7 Sa 819/04 – AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 2004, 471; LAG Schleswig-Holstein 27. 3. 2003 – 5 Sa 137/03 – AuR 2004, 152 = NZA-RR 2003, 592.

¹²³ BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = NZA 2007, 987 = AiB 2007, 732 Tz. 87.

¹²⁴ BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = NZA 2007, 987 = AiB 2007, 732.

¹²⁵ S. die Darstellung oben § 2 III.

¹²⁶ LAG Niedersachsen 2. 6. 2004 – 7 Sa 819/04 – AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 2004, 471.

Heidelberger Druckmaschinen¹²⁷ ab. Die eingehende Begründung des BAG verdient Aufmerksamkeit, weshalb ihre Kernsätze wörtlich wiedergegeben werden sollen:¹²⁸

„Die Übermaßkontrolle von Streikzielen ist nicht zum Schutz von Grundrechten des Koalitionspartners geboten. Die Höhe einer Streikforderung greift nicht in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Arbeitgeber aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG ein. Von einer für ein tariflich regelbares Ziel erhobenen Streikforderung als solcher geht keine Beeinträchtigung aus. Eine bloße Tarifforderung hat keine rechtsgestaltende, für den Gegner verbindliche Wirkung (...). Der Umfang einer Streikforderung ist keine rechtlich bedeutsame Größe. Die Aussicht auf eine uneingeschränkte Umsetzung eines Streikziels besteht typischerweise nicht. Eine Streikforderung rechnet mit dem Widerstand der Arbeitgeberseite. Sie geht aus den verschiedensten Motiven regelmäßig über dasjenige Maß hinaus, bei dessen Erreichen die Gewerkschaft zum Tarifabschluss bereit ist. Sie hat die Funktion, die jeweiligen Mitglieder zu motivieren und Tarifverhandlungen zunächst einmal in Gang zu bringen (...). Mit der Rechtskontrolle schon des Umfangs der Streikforderung würde deshalb eine nur potentielle Norm in Unkenntnis ihrer späteren Konkretisierung auf eine mögliche Grundrechtswidrigkeit überprüft. Das ist mit der Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren und widerspricht dem Grundgedanken der Tarifautonomie (...). Ihre Grenze liegt dort, wo die Streikforderung gezielt auf die wirtschaftliche Existenzvernichtung des Gegners gerichtet und damit vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr gedeckt ist.“

Der Verzicht auf eine Übermaßkontrolle steht – so das BAG¹²⁹ – nicht im Widerspruch zur Rechtskontrolle von Streikzielen, die aufrechterhalten bleibt. Soll für ein rechtswidriges Ziel gestreikt werden, kann eine gerichtliche Überprüfung stattfinden und der Streik ggf. durch einstweilige Verfügung untersagt werden.

Die geplante Betriebsänderung als solche, d. h. die Verlagerung, war nicht Gegenstand der Streikforderungen. Im Fall des LAG Niedersachsen war sie noch eindeutiger ausgenommen.¹³⁰ Ohne Bedeutung blieb, ob die Realisierung der erhobenen Forderungen die Verlagerung wirtschaftlich unsinnig gemacht hätte. Wörtlich führte das BAG¹³¹ aus:

¹²⁷ BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = NZA 2007, 987 = AiB 2007, 732 Tz. 100.

¹²⁸ A. a. O.

¹²⁹ A. a. O. Tz. 101.

¹³⁰ LAG Niedersachsen 2. 6. 2004 – 7 Sa 819/04 – AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 2004, 471 Tz. 77 ff.

¹³¹ A. a. O. Tz. 112.

„Die Rechtswidrigkeit des Streiks folgt nicht daraus, dass die Forderungen der Beklagten jedenfalls in ihrer Summe geeignet gewesen wären, die von der HDM-AG geplante Verlagerung von Teilen ihrer Produktion an andere Standorte faktisch zu verhindern oder wirtschaftlich unsinnig zu machen. Wie ausgeführt, findet eine gerichtliche Übermaßkontrolle von bloßen Streikforderungen nicht statt.“

Dies bedeutet, dass Streikforderungen durchaus legal bleiben, auch wenn sie so hoch sind, dass sich im Falle ihrer Realisierung die Verlagerung nicht mehr „rechnen“ würde. Für die Praxis bedeutet dies, dass die Gewerkschaft jedenfalls mittelbar auch die Verlagerung zum Gegenstand eines Arbeitskampfes machen kann, ohne dass sie dabei ein rechtliches Risiko eingeht.

Könnte sie die Beibehaltung des bisherigen Standorts zum direkten Streikziel machen? Vom Sachverhalt her hatte das BAG gar keine Möglichkeit, sich zu dieser Frage zu äußern, weil die Streikforderungen allesamt die „Verlagerungsfolgen“ betrafen. Deshalb kann sich die Gewerkschaft nicht auf diese Entscheidung berufen, wenn sie für die Beibehaltung des bisherigen Standorts streiken möchte. Auf der anderen Seite hat das BAG aber auch kein negatives Präjudiz in dem Sinne gesetzt, dass mit der mittelbaren Beeinflussung der Standortentscheidung die äußerste Grenze des Zulässigen erreicht wäre. Vielmehr ist die Frage als nicht entscheidungsrelevant völlig offen geblieben.¹³²

In dieser Situation liegt es nahe, auf die Aussagen zurückzugreifen, die das BAG¹³³ im Zusammenhang mit dem Personalbemessungssystem bei der Deutschen Bundespost getroffen hat. Dort hat es ausdrücklich betont, die tarifliche Regelbarkeit sei immer dann gegeben, wenn sich die wirtschaftliche und die soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen ließen; hier könne die unternehmerische Sachentscheidung tariflich mitgesteuert werden.¹³⁴ Die ungeschmälerete unternehmerische Autonomie kommt daher nur dort zur Geltung, wo sich keine negativen Auswirkungen für die Beschäftigten ergeben. Dies wird unter Umständen bei Maßnahmen der Fall sein, die sich ausschließlich auf die Märkte für Waren, Dienstleistungen oder Kapital beziehen.¹³⁵ Ob sich der Unternehmer zu einer bestimmten Werbestrategie entschließt oder ob er ein Darlehen von der X- oder von der Y-Bank aufnimmt, betrifft beispielsweise Fragen, die nicht tariflich geregelt werden können. Ist dagegen wie bei der Schließung oder

¹³² Ebenso im Fall LAG Niedersachsen 2. 6. 2004 – 7 Sa 819/04 – AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 2004, 471.

¹³³ 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 886.

¹³⁴ A.a.O. Tz. 27 ff.

¹³⁵ *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 175b; zustimmend *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1023.

der Verlagerung eines Betriebs der Verlust von Arbeitsplätzen automatisch mit der unternehmerischen Entscheidung verbunden, ist wegen dieser sehr intensiven Verknüpfung mit den Arbeitsverhältnissen und daher mit der „sozialen Seite“ die tarifliche Regelbarkeit gegeben.¹³⁶ Von daher könnte auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung die Standortentscheidung zum Gegenstand von Tarifforderungen und damit auch eines Arbeitskampfes gemacht werden.¹³⁷

IV. Fremdvergabe

1. Der Lebenssachverhalt

Bestimmte Funktionsbereiche abzugeben, kann in durchaus unterschiedlicher Art und Weise erfolgen. Denkbar ist einmal, dass die Eigenproduktion einer bestimmten Komponente oder die im eigenen Haus erbrachte Dienstleistung eingestellt werden und der Bedarf in Zukunft direkt auf dem Markt gedeckt wird. Möglich ist weiter, den eigenen Tätigkeitsbereich an einen Dritten zu veräußern, der dafür möglicherweise Verwendung hat. Schließlich kommt es nicht selten dazu, dass bestimmte Tätigkeitsbereiche rechtlich verselbständigt, z. B. in eine neu gegründete Tochtergesellschaft ausgelagert werden. In den beiden zuletzt genannten Fällen liegt meist ein Betriebs- oder ein Betriebsteilübergang nach § 613a BGB vor. Sämtliche Vorgänge kommen als „Umstrukturierung“ von privatwirtschaftlich geführten Unternehmen wie auch als spezifische Form der Privatisierung vor.

2. Grenzen aus der Durchführungspflicht

Im oben genannten Fall des Goethe-Instituts¹³⁸ stellte sich die Frage, ob die Ausgliederung der Deutschlehrer einen Verstoß gegen die tarifliche Durchführungspflicht darstellte. Dies wurde vom BAG im Ergebnis bejaht.¹³⁹ Das Goethe-Institut sei verpflichtet, auf seine mexikanische Tochtergesellschaft in dem Sinne einzuwirken, dass diese die tariflichen Bedingungen notfalls im Wege des Arbeitsvertrags gewähre. Die Begründung dafür war eine doppelte.

¹³⁶ Ebenso Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 41. Vgl. auch Däubler-Hensche/Heuschmid, § 1 TVG Rn. 946

¹³⁷ Näher dazu unten V.

¹³⁸ Oben § 2 IV Fall 1.

¹³⁹ BAG 11. 9. 1991 – 4 AZR 71/91 – AP Nr. 29 Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht = NZA 1992, 321 = AuR 1992, 125.

Rechtlich selbstständige Tochterunternehmen eines tarifgebundenen Arbeitgebers müssten die Tarifverträge dann anwenden, „wenn die rechtliche Verselbstständigung nur aus Gründen des internationalen Rechts erfolgt ist“ und das Tochterunternehmen wie eine unselbstständige Abteilung geführt werde.¹⁴⁰ Die Gründung einer eigenen juristischen Person sei nicht zur Verwirklichung eigener Unternehmensziele erfolgt, sondern um dem Ortsrecht Rechnung zu tragen. Damit erfährt die rechtliche Verselbstständigung eine teleologische Reduktion; tarifrechtlich wird die Tochter wie eine rechtlich unselbstständige Niederlassung behandelt.

Zum zweiten folge die Einwirkungspflicht auch aus der Dauerrechtsbeziehung zwischen den Parteien.¹⁴¹ Diese

„beinhaltet zugleich die Verpflichtung, alles zu unterlassen, durch das die tarifvertraglichen Regelungen leerlaufen können und die Existenz des Tarifpartners ausgehöhlt wird. Eine Tarifvertragspartei darf insbesondere nicht – wie vorliegend geschehen – auf Mitglieder der anderen Tarifvertragspartei einwirken, durch Auflösung des Arbeitsvertrages mit einem organisierten Arbeitgeber und Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit einem nicht organisierten Arbeitgeber aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages auszuscheiden. Der Beklagte (d. h. das Goethe-Institut) darf nicht die Flucht aus dem Tarifvertrag fördern, sondern muss ihn in seinem Bereich durchsetzen.“

Zwischen den Parteien sei unstrittig, dass die Verlagerung der Arbeitsverhältnisse auf die Tochtergesellschaft allein deshalb durchgeführt worden sei, weil das Goethe-Institut angenommen habe, durch die Verlagerung den Tarifvertragswirkungen zu entgehen und eine gleiche abgesenkte Vergütung für deutsche und mexikanische Arbeitskräfte durchsetzen zu können. Weiter heißt es:

„Die Unterlassungspflicht ist umso mehr gerechtfertigt, weil ihre Verletzung dazu führen muss, die gegnerische Tarifvertragspartei zu schwächen, weil für deren Mitglieder die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft ... sonst sinnlos werden könnte.“

Das erste Argument ist der spezifischen Situation des Goethe-Instituts in Mexiko gewidmet. Einer rechtlichen Verselbstständigung, die wegen der Vorgaben des mexikanischen Rechts erfolgte und die zudem nicht zur Entwicklung eigener unternehmenspolitischer Ziele führte, wird die arbeitsrechtliche Wirksamkeit verweigert. Seiner Struktur nach erinnert das Argument an die (inzwischen weithin

¹⁴⁰ BAG, a. a. O. Tz. 43.

¹⁴¹ BAG, a. a. O. Tz. 44.

aufgegebene) Lehre vom qualifizierten faktischen Konzern, bei dem die Tochter gleichfalls nicht in jeder Hinsicht als eigenständiges Rechtssubjekt behandelt wurde; so ließ der BGH insbesondere eine Durchgriffshaftung auf die Konzernmutter zu.¹⁴²

Das zweite Argument hat sehr viel allgemeineren Charakter. Ein tarifgebundener Arbeitgeber muss alles unterlassen, was zu einem Leerlaufen des Tarifvertrags führen könnte. Er darf insbesondere nicht auf die Mitglieder der Gewerkschaft einwirken, zu einer nicht tarifgebundenen Tochtergesellschaft zu wechseln. Tut er es gleichwohl, bleibt er verpflichtet, die Tochtergesellschaft zur Gewährung tariflicher Bedingungen zu veranlassen.

In der Tat hat die Ausgründung eines kleineren oder größeren Betriebsteils zur Folge, dass der Tarifvertrag einen Teil seines Anwendungsbereichs verliert. Er wird von der personellen Seite her geschmälert, weshalb etwa das schwedische Recht anordnet, eine solche Veränderung des Tarifs sei nur mit Zustimmung des Tarifpartners möglich.¹⁴³ So weit geht das deutsche Recht nicht, doch hat das BAG für einen Sonderfall des Outsourcing, nämlich die Ausgliederung in eine weiterhin von der Mutter gesteuerte Tochtergesellschaft, im Ergebnis dasselbe angenommen: Die Gewerkschaft könnte von der Durchführungspflicht dispensieren und so die Bindung an den Tarifvertrag aufheben. Wird sie wie im konkreten Fall gar nicht gefragt oder lehnt sie ab, wird die Ausgliederung nicht unmöglich gemacht. Vielmehr besteht die schuldrechtliche Verpflichtung, für die Anwendung des Tarifvertrags bei der Tochtergesellschaft zu sorgen.

Die BAG-Entscheidung hat in der Literatur zum Teil eine eher verhaltene Aufnahme erfahren. Von *Löwisch/Rieble* wird behauptet, damit werde ein Konzerntarifvertrag geschaffen, den es nach geltendem Recht nicht gebe.¹⁴⁴ Dem BAG könne allenfalls wegen des Umgehungsaspekts zugestimmt werden.¹⁴⁵ Das Gericht möge für die Filiale in Mexiko angesichts der spezifischen Umstände das Richtige getroffen haben, eine Einwirkungspflicht auf andere Konzernunternehmen gebe es nicht.¹⁴⁶

Dem steht eine zahlenmäßig überwiegende Gegenmeinung gegenüber, die in zwei Variationen vertreten wird. Die eine Position nimmt eine Verletzung der Durchführungspflicht an, wenn es dem Arbeitgeber primär um die Aushöhlung

¹⁴² BGH 16. 9. 1985 – II ZR 275/84 – NJW 1986, 188 – Autokran.

¹⁴³ §§ 38 ff. Mitbestimmungsgesetz, abgedruckt bei *Folke Schmidt*, Die Reform des kollektiven Arbeitsrechts in Schweden, S. 253.

¹⁴⁴ *Löwisch/Rieble*, § 1 Rn. 1087.

¹⁴⁵ *Riesenhuber*, BB 1993, 1001, 1004; *Otto*, SAE 1993, 185.

¹⁴⁶ *Wiedemann-Thüsing*, § 1 Rn. 927.

des Tarifvertrags, also darum geht, Arbeitnehmer zu untertariflichen Bedingungen zu beschäftigen.¹⁴⁷ Die andere Meinung stellt nicht auf die Aushöhlungsabsicht ab, sondern lässt die objektive Unterlaufung genügen; allein die Ausgliederung in eine Tochtergesellschaft soll die Pflicht auslösen, die Inhalte des Tarifvertrags auf die fragliche Personengruppe zu erstrecken.¹⁴⁸

Die Ausdeutung und Anwendung der BAG-Entscheidung in Sachen Goethe-Institut scheint eine Angelegenheit der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu sein, die diese Problematik selbst nicht mit einem Übermaß an Aufmerksamkeit versehen hat. Die Praxis hat das Outsourcing in eine Tochtergesellschaft bisher als eine Art selbstverständliche Befugnis des Arbeitgebers hingenommen und sich nicht auf die Rechtsprechung berufen. Angesichts der Aussagen des BAG und trotz der eher abschwächenden Interpretationen in der juristischen Literatur könnte jedoch in einer Reihe von Fällen durchaus erreicht werden, dass das Tarifniveau erhalten bleibt. Dies gilt auch für den Konflikt zwischen Lufthansa und VC: Die Gründung einer österreichischen Tochtergesellschaft durch die Lufthansa zu dem Zweck, Piloten einzustellen und zu schlechteren Bedingungen als den im Konzerntarif festgeschriebenen zu beschäftigen, entspricht voll den Vorgängen im Fall des Goethe-Instituts Mexiko. Auch hier ist die Durchführungspflicht aus dem bestehenden Tarifvertrag verletzt. Würde dies von der Arbeitgeberseite bestritten, so würde sie gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte sie einen daraufhin ausgerufenen Streik als rechtswidrig behandeln und sein Verbot durch einstweilige Verfügung betreiben. Dies ist vom LAG Hessen¹⁴⁹ nicht beachtet worden.

3. Tarifliche Beschränkung der Fremdvergabe

Im Zusammenhang mit der Privatisierung von Krankenhäusern und Pflegeheimen wurde ein Tarifvertrag geschlossen, der in § 2 Nr. 5 die folgende (bereits erwähnte) zentrale Bestimmung enthielt:¹⁵⁰

„Maßnahmen des Outsourcing sind ausgeschlossen, es sei denn, dass diese zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen zwingend erforderlich sind. Alle Maßnahmen des Outsourcing bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Tarifvertragsparteien.“

¹⁴⁷ Kempen/Zachert-Seifert, § 1 Rn. 899.

¹⁴⁸ Berg/Kocher/Schumann-Wankel/Schoof, § 1 TVG Rn. 418; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 543; Däubler-Reim/Ahrendt, § 1 Rn. 1089; im Prinzip auch ErfK-Franzen, § 1 Rn. 86.

¹⁴⁹ Urteil v. 9. 9. 2015 – 9 SaGa 1082/15 – juris.

¹⁵⁰ S. oben § 2 IV Fall 2.

Der Tarifvertrag war gekündigt, als die eigene Wäscherei geschlossen werden und die Wäsche in Zukunft von Drittunternehmen gereinigt werden sollte. Für das BAG stellte sich im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Frage, ob § 2 Nr. 5 eine Betriebsnorm war, die nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkte, oder ob es sich um eine schuldrechtliche Verpflichtung handelte, die nicht nachwirken kann.¹⁵¹ Das BAG entschied sich für die zweite Alternative und musste deshalb nicht darüber befinden, ob die Beschränkung des Outsourcings durch § 2 Nr. 5 des Tarifvertrags wirksam war. Dazu führte das Gericht im Einzelnen aus:

„Der Senat muss vorliegend nicht darüber befinden, ob mithilfe einer Betriebsnorm im Sinne es § 3 Abs. 2 TVG eine für das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Belegschaft unmittelbar bindende Regelung, gerichtet auf Unterlassung von Maßnahmen des Outsourcings, rechtswirksam möglich ist, weil es sich um eine ‚Betriebsgestaltung‘ im genannten Sinne handelt ..., die jedenfalls mittelbar dem Arbeitnehmerschutz dient, oder ob hier rein unternehmerische Fragen betroffen sind.“

Die gewählte Formulierung erinnert ein wenig an die oben¹⁵² behandelte Differenzierung zwischen Angelegenheiten, bei denen die wirtschaftliche und die soziale Seite untrennbar verbunden sind, und solchen, die allein zur unternehmerischen Sphäre gehören. Legt man dies zugrunde, so wird man eine tarifliche Beschränkung des Outsourcings als möglich ansehen können, weil dieses praktisch immer mit Auswirkungen auf die Beschäftigten verbunden ist. Allerdings ist ähnlich wie bei der Einschränkung der betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung der Vorbehalt zu machen, dass ein für die weitere Existenz des Unternehmens notwendiges Outsourcing auf alle Fälle möglich bleiben muss, auch wenn die Gewerkschaft ihre Zustimmung verweigern würde – so realitätsfern ein solches Szenario auch sein mag.¹⁵³

In der Literatur wird die Entscheidung des BAG zustimmend zitiert,¹⁵⁴ ohne dass eine inhaltliche Auseinandersetzung erfolgen würde.

Beschränkungen von Maßnahmen des Outsourcing kommen in der Praxis durchaus vor, meist im Zusammenhang mit Sanierungstarifverträgen als Gegenleistung der Arbeitgeberseite für einen Verzicht der Belegschaft auf bestimmte finan-

¹⁵¹ BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 – AP Nr. 7 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 2011, 808, auch zum Folgenden. Für Zulässigkeit einer schuldrechtlichen Abmachung BAG 21. 5. 2014 – 4 AZR 50/13 – NZA 2015, 115 Tz. 31.

¹⁵² Unter I 5.

¹⁵³ Zur außerordentlichen Kündigung s. BAG 13. 6. 2002 – 2 AZR 391/01 – DB 2003, 210, und zuletzt BAG 22. 11. 2012 – 2 AZR 673/11 – NZA 2013, 730, sowie oben II 3 b.

¹⁵⁴ Däubler-Reim/Ahrendt, § 1 Rn. 1072; Henssler/Moll/Bepler-Moll, Teil 12 Rn. 38.

zielle Leistungen oder auf andere Rechte. So enthält z. B. der Unternehmenstarifvertrag der NGG mit der Firma Coca Cola Erfrischungsgetränke AG eine Regelung, wonach bestimmte Aufgaben nicht an externe Dienstleister abgegeben werden dürfen.¹⁵⁵ Der von ver.di abgeschlossene Zukunftssicherungs-Tarifvertrag „Kommunalunternehmen-Krankenhaus“ sieht einen Ausschluss von Ausgründungen, Umgründungen und Neugründungen außerhalb der Tarifbindung vor.¹⁵⁶ Ähnliche Bestimmungen finden sich in einem Tarifvertrag mit einem großen Einzelhandelsunternehmen, das sich in erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand.

Outsourcing in Form des Betriebsteil- oder des Betriebsübergangs kann dadurch weniger attraktiv gemacht werden, dass der Arbeitgeber tariflich verpflichtet wird, für die Weitergewährung der bisherigen tariflichen Bedingungen zu sorgen. § 613a BGB garantiert lediglich einen Mindestschutz, steht aber solchen Verbesserungen nicht im Wege. Auch hatte die Rechtsprechung über einen Fall zu entscheiden, in dem der Veräußerer eines Betriebsteils in einer Betriebsvereinbarung den „ausgliederten“ Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht für den Fall einräumte, dass sie aus betrieblichen Gründen beim Erwerber nicht mehr weiterbeschäftigt würden.¹⁵⁷ Gegen die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Abmachung, die auch in einem Tarifvertrag denkbar wäre, bestanden keine Bedenken. Denkbar ist schließlich, dass sich im Kaufvertrag über den Betrieb oder Betriebsteil Bestimmungen befinden, die die betroffenen Arbeitnehmer begünstigen und auf die sie sich nach § 328 BGB berufen können.¹⁵⁸

V. Werkvertragsarbeit

Die tarifliche Regelung der Werkvertragsarbeit steht noch am Anfang. Die beiden oben¹⁵⁹ gegebenen Beispiele sind Ausnahmeerscheinungen, die das juristisch Mögliche verdeutlichen sollen. Rechtlich unproblematisch, aber in der Praxis eher selten sind Tarifverträge in den Werkvertragsunternehmen: Wenn sich dort genügend Arbeitnehmer organisieren, wenn dort ein Betriebsrat gewählt wird und wenn deutlich höhere Vergütungen und normale Arbeitsbedingungen das Unternehmen nicht in Existenzprobleme bringen – dann wäre eine Anpassung

¹⁵⁵ Mitgeteilt auf dem Workshop des HSI vom 17. 6. 2015 in Frankfurt/Main.

¹⁵⁶ Mitgeteilt auf dem Workshop des HSI vom 17. 6. 2015 in Frankfurt/Main, auch zum Folgenden.

¹⁵⁷ BAG 19. 10. 2005 – 7 AZR 32/05 – NZA 2006, 393.

¹⁵⁸ BAG 20. 4. 2005 – 4 AZR 292/04 – NZA 2006, 281. Zu sorgsamere Formulierung raten der Arbeitgeberseite *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2006, 251 ff.

¹⁵⁹ § 2 V.

an das Niveau des Einsatzbetriebs durchaus denkbar. Die „Wenns“ werden selten alle erfüllt sein.¹⁶⁰

Stattdessen kann man am Einsatzbetrieb einsetzen. Da es sich bei der Werkvertragsarbeit um einen Sonderfall der Fremdvergabe handelt, können die dort erörterten Tarifverträge im Prinzip auch hier Platz greifen. Man kann die Auslagerung mit Hilfe von Werkverträgen von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, beispielsweise eine Quote vorsehen, wonach nicht mehr als 5 % der zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhandenen (und erfassten) Arbeiten an Fremdunternehmen vergeben werden dürfen. Erscheint ein solcher Prozentsatz als zu starr (und überdies als Aufforderung, die Quote auch auszuschöpfen), so kann man stattdessen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vorsehen.¹⁶¹ In der Literatur wird auch auf die Möglichkeit verwiesen, die Werkvertragsarbeit generell auszuschließen.¹⁶² In der Stahlindustrie ist aufgrund des Tarifvertrags vom 8. Juli 2014 vor einer Vergabe zu prüfen, „ob das zu erstellende Werk technisch und ökonomisch gleichwertig auch von eigenen Beschäftigten ausgeführt werden könnte.“

Statt des „Ob“ lässt sich auch das „Wie“ der Werkvertragsarbeit regeln. Insoweit sind Übernahmen aus dem Recht der Leiharbeit unschwer möglich. Man kann nach dem Vorbild des oben¹⁶³ mitgeteilten Tarifvertrags aus dem Bergbau die Arbeitgeberseite verpflichten, die tariflichen und die sonstigen im Betrieb praktizierten Bedingungen auf diejenigen zu erstrecken, die im Rahmen eines Werkvertrags in den Betrieb kommen oder die Aufgaben übernehmen, die bisher im Betrieb erledigt wurden.¹⁶⁴ Dies läuft im Ergebnis auf Equal Pay und Equal Treatment hinaus. Möglich ist weiter eine verstärkte Integration in die betriebliche Interessenvertretung im Einsatzbetrieb.¹⁶⁵ Weniger weitgehend (aber vielleicht realistischer) sind Regelungen nach Art des Tarifvertrags mit der Meyer-Werft in Papenburg.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Auf die Möglichkeit solcher Tarifverträge verweisen auch Berg/Kocher/Schumann-Wankel/Schoof, § 1 TVG Rn. 213 f.

¹⁶¹ Dafür Däubler AiB 2012, 145.

¹⁶² Berg/Kocher/Schumann-Wankel/Schoof, § 1 TVG Rn. 213e.

¹⁶³ § 2 V.

¹⁶⁴ Vgl. für die Stahlindustrie § 2 des Tarifvertrags über den Einsatz von Werkverträgen vom 8. Juli 2014, wonach Werkverträge „möglichst“ mit Unternehmen abgeschlossen werden „sollen“, die im Verhältnis zu ihren Beschäftigten einen von einer DGB-Gewerkschaft abgeschlossenen Entgelttarifvertrag zugrunde legen. Die weiche Formulierung macht deutlich, dass die Nichterfüllung dieser Vorgabe keine Konsequenzen hat.

¹⁶⁵ Dazu Klebe, AiB 2012, 559 ff.; Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417.

¹⁶⁶ Dazu oben § 2 V.

VI. Standortsicherungsvertrag

1. Festlegungen der Rechtsprechung

Das LAG Niedersachsen hatte sich mit der nicht ganz alltäglichen Frage zu befassen, ob es zulässig ist, einen Betriebsteil auf eine Tochtergesellschaft nach § 613 a BGB zu übertragen, obwohl der „Standort- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag“ gerade in dem fraglichen Bereich den Aufbau von 220 Arbeitsplätze vorgesehen hatte.¹⁶⁷ Dabei war zunächst durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien einen Tarifvertrag schließen wollten (was das LAG bejahte) und welche Rechtsnatur die arbeitsplatzbezogenen Festlegungen hatten. Nach Auffassung des LAG Niedersachsen handelte es sich insoweit um keine Betriebsnorm, da der Aufbau von Arbeitsplätzen der Entstehung betrieblicher Beziehungen gewissermaßen vorgelagert sei. Es liege daher eine schuldrechtliche Verpflichtung vor. Das entscheidende Problem bestand jedoch darin, ob eine solche Vorschrift überhaupt Teil eines Tarifvertrags sein konnte. Dazu sagte das Gericht:¹⁶⁸

„Schuldrechtliche Bestimmungen in Tarifverträgen, in denen Standortzusagen und beschäftigungssichernde Maßnahmen vereinbart werden, schaffen keine Rechtsnormen, sondern begründen zunächst ausschließlich Rechte und Pflichten für die Vertragsparteien. Zumindest solche freiwilligen – zeitlich begrenzten – Vereinbarungen sind auch nach Art. 9 Abs. 3 GG unbedenklich zulässig (...). Um eine solche freiwillige Vereinbarung handelt es sich im Streitfall.“

In Bezug auf die Zulässigkeit im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG berief sich das LAG Niedersachsen auf eine 2001 ergangene Entscheidung des BAG,¹⁶⁹ in der es heißt:

„Außerdem hat der Firmentarifvertrag durchaus eine arbeitsplatzsichernde Komponente und beinhaltet nicht nur eine Gehaltsabsenkung bis zu 15 %. Denn nach II dieses Tarifvertrags verpflichtet sich die Beklagte, die kasseneigenen Kureinrichtungen (es folgen die Namen von drei Häusern) selbst in Eigenregie wirtschaftlich auf Dauer, mindestens jedoch auf zehn Jahre, weiterzubetreiben. Nur wenn die Erreichung dieses Ziels, diese Einrichtungen wirtschaftlich weiterzubetreiben, durch eine Änderung wesentlicher Umstände gefährdet ist, verpflichtet sich die Beklagte unter Einbeziehung der

¹⁶⁷ LAG Niedersachsen 18. 5. 2011 – 17 SaGa 1939/10 – AiB 2011, 481.

¹⁶⁸ LAG Niedersachsen, a. a. O. Tz. 32.

¹⁶⁹ BAG 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00 – AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085.

tarifvertragsabschließenden Gewerkschaften durch geeignete Anpassungsmaßnahmen für eine weitere Erreichung dieses Ziels zu sorgen. Diese Fortführungsverpflichtung ist eine Art Bestandsgarantie für die drei Kureinrichtungen (...) und führt zu einem mindestens partiellen Schutz gegen betriebsbedingte Kündigungen für die Laufzeit des Tarifvertrags, jedenfalls aber für zehn Jahre. Auch unter diesem Gesichtspunkt verstößt der Tarifvertrag nicht gegen höherrangiges Recht.“

Damit ist klaggestellt, dass zwei wesentliche unternehmerische Entscheidungen – der Aufbau von Arbeitsplätzen und die Fortführung eines Unternehmens – tauglicher Gegenstand eines Tarifvertrags sein können. Nur das LAG Niedersachsen hebt allerdings darauf ab, dass es sich um eine „freiwillige“ und außerdem zeitlich befristete Vereinbarung handle. Dies kann wohl nur so verstanden werden, dass es Bedenken dagegen hätte, eine solche Abmachung zum Gegenstand eines Streiks zu machen. Die Entscheidung des BAG enthält demgegenüber eine sehr viel generellere Aussage: Eine Fortführungsverpflichtung verstoße nicht gegen „höherrangiges Recht“, also insbesondere nicht gegen die unternehmerische Autonomie als Teil der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁷⁰ Von „freiwilligem“ Abschluss ist nirgends die Rede, obwohl er vermutlich vorlag. Wie angedeutet wird, verzichtete die Arbeitnehmerseite auf bis zu 15 % ihrer Vergütung und erhielt – vermutlich zum Ausgleich – die in der Entscheidung näher beschriebene Bestandsgarantie.

2. Weitere Gestaltungen

Wenn es grundsätzlich zulässig ist, die Neuschaffung von Arbeitsplätzen und die Fortführung eines Unternehmens verbindlich zu vereinbaren, so bestehen auch gegen weniger weitgehende Regelungen keine Bedenken. Möglich ist es daher, bestimmte Investitionen oder einen Investitionsplan festzuschreiben, wie dies im oben¹⁷¹ geschilderten Praxisfall geschah. Weniger einschneidend und deshalb zulässig ist weiter die Verpflichtung, bestimmte Produkte auch in Zukunft an einem bestimmten Ort herzustellen. Entsprechende Abmachungen gab es auf Initiative des Europäischen Betriebsrats in früheren Jahren bei den europäischen Niederlassungen von General Motors;¹⁷² sie sind selbstredend auch bei einem rein innerstaatlichen Tatbestand möglich. Bemerkenswert ist, dass im Vorfeld der Abmachungen bei GM durchaus Arbeitsniederlegungen stattgefunden hatten.

¹⁷⁰ Dies übersah das HessLAG, als es am 9. 9. 2015 den von der Vereinigung Cockpit ausgerufenen Streik durch einstweilige Verfügung untersagte.

¹⁷¹ § 2 VI Fall 2.

¹⁷² Überblick bei DKKW-Däubler, Vorbem. EBRG Rn. 28, auch zum Folgenden.

In der Praxis finden sich darüber hinaus Tarifbestimmungen, die ein Verfahren vorsehen, wie die Einhaltung der vereinbarten Maßnahmen überwacht wird. Im oben¹⁷³ dargestellten Fall eines großen Einzelhandelsunternehmens wachte eine ausschließlich von der Arbeitnehmerseite gestellte Kommission darüber, ob der abgestimmte Investitionsplan auch wirklich umgesetzt wurde. In anderen Fällen würde man eher an eine paritätische Kommission denken. Wichtig ist weiter, dass auch die notwendige Sachkunde zur Verfügung steht. Sieht der Tarifvertrag etwa bei wirtschaftlicher Existenzgefährdung des Unternehmens bestimmte Ausnahmeregelungen vor, so stellt sich das Problem, wer die „Existenzgefährdung“ feststellt. Im oben dargestellten Fall war dies ein von der Gewerkschaft benannter Sachverständiger; in anderen Fällen würde man vermutlich festlegen, dass sich beide Seiten auf einen Experten einigen müssen.

3. Das Problem der „Freiwilligkeit“

Auf der Grundlage der Rechtsprechung bleibt die Frage letztlich ungeklärt, ob solche standortbezogenen Abmachungen einschließlich ihrer Absicherung durch Verfahren Gegenstand eines Arbeitskampfes sein können. Soweit ersichtlich, ist dies für die gegenwärtige Praxis kein Problem, weil Abmachungen der geschilderten Art durchweg ohne Arbeitskampf zustande kommen. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Arbeitgeberseite ohne zwingenden Grund auf einen Teil ihrer Entscheidungsbefugnisse verzichten würde. Vielmehr handelt es sich durchweg um Situationen, in denen der Arbeitgeber in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war und die Arbeitnehmer deshalb Opfer bringen und auf einzelne Rechte verzichten sollten, damit das Unternehmen wegen verringerter Lohnkosten wieder mehr Spielraum gewinnen konnte. Ein solcher Verzicht ist in der Regel nicht durch einen reinen Appell erreichbar; vielmehr muss die Arbeitgeberseite zu einer Gegenleistung bereit sein. Im Normalfall besteht diese in einem Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen für die Laufzeit des „Sanierungstarifs“, doch kommt es eben auch vor, dass dies wegen der Höhe und Bedeutung des Opfers nicht ausreicht. In solchen Fällen wird dann die Arbeitgeberseite ggf. sogar bereit sein, sich zu bestimmten Maßnahmen wie der Vornahme von Investitionen, der Beibehaltung einer bestimmten Produktion oder der Fortführung des Unternehmens bereit zu erklären. Weil die Arbeitgeberseite in der Position des Fordernden ist, bedarf es keines Streiks, um derartige Gestaltungen durchzusetzen.

Eine selten gezogene Parallele findet sich bei der Umstrukturierung des öffentlichen Dienstes. In zahlreichen „Vereinbarungen“, „gemeinsamen Erklärungen“

¹⁷³ § 2 VI Fall 2.

und „Abreden“ legen die Gewerkschaften gemeinsam mit dem öffentlichen Arbeitgeber den künftigen Aufgabenzuschnitt der Verwaltung und die Arbeitsmethoden fest. Zumindest das erste überschreitet mit Rücksicht auf die Organisationsgewalt der öffentlichen Verwaltung den zulässigen Gegenstand einer tariflichen Regelung. Zugleich wird eine Beteiligung der Beschäftigten und/oder ihrer Repräsentanten an der Durchführung der Veränderungsprozesse vorgesehen, was angesichts der fehlenden tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten in der Personalvertretung (§ 3 BPersVG) in seiner rechtlichen Zulässigkeit nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Schließlich werden in vielen Fällen Personalentwicklungskonzepte entworfen und bestimmte personalpolitische Maßnahmen wie betriebsbedingte Kündigungen oder die Verschlechterung von Arbeitsbedingungen ausgeschlossen.¹⁷⁴ Nach dem Personalvertretungsrecht der Länder Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz gibt es sog. mitbestimmungsergänzende Übereinkünfte in Angelegenheiten, die über den Geschäftsbereich einer obersten Landesbehörde (in der Regel eines Ministeriums) hinausgehen und deren Rechtscharakter eher nichttariflicher Art sein dürfte.¹⁷⁵ Zu nennen sind schließlich „Beschäftigungspakte“ für Lehrer an öffentlichen Schulen, die u. a. den Wechsel in Teilzeit durch verstärkten Kündigungsschutz honorieren und die in den alten Bundesländern, wo typischerweise Beamte beschäftigt werden, auf das Hindernis stoßen, dass insoweit nach bisheriger Auffassung allenfalls nichttarifliche „Vereinbarungen“ zulässig sind.¹⁷⁶

Was sind die Ursachen für diese sehr weitgehenden und rechtlich durchaus angreifbaren Abkommen? Der wichtigste Grund scheint darin zu liegen, dass grundsätzliche Veränderungen nur auf der Grundlage der Kooperationsbereitschaft der Belegschaften möglich sind. Dies hängt wiederum damit zusammen, dass die Beamten und zahlreiche Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes nicht kündbar sind, so dass der vergleichsweise bequeme Weg des Personalabbaus durch Kündigung oder nahegelegte Aufhebungsverträge ausscheidet.¹⁷⁷ Die Arbeitgeberseite ist daher – ähnlich wie ein privater Arbeitgeber, der einen Verzicht auf das Weihnachtsgeld verlangt – auf das Entgegenkommen der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen angewiesen und erkaufte sich dieses durch Einräumung

¹⁷⁴ S. insbesondere *Blanke*, Verwaltungsmodernisierung, S. 79 ff.; weiter *Plander*, FS Kehrman, S. 296 ff.; *ders.*, PersR 2002, 292 ff.; *Heldmann*, PersR 1996, 386 ff.; *Lörcher/Armbruster*, ZTR 2000, 483 ff. Zahlreiche Nachweise zu einzelnen Abkommen bei *Kemper/Zachert-Zeibig/Zachert*, § 1 Rn. 965 ff.

¹⁷⁵ Zu diesen Abkommen s. *Plander*, FS Kehrman, S. 297.

¹⁷⁶ Überblick über die Vertragspraxis und die Rechtsprobleme bei *Däubler*, ZTR 1997, 289 ff., 337 ff.

¹⁷⁷ *Plander*, FS Kehrman, S. 300.

weitgehender Einflussmöglichkeiten für die Arbeitnehmer und ihre Interessenvertretungen. Zum Teil mag die Partizipation der Beschäftigten auch dem politischen Credo einzelner Entscheidungsträger der öffentlichen Hand entsprechen. Das relativ hohe Partizipationsniveau ist jedoch nur vor dem Hintergrund der „atypischen“ Verhandlungssituation verständlich. Angesichts dieser Rahmenbedingungen hat bislang die Frage keine Rolle gespielt, ob entsprechende Abmachungen auch Gegenstand eines Arbeitskampfes sein könnten.¹⁷⁸

VII. Investorenvertrag

Im Verhältnis zu Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträgen weist ein Investorenvertrag lediglich die Besonderheit auf, dass er nicht mit einem Arbeitgeber sondern mit einem (in der Regel zahlungskräftigen) Aufkäufer geschlossen wird. Kann er gleichwohl ein Tarifvertrag sein?

1. Ist ein Investor tariffähig?

Nach einheitlicher Auffassung der Kommentarliteratur ist ein Unternehmen nur dann tariffähig, wenn es mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.¹⁷⁹ Dabei genügt es, dass der Abschluss von Arbeitsverträgen in Aussicht genommen ist; er muss noch nicht stattgefunden haben.¹⁸⁰ Eine arbeitnehmerlose Konzernspitze oder Holdinggesellschaft wird deshalb konsequenterweise nicht als tariffähig angesehen; insoweit seien nur schuldrechtliche Abmachungen möglich.¹⁸¹ Dies entspricht dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 TVG, wonach neben Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden nur „einzelne Arbeitgeber“ als Parteien eines Tarifvertrags genannt sind: „Arbeitgeber“ ist aber nur, wer wenigstens einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigen will.¹⁸² Hinzu kommt, dass ein Investor nicht einmal dann Partner eines Arbeitsvertrags wird, wenn er 100 % der Anteile an einem Unternehmen erworben hat; er ist also auch kein „künftiger Arbeitgeber“.

¹⁷⁸ Plander, FS Kehrman, S. 302. Zum Sachproblem s. Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 17 ff., 35.

¹⁷⁹ Kempfen/Zachert-Stein, § 2 Rn 100; Wiedemann-Oetker, § 2 Rn. 123 ff.; Däubler-Peter, § 2 Rn. 84; Däubler-Henschel/Heuschmid, § 1 Rn. 964.

¹⁸⁰ BAG 24.6.1998 – 4 AZR 208/97 – AP Nr. 1 zu § 20 UmwG; Löwisch/Rieble, § 2 Rn. 370; Wiedemann-Oetker, § 2 Rn. 128. Den Abschluss eines Firmentarifvertrags für die Beschäftigten einer erst noch zu gründenden Gesellschaft bejaht BAG 24.1.2001 – 4 AZR 4/00 – AP Nr. 1 zu § 3 BetrVG 1972.

¹⁸¹ Wiedemann-Oetker, § 2 Rn. 145.

¹⁸² Die Tatsache, dass ACS in Spanien Arbeitnehmer beschäftigt, rechtfertigt es nicht, eine Tariffähigkeit auch in der ganz anderen Rolle als Investor anzunehmen.

Zwar mag er selbst bei der AG trotz der Unabhängigkeit des Vorstands entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen ausüben – zum Vertragspartner wird er deshalb nicht. Ob dies in extremen Missbrauchsfällen anders sein kann, soll uns hier nicht näher interessieren; der Durchgriff ist eine singuläre Ausnahme, nicht die Regel, und erweitert auch nur den Kreis der Haftenden, ändert aber nichts an der Stellung als Vertragspartner.¹⁸³ Dies könnte im Hinblick auf die Tarifautonomie Bedenken erwecken, weil sich das eigentliche Macht- und Entscheidungszentrum hinter der Fassade der juristischen Person versteckt, was einer sinnvollen Auseinandersetzung und Kompromissfindung entgegensteht. Für eine Korrektur des § 2 Abs. 1 TVG besteht gleichwohl kein Anlass, solange es in Form des sonstigen Kollektivvertrags ein rechtlich anerkanntes Mittel gibt, um Abmachungen auch mit den eigentlichen Entscheidungsträgern zu treffen.¹⁸⁴

Die Investorenvereinbarung zwischen IG BAU und ACS stellt somit keinen Tarifvertrag dar. Mit Recht wird sie in ihrem Text auch nicht als solcher bezeichnet; vielmehr ist von einer „Vereinbarung“ die Rede. Zudem sind keine Regelungen enthalten, die unmittelbar die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten gestalten würden.

2. Investorenvereinbarung als sonstiger Kollektivvertrag?

Welche Gegenstände ein „sonstiger Kollektivvertrag“ haben kann und wer als Vertragspartner in Betracht kommt, ist bislang wenig erörtert. Dies mag damit zusammenhängen, dass die fraglichen Abmachungen bislang immer im Konsens zustande gekommen sind, so dass juristische Problematisierungen nur störend gewirkt hätten. Einigkeit besteht darüber, dass sich die Vertragsparteien im Bereich der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ bewegen müssen. Aus diesem Sachgebiet bestimmte Teile herauszuschneiden und sie einer Regelung nicht nur durch Tarifvertrag, sondern auch durch „Koalitionseinigung“ zu entziehen, lässt sich nicht rechtfertigen. Die vielfältige Praxis, die die unterschiedlichsten Fragen betrifft,¹⁸⁵ spricht im Gegenteil dafür, insoweit keine zusätzlichen Grenzen zu ziehen. Auch die Tatsache, dass auf der „Arbeitgeberseite“ eine Größe steht, die selbst keine Arbeitnehmer beschäftigt, ist ohne Bedeutung. Vom Sinn des Art. 9 Abs. 3 GG her, gleichberechtigte Verhandlungen über die dort genannten Sachgebiete zu ermöglichen, muss es ausreichen, wenn der Vertragspartner Einfluss

¹⁸³ Überblick zu den verschiedenen Arten der Durchgriffshaftung bei DKKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 188 ff.

¹⁸⁴ Zur freien Wahl zwischen Tarifverträgen, sonstigen Kollektivverträgen und schuldrechtlichen Abmachungen, s. Däubler-Däubler, Einl. Rn. 869 m. w. N.

¹⁸⁵ Eingehender Überblick bei Kempen/Zachert-Zeibig/Zachert, § 1 Rn. 939 ff.; Däubler-Däubler, Einl. Rn. 847 ff.

auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der von der Gewerkschaft vertretenen Arbeitnehmer hat. Aus diesem Grund werden nichttarifliche Abmachungen mit einer arbeitnehmerlosen Konzernspitze zugelassen.¹⁸⁶ Auch die 1991 geschlossene und in ihrer Gültigkeit völlig unbestrittene Abmachung über die Bemessung von Sozialplanleistungen zwischen DGB und DAG auf der einen und Treuhandanstalt auf der anderen Seite¹⁸⁷ hatte einen Partner, der selbst nicht Arbeitgeber der vom Abbau betroffenen Arbeitnehmer war.

Lediglich in dem theoretischen Fall, dass Vertragspartner ein außen stehender Dritter ohne eigene Einwirkungsmöglichkeiten wäre, würden die Beteiligten den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG verlassen.

Rechtlich spricht also alles dafür, dass die Investorenvereinbarung einen wirksamen „sonstigen Kollektivvertrag“ darstellt. Allerdings könnte man fragen, ob wirklich immer ein ausreichender Bezug zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht, weil es ja um künftige Verhaltensweisen geht. Zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gehört es aber auch, künftigen Problemen vorzubeugen und sich um Abmachungen mit jenen zu bemühen, die in einiger Zeit das Kommando übernehmen werden.¹⁸⁸ Ansatzweise findet sich dieser Gedanke schon im geltenden Betriebsverfassungsrecht, wo dem Wirtschaftsausschuss durch § 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG das Recht eingeräumt wird, im Rahmen seiner Kompetenzen über alles informiert zu werden, was mit der bevorstehenden Übernahme der Kontrolle über das Arbeitgeberunternehmen durch einen Dritten zusammenhängt.¹⁸⁹

Wäre es möglich gewesen, dass die IG BAU für die Investorenvereinbarung gestreikt hätte? Rechtlich kann man diese Frage bejahen,¹⁹⁰ wenngleich sie sich im konkreten Fall nicht gestellt hat. Eine Besonderheit hätte insoweit bestanden, als der Streik den „Gegenspieler“ nicht unmittelbar, sondern nur das Unternehmen getroffen hätte, an dem dieser eine Aktienmehrheit begründen wollte. Jedenfalls dann, wenn bereits eine relevante Beteiligung vorlag und definitiv eine Erweiterung beabsichtigt war, kann man davon ausgehen, dass sich der Streikdruck nicht gegen einen unbeteiligten Dritten, sondern auch gegen den materiell Interessierten richtet. Wenn diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben ist, müsste man sich

¹⁸⁶ Wiedemann-Oetker, § 2 Rn. 145.

¹⁸⁷ Näher dazu *Däubler*, Verbesserungen im Sozialplanrecht der neuen Bundesländer, AiB 1991, 179 ff.

¹⁸⁸ Richtig *Preis*, Schriftliche Kurzstellungnahme vom 25. 1. 2011.

¹⁸⁹ Die geringe praktische Wirksamkeit dieses Rechts steht auf einem anderen Blatt. Dazu *DKKW-Däubler*, § 106 Rn. 86 ff. m. w. N.

¹⁹⁰ *Däubler-Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 17 ff.

– ähnlich wie beim Solidaritätsstreik¹⁹¹ – mit einer geringeren Streikintensität begnügen.

Gleichzeitig gibt der Fall Anlass, die Frage nach der Erstreikbarkeit ein wenig zu relativieren. Evident sind Umstände, die für ein Unternehmen sehr viel unangenehmer sind als eine Arbeitsniederlegung von einigen Tagen und die deshalb auch zu weitergehenden „Konzessionen“ führen. Aus der Sicht von ACS ging es darum, ob die Gesellschaft als ausländischer Investor wie ein „Eindringling“ behandelt würde oder ob deutsche Wettbewerber und deutsche Behörden die übliche Fairness walten lassen würden. Die erste Alternative ist mit vielen schwer einschätzbaren Risiken verbunden, die sich ggf. nachteilig, vielleicht sogar sehr nachteilig im Geschäftsergebnis niederschlagen können. Dies war vermutlich der wichtigste Grund, weshalb der Investor zu so weitgehenden Zugeständnissen bereit war.¹⁹²

VIII. Andere Fälle der außertariflichen Einwirkung auf die Unternehmenspolitik

Aus der jüngeren Entwicklung sind zwei weitere Fälle bekannt, in denen aufgrund öffentlichen Drucks sogar solche unternehmerische Dispositionen getroffen wurden, die als Streikziel schwer vorstellbar wären.

Als die Firma Lidl durch den bekannt gewordenen Datenskandal¹⁹³ schon erheblich an Ansehen eingebüßt hatte, kam etwa ein Jahr später ein neuer Skandal hinzu. Er betraf illegal gespeicherte Gesundheitsdaten von Beschäftigten, die in einem Müllcontainer aufgefunden worden waren. In der Folge musste der Deutschland-Chef seinen Hut nehmen;¹⁹⁴ bekannte Datenschützer wurden damit beauftragt, ein Konzept für eine bessere Datenschutzpraxis zu entwerfen. Ein Streikziel „Rücktritt des Vorstandsvorsitzenden“ wäre schwer vorstellbar und würde mit hinreichender Sicherheit den gesellschaftsrechtlichen Einwand provozieren, der Vorstand habe nach § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ zu leiten; dies dürfe durch solche Aktionen nicht in Frage gestellt werden. Doch das spielte hier keine Rolle: Die Gefahr, dass wegen der Skandale Kunden wegbleiben und sich die Umsätze reduzieren könnten, stellte einen

¹⁹¹ BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055.

¹⁹² Zu den Inhalten im Einzelnen oben § 2 VII.

¹⁹³ Zu den konkreten Vorfällen siehe den lesenswerten Bericht der baden-württembergischen Aufsichtsbehörde für den Datenschutz, RDV 2008, 216.

¹⁹⁴ S. www.sueddeutsche.de/wirtschaft/datenschutz/affaere-bei-discounter-das-system-lidl-1.402173 (abgerufen am 5. 9. 2015).

sehr viel größeren Nachteil dar als eine mit kurzen Streiks verbundene Tarifrunde.

Ein zweites Beispiel betrifft die Firma Schlecker. Diese war dadurch in die Schlagzeilen geraten, dass sie im Zusammenhang mit der Neustrukturierung von Filialen die Arbeitsverträge mit den betroffenen Arbeitnehmern gelöst und diese in die konzernerneigene Verleihfirma „Meniar“ zu etwa 50 % der bisherigen Vergütung übernommen hatte. Anschließend wurden sie erneut auf den bisherigen oder ähnlichen Arbeitsplätzen eingesetzt. Die in der Öffentlichkeit geäußerte Kritik („Drehtürmodell“) führte dazu, dass Schlecker nach einiger Zeit diese Verhaltensweise aufgab und „Meniar“ seine Tätigkeit beendete. Schlecker schloss mit ver.di einen Tarif, der auf alle im Konzern tätigen Arbeitnehmer anwendbar war.¹⁹⁵ Eine mit Streikdrohung unterlegte Tarifforderung „Schließung der Firma Meniar“ hätte mit Sicherheit erhebliche rechtliche Bedenken ausgelöst: Ist die Fortführung einer Gesellschaft nicht eine unternehmerische Entscheidung, die nach Art. 12 Abs. 1 GG unangetastet bleiben muss? Nach dem oben Gesagten müsste man dies wohl verneinen, aber die öffentliche Auseinandersetzung hätte mit Sicherheit zumindest verunsichernde Wirkung auf die Streikenden gehabt.

Die Beispiele zeigen, dass es außer Tarifverträgen und sonstigen Kollektivverträgen auch andere Mittel gibt, um die Unternehmenspolitik zu beeinflussen. Man mag darin einen Funktionsverlust des überkommenen Systems industrieller Beziehungen sehen. Nicht mehr der Streik, sondern andere Mittel werden eingesetzt, um Probleme zu lösen, die zum „Kernbereich“ der Arbeitsbeziehungen gehören. Ob dies für die Unternehmen die schonendere Variante ist, lässt sich bezweifeln; ungeschicktes Verhalten bei Auseinandersetzungen kann jedenfalls zu sehr viel höheren Verlusten als eine Arbeitsniederlegung von einer Woche führen.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Einzelheiten in: www.mindestlohn.de/news/meldung/2010/juni-2010/schlecker.

¹⁹⁶ Zu den Streikschäden und ihrer Minimierung durch Nacharbeit s. Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht, § 8 Rn 26 ff.

§ 4 Tarifaufonomie und Unternehmerfreiheit

I. Die weiteren Fragestellungen

Das BAG hat die in der Praxis abgeschlossenen unternehmenspolitischen Tarifverträge in aller Regel als rechtmäßig anerkannt. Auch im Outsourcing-Fall,¹⁹⁷ wo die Zulässigkeit letztlich dahingestellt blieb, sprechen die gewählten Formulierungen stärker für als gegen die Rechtmäßigkeit. Dies wurde dadurch erleichtert, dass es sich – von den Besetzungsregeln und der Personalbemessung sowie den Tarifsozialplänen abgesehen – um Abmachungen handelte, die ohne Streikdruck zustande gekommen waren. Ein freiwilliges Entgegenkommen müsse dem Arbeitgeber immer möglich sein – so könnte man ergänzen. Andernfalls wäre seine Dispositionsfreiheit erheblich eingeschränkt.

Das BAG sah auch keine Notwendigkeit, die potentielle Begrenzung der Tarifverträge durch die unternehmerische Betätigungsfreiheit in sein System der Grundrechtsbindung der Tarifparteien einzuordnen: Bei den Besetzungsregeln wurden schlicht die dem Staat zur Verfügung stehenden Einschränkungsmöglichkeiten angewandt und auf die Sozialpartner übertragen.¹⁹⁸ Beim Kündigungsschutz wurde an einem Extrembeispiel (das aber nicht entscheidungserheblich war) verdeutlicht, dass es keinen vollständigen Ausschluss der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung geben könne.¹⁹⁹ Lediglich in der Entscheidung über das Personalbemessungssystem bei der Deutschen Bundespost wurde eine Abwägung zwischen Tarif- und Unternehmensautonomie vorgenommen und der Grundsatz aufgestellt, wenn wirtschaftliche und soziale Aspekte untrennbar verbunden seien, müsse eine tarifliche Regelung möglich sein.²⁰⁰ In ausdrücklicher Art und Weise wurde diese Formel später nicht mehr aufgegriffen, doch liegt es nahe, die Ausführungen über ein tarifliches Outsourcing-Verbot²⁰¹

¹⁹⁷ BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 – AP Nr. 7 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 2011, 808.

¹⁹⁸ BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 84/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 850 Tz. 91; BAG 22. 1. 1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 9 GG = NZA 1991, 675 Tz. 56.

¹⁹⁹ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – DB 2003, 102, 103; BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 215/03 – AP Nr. 278 zu § 613a BGB = ZTR 2005, 157 = AiB 2005, 129 mit Anm. Letsche. Dazu auch oben § 3 II 3 b.

²⁰⁰ BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 886.

²⁰¹ BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 – AP Nr. 7 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 2011, 808.

in diesem Sinne zu interpretieren.²⁰² Offen bleibt insbesondere bei den positiven Aussagen zu einer tariflichen Regelung von Investitionen²⁰³ und in Bezug auf die Fortführung von Unternehmen,²⁰⁴ ob um derartige Abmachungen auch ein Arbeitskampf geführt werden könnte.

Unter diesen Umständen liegt es nahe, die verfassungsrechtliche Dimension ein wenig eingehender auszuleuchten. Als erstes stellt sich die Frage, ob der Gegenstand von Tarifverträgen nach Art. 9 Abs. 3 GG und dem TVG auch die hier genannten unternehmenspolitischen Fragen erfassen kann (unten II). Lässt sich dies bejahen, so ergibt sich die Folgefrage, ob und in welchem Umfang die Tarifparteien an die Grundrechte ihrer Mitglieder gebunden sind; dazu könnte auch die Berufsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG gehören (unten III). Bejaht man dies, so ist weiter zu untersuchen, ob Arbeitnehmer- und Arbeitgebergrundrechte nach denselben Grundsätzen zu behandeln sind oder ob insoweit zu differenzieren ist (unten IV).

II. Der potentielle Gegenstand von Tarifverträgen

1. Art. 9 Abs. 3 GG als „Doppelgrundrecht“

Seinem Wortlaut nach enthält Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur das Individualrecht, „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden.“ Schon in seiner ersten einschlägigen Entscheidung vom 18.11.1954²⁰⁵ hat das Bundesverfassungsgericht jedoch diesen engen Rahmen verlassen: Art. 9 Abs. 3 schütze auch die Koalition als solche²⁰⁶ – eine Auffassung, die es seither kontinuierlich wiederholt hat.²⁰⁷ Art. 9 Abs. 3 GG enthält somit ein

²⁰² Dazu oben § 3 V.

²⁰³ LAG Niedersachsen 18. 5. 2011 – 17 SaGa 1939/10 – AiB 2011, 481.

²⁰⁴ BAG 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00 – AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085.

²⁰⁵ 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 ff.

²⁰⁶ BVerfG 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 LS 1.

²⁰⁷ S. (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) BVerfG 14. 4. 1964 – 2 BvR 69/62 – BVerfGE 17, 319, 333; BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65 – BVerfGE 28, 295, 304; BVerfG 19. 2. 1975 – 1 BvR 418/71 – BVerfGE 38, 386, 393; BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224; BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 282; BVerfG 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 304; BVerfG 29. 12. 2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153.

„Doppelgrundrecht“, was auch in der Literatur praktisch kaum mehr in Frage gestellt wird.²⁰⁸

Die Begründung stützt sich auf verschiedene Argumente.²⁰⁹ Maßgebender Gesichtspunkt war in der Ausgangsentscheidung vom 18.11.1954 die historische Entwicklung.²¹⁰ Zwar fehle im Grundgesetz eine dem Art. 165 Abs. 1 WRV entsprechende Bestimmung über die Anerkennung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. Sie sei jedoch entbehrlich gewesen, „weil das Grundgesetz unter Berücksichtigung des bestehenden verfassungs- und arbeitsrechtlichen Zustandes in den Ländern von der rechtlichen Anerkennung der Sozialpartner als selbstverständlich ausgehen konnte.“ Entscheidend sei jedoch das ausdrückliche Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG: Diese Entscheidung des Verfassungsgebers schließe es aus, „ein Grundrecht, dessen Ausdehnung auf soziale Gemeinschaften sich bereits in der Weimarer Zeit angebahnt hatte, nunmehr ohne zwingenden Grund in seiner Wirksamkeit auf Einzelpersonen zu beschränken.“²¹¹ Mehr als 35 Jahre später wurde in gleichem Sinne darauf verwiesen, der Staat habe in der Vergangenheit die Bildung von Vereinigungen „zum Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zeitweilig besonders heftig bekämpft; daraus erkläre sich „der besondere, über Art. 9 Abs. 1 GG hinaus gehende Grundrechtsschutz, den der Zusammenschluss zu solchen Vereinigungen in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes genießt.“²¹²

Zweites Begründungselement sind der Wortlaut und der systematische Aufbau des Art. 9 GG. Sein Absatz 3 unterscheidet sich von Absatz 1 dadurch, dass der

²⁰⁸ Bayreuther, Tarifautonomie, S. 14 ff.; Berg/Kocher/Schumann-Berg, Teil 1 Rn. 69a; Cornils, in: Epping/Hillgruber, Art. 9 GG Rn. 44; Dieterich, RdA 2002, 8; Dörner, FS Däubler, S. 33; Bauer, in: Dreier, Art. 9 Rn. 69; Jarass/Pieroth, Art. 9 Rn. 38; Kempen/Zachert-Kempen, Grundl. Rn. 69 ff.; AK-GG-Kittner/Schiek, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 84; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 18; Löwer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Art. 9 Rn. 86; Sodan, JZ 1998, 422; D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 133; Waltermann, FS Söllner, S. 1261; a. A. Scholz, Koalitionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VI, Rn. 92; Höfling, in: Sachs, Art. 9 Rn. 70; Henssler/Moll/Bepler-Höfling/Engels, Teil 1 Rn. 17; MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 155 Rn. 4, die sich auf Art. 19 Abs. 3 GG stützen, was im Ergebnis aber zu keinen anderen Folgerungen führen muss.

²⁰⁹ Zusammenstellung bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 223.

²¹⁰ 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 101 f. Zu den Anfängen der Tarifverträge in Deutschland grundlegend Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, 1. Teil Leipzig 1907, 2. Teil Leipzig 1908.

²¹¹ 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 102.

²¹² BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224.

Schutzzweck („Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“) ausdrücklich aufgenommen ist.²¹³ Da Art. 9 Abs. 1 GG grundsätzlich die Verfolgung beliebiger Zwecke gestattet, wäre Art. 9 Abs. 3 GG überflüssig, würde er lediglich einen von ihnen ausdrücklich hervorheben. Sein Garantiegehalt geht deshalb ersichtlich über den des Abs. 1 hinaus.²¹⁴

Drittes Begründungselement ist der Gedanke der Grundrechtseffektivität. Die Koalitionsfreiheit sei nur dann „sinnvoll“, wenn die Rechtsordnung den Koalitionen auch die Erreichung ihres in Art. 9 Abs. 3 GG bezeichneten Zweckes, nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, ermögliche.²¹⁵ Insoweit handelt es sich um einen frühen Anwendungsfall des Prinzips der Grundrechtsrealisierung „durch Organisation und Verfahren“, das in der späteren Rechtsprechung des BVerfG eine erhebliche Rolle spielte.²¹⁶

In neuerer Zeit verzichtet das BVerfG auf eine nähere Begründung und verweist nur noch auf seine „feststehende Rechtsprechung“.²¹⁷ Dies kann als Indiz dafür gewertet werden, dass insoweit Verfassungsgewohnheitsrecht entstanden ist – eine These, die auch in der Literatur vertreten wird.²¹⁸ In der Tat liegt eine solche Annahme angesichts einer mehr als 50 Jahre umfassenden Rechtsprechung nahe, zumal diese nicht nur in der Literatur vorwiegend Zustimmung erfahren hat,²¹⁹ sondern auch der Praxis der sozialen Gegenspieler zugrunde gelegt wurde.

2. Die Garantie spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung, insbesondere des Rechts zum Abschluss von Kollektivverträgen

Wichtiger als die bloße Existenz einer „kollektiven Koalitionsfreiheit“ ist deren konkreter Inhalt. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass jede „spezifisch koalitionsmäßige Betätigung“ erfasst sei.²²⁰ Dazu gehört beispielsweise die Werbung neuer Mitglieder²²¹ sowie die freie Darstellung der in den Koalitionen organisierten Gruppeninteressen gegenüber dem Staat und den

²¹³ BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224.

²¹⁴ So im Ergebnis auch BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224.

²¹⁵ BVerfG 6. 5. 1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18, 26.

²¹⁶ Vgl. etwa BVerfG 22. 2. 1994 – 1 BvL 30/88 – BVerfGE 90, 60 ff.

²¹⁷ S. etwa BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 282.

²¹⁸ So insbesondere *Rupp*, JZ 1998, 924; *Waltermann*, FS Söllner, S. 1271.

²¹⁹ S. die Nachweise oben Fn 202.

²²⁰ S. etwa BVerfG 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78 – BVerfGE 58, 233, 246; BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224; BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, 357; BVerfG 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 282.

²²¹ So bereits BVerfG 26. 5. 1970 – 2 BvR 664/65 – BVerfGE 28, 295, 305.

politischen Parteien.²²² Wichtigster Anwendungsfall ist das Recht zur verbindlichen Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen, also zum Abschluss von Kollektivverträgen.²²³ Einbezogen sind auch die spezifischen Mittel, die zur Verfolgung der in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Ziele erforderlich sind; hierzu zählt insbesondere der Streik.²²⁴

Das Recht zur spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung ist generell und nicht nur in einem Kernbereich geschützt. Dies hat das BVerfG in Abgrenzung zu seiner früheren, vielfältige Ausdeutungen ermöglichenden Rechtsprechung durch Entscheidung vom 14.11.1995 klargestellt²²⁵ und in der Zwischenzeit verschiedene Male bekräftigt.²²⁶ Inwieweit der Gesetzgeber (bzw. der an seiner Stelle handelnde Richter) Einschränkungen vornehmen kann, ist an späterer Stelle zu behandeln.

Das Recht, „Gesamtarbeitsverträge“ oder „Kollektivverträge“ abzuschließen, ist nicht mit der aktuellen „Tarifautonomie“ in eins zu setzen. Das BVerfG vertritt mit Recht den Standpunkt, dass diese nicht in ihrer heutigen konkreten Erscheinungsform von der Verfassung garantiert sei. So wird im sog. Mitbestimmungsurteil vom 1.3.1979 ausdrücklich betont, die Gewährleistung der Tarifautonomie sei allgemeiner Natur; sie umfasse nicht die besondere Ausprägung, die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttretens des GG geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten habe.²²⁷ Sie lasse dem Gesetzgeber einen weiten Ausgestaltungsspielraum, doch finde seine Regelungsbefugnis ihre Grenzen „an dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Kernbereich der Koalitionsfreiheit: Der Garantie eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sein müssen.“ Bereits in der Entscheidung vom 18.11.1954 war dem auch terminologisch Rechnung getragen worden, da das BVerfG davon sprach, frei gebildete Organisationen müssten auf die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen Einfluss

²²² BVerfG 26. 5. 1970 – 2 BvR 664/65 – BVerfGE 28, 295, 305; BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 306.

²²³ BVerfG 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 106; BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 305; BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224; BVerfG 10.1.1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342,348/90 – BVerfGE 92, 26, 38; BVerfG 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 282; BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 304.

²²⁴ BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224.

²²⁵ BVerfG 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, 358 f.

²²⁶ BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 282; BVerfG 24. 2. 1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214, 221; BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 282.

²²⁷ 1 BvR 532/77 u. a. – BVerfGE 50, 290, 369, auch zum Folgenden. Zustimmend Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 40.

nehmen, insbesondere zu diesem Zweck „Gesamtvereinbarungen“ treffen können.²²⁸ Diese „Offenheit“ der verfassungsrechtlichen Garantie hatte u. a. insoweit auch praktische Konsequenzen, als das BVerfG dem Gesetzgeber ausdrücklich das Recht einräumte, die Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter nicht nur im Wege der traditionellen Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, sondern auch mit Hilfe einer Rechtsverordnung vorzunehmen.²²⁹ Auf derselben Linie liegt es, dass die im Rahmen des TVG abgeschlossenen Tarifverträge keineswegs die einzige zulässige Form von „Koalitionseinigung“ sind.²³⁰ Den Gesetzgeber trifft jedoch die Pflicht, „ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts“ bereitzustellen.²³¹ Nicht von Verfassungs wegen vorentschieden ist auch die Frage, welches Regelungskonzept und welche „Theorie“ der Tarifautonomie zugrunde liegt.²³² Insoweit ist vor einer voreiligen Festlegung etwa zugunsten einer „kollektiven Privatautonomie“ oder einer „sozialen Selbstverwaltung“ zu warnen. Dem Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnden Rechtsprechung steht es frei, eine eigenständige, weder dem bürgerlichen noch dem öffentlichen Recht entlehnte Regulierungsform zu entwickeln.²³³ Für eine solche Offenheit spricht auch die eher rechtspolitische Überlegung, dass in anderen EU-Mitgliedstaaten zum Teil „Tarifverfassungen“ existieren, die der Anknüpfung an die Koalitionsmitgliedschaft nur eine untergeordnete Bedeutung zuweisen,²³⁴ dass eine freiwillige Annäherung aber nicht von Verfassungs wegen ausgeschlossen oder erschwert werden sollte.

Die Begründung, weshalb Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die kollektive Koalitionsfreiheit als solche, sondern auch die Handlungsform „Abschluss von Kollektivverträgen“ garantiert, folgt demselben Muster: Entscheidend ist die Anknüpfung an die historische Entwicklung, aber auch der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG und die von ihm verfolgte Zwecksetzung. Die „klassische“ Formulierung findet sich

²²⁸ BVerfG 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 106.

²²⁹ BVerfG 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00 – DB 2000, 1768.

²³⁰ BAG 5. 11. 1997 – 4 AZR 872/96 – AP Nr. 29 zu § 1 TVG; näher dazu Däubler-Däubler, TVG, Einl. H (Rn. 846 ff.).

²³¹ BVerfG 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 106. Dazu auch Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 33 ff.

²³² Dazu Däubler-Schick, TVG, Einl. Rn. 169 ff.; bereits früher Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 112 ff., und nunmehr Däubler, KJ 2014, 372 ff. Anders Bayreuther, Tarifautonomie, S. 91 ff., 156, der dem GG eine Entscheidung zugunsten „Kollektiver Privatautonomie“ entnimmt.

²³³ Anklänge in dieser Richtung bei BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, wonach es sich bei der Allgemeinverbindlicherklärung um einen Rechtssetzungsakt sui generis handle.

²³⁴ So etwa das spanische Recht, wonach die in einem bestimmten Verfahren zustande gekommenen Tarifverträge alle branchenangehörigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihre Organisationszugehörigkeit binden.

bereits in der Entscheidung vom 18.11.1954,²³⁵ in der es heißt: „Wenn also die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht ihres historisch gewordenen Sinnes beraubt werden soll, so muss im Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen, dass ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und dass Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind.“ Angesichts der generellen Akzeptanz, die die Tarifautonomie als solche gefunden hat, kann auch insoweit von Gewohnheitsrecht die Rede sein.

3. Kollektivverträge im Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen?

Zur Frage, ob sich Gesamtvereinbarungen von Verfassungen wegen auf den Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beziehen können oder müssen, sind explizite Aussagen des BVerfG nicht ersichtlich. Seine Rechtsprechung und die der Arbeitsgerichte haben sich jedoch in jüngster Zeit für eine prinzipielle Offenheit des tariflichen Regelungsbereichs ausgesprochen, die ihre Grenze nur im Gegenstandsbereich „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ findet.

In der älteren Judikatur wurde der potenzielle Gegenstand tariflicher Regelungen bisweilen mit dem „Inhalt des Arbeitsverhältnisses“,²³⁶ bisweilen mit „Löhne und Arbeitsbedingungen“²³⁷ oder „Arbeitsbedingungen, insbesondere Löhne und Gehälter“²³⁸ umschrieben. In der Folge wurde dieser Bereich ausdrücklich als beispielhaft gekennzeichnet.²³⁹

In neuerer Zeit finden sich deutliche Aussagen in der Richtung, dass im Prinzip alles das tariflicher Regelung zugänglich ist, was in Übereinstimmung mit dem

²³⁵ BVerfG 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96, 106.

²³⁶ BVerfG 27. 2. 1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307, 316; BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 340.

²³⁷ BVerfG 18. 12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 305.

²³⁸ BVerfG 6. 5. 1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18, 26.

²³⁹ BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 340: „Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarung sinnvoll zu ordnen.“ Ähnlich BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77 u. a. – BVerfGE 50, 290, 367, und BVerfG 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78 – BVerfGE 58, 233, 266.

Zweck der Tarifautonomie steht. So wird in der Entscheidung vom 24.4.1996²⁴⁰ ausgeführt:

„Der den Koalitionen überlassene Teil der Regelungen bezieht sich auf solche Materien, die sie in eigener Verantwortung zu ordnen vermögen. Dazu gehören vor allem das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeits- und Urlaubszeiten sowie nach Maßgabe von Herkommen und Üblichkeit weitere Bereiche des Arbeitsverhältnisses, außerdem darauf bezogene soziale Leistungen und Einrichtungen.“

Damit ist ausdrücklich für eine „Öffnung“ in dem Sinne plädiert, dass nicht nur das Herkommen, sondern auch die „Üblichkeit“ über die Einbeziehung bestimmter Materien in die Tarifautonomie entscheidet. Dass diese über den Bereich der Tarifnormen im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG hinausgehen kann, wird daran deutlich, dass schon im Jahre 1970 die dort niedergelegten Gegenstände ausdrücklich und beispielhaft in die Verfassungsgarantie einbezogen wurden.²⁴¹

„Den Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich gewährleistet, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme zu gestalten. Sie erfüllen dabei eine öffentliche Aufgabe. Sie haben von Verfassungen wegen einen Status, der über den der in Art. 9 Abs. 1 genannten Vereinigungen hinaus geht; nur ihnen steht es *insbesondere* zu, in Tarifverträgen durch Rechtsnormen Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverträgen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu ordnen.“

Die Rechtsprechung legt den Schluss nahe, dass die Gesamtheit der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ potenzieller Gegenstand von „Gesamtarbeitsverträgen“ sein kann.²⁴² Die Klarstellung, dass sich die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung auf diesen gesamten Bereich erstreckt,²⁴³ ist weder in dem fraglichen Urteil noch später mit der Einschränkung versehen worden, dass dies nicht für die Handlungsform „Abschluss von Tarifverträgen“ gelte. Diese wird vielmehr nicht anders als die Werbung neuer Mitglieder oder die Darstellung der eigenen Interessen im politischen Raum als spezifischer Garantiehalt des Art. 9 Abs. 3 GG

²⁴⁰ 1 BvR 712/86 – BVerfGE 94, 268, 283.

²⁴¹ BVerfG 26. 5. 1970 – 2 BvR 664/65 – BVerfGE 28, 295, 304.

²⁴² Ebenso Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 46. Für Einbeziehung von Standortentscheidungen Kühling/Bertelsmann, NZA 2005, 1017, 1023.

²⁴³ BVerfG 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352, 357.

bezeichnet, dem eine besonders hohe Bedeutung zukommt. So heißt es etwa in der Entscheidung vom 27. 4. 1999:²⁴⁴

„Der Schutz (der Koalition) ist nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht. Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen.“

Auch in der Literatur ist die Auffassung im Vordringen, die Tarifautonomie umfasse die „Gesamtheit jener Bedingungen, unter denen abhängige Arbeitsleistung erbracht wird.“²⁴⁵ In der Tat ist nicht erkennbar, weshalb die wirkungsvollste Form der Interessenvertretung auf einen Teilbereich wie z. B. die „Arbeitsvertragsbedingungen“ beschränkt sein sollte. Eine solche Restriktion würde zudem im Widerspruch zur Zwecksetzung der Tarifautonomie stehen, da die Mitgestaltung z. B. der Arbeitsvertragsinhalte entwertet, ja gegenstandslos gemacht werden könnte: In tarifvertragsfreien Bereichen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wie z. B. der Unternehmenspolitik könnten einseitige Entscheidungen getroffen werden, die dem tariflich Vereinbarten wieder die Grundlage entziehen würden. Schön formulierte Tarife über Löhne und Arbeitsbedingungen würden gegenstandslos, wenn das Unternehmen als einseitige Reaktion darauf geschlossen oder ins Ausland verlagert werden könnte. Die Erstreckung des tariflich Regelbaren auf den Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dient also auch dem Umgehungsschutz. Die Aussagen in den BAG-Entscheidungen zum Outsourcing-Verbot²⁴⁶ und zur Fortführung von Einrichtungen²⁴⁷ sehen sich unter diesen Umständen bestätigt.

²⁴⁴ BVerfG 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 282.

²⁴⁵ Säcker/Oetker, S. 65; ebenso Kempen/Zachert-Kempen, Grundl. Rn. 138 ff.; Cornils, in: Epping/Hillgruber, Art. 9 Rn. 90; Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 46; ähnlich Dieterich, RdA 2002, 10; Hanau/Thüsing, ZTR 2001, 3, 5; vgl. schon Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rn. 205. Anders Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 1144 ff., sowie Hartmann, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), S. 17 ff., der den obligatorischen Teil des Tarifvertrags völlig ausblendet. Diesen thematisiert zwar Giesen (a. a. O., S. 57 ff.), beschränkt ihn aber in künstlicher Weise auf Gegenstände, die normativer Regelung zugänglich sind. Das sind Minimierungen der Tarifautonomie, die sogar ohne Rückgriff auf die unternehmerische Freiheit auskommen.

²⁴⁶ BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 – AP Nr. 7 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 2011, 808.

²⁴⁷ BAG 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00 – AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085.

Die vorgenommene Bestimmung der tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten bedeutet nicht, dass insoweit keine Einschränkungen denkbar wären. Dem Gesetzgeber steht es frei, im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis die Regelungsmöglichkeiten zu beschränken. So hat er etwa die Gegenstände normativer Tarifregelungen in § 1 Abs. 1 TVG festgelegt und damit zugleich zu erkennen gegeben, dass unternehmerische Entscheidungen (anders als betriebliche) einer normativen Regelung entzogen sind. Sie werden dadurch aber nicht in ihrer Zulässigkeit berührt.²⁴⁸ Bestimmungen im obligatorischen Teil können sich grundsätzlich auf Investitionsentscheidungen, Produktionsverlagerungen und die Preispolitik erstrecken.²⁴⁹ Ob und in welchem Umfang sich mit Rücksicht auf die Arbeitgebergrundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG Grenzen ergeben, bedarf einer näheren Analyse, die im nächsten Abschnitt erfolgen soll.

Meinungsverschiedenheiten bestehen bei der Frage, inwieweit den Tarifparteien ein sog. beschäftigungspolitisches Mandat zukommt. Dies betrifft weniger den Gegenstandsbereich der Regelungen als die verfolgten Intentionen und den Inhalt möglicher Regelungen. Die These, es fehle den Tarifparteien die Legitimation für marktpolitisches Handeln,²⁵⁰ steht allerdings im Widerspruch zur herrschenden Auffassung in der Literatur.²⁵¹ Auch die Rechtsprechung sieht dies anders: Das BVerfG hat im Zusammenhang mit einem Tarifvertrag über Vorruhestand deutlich gemacht, dass es keine Bedenken dagegen hat, dass ein Tarifvertrag auch beschäftigungspolitisch motiviert sei und deshalb für allgemeinverbindlich erklärt werde.²⁵² Der Rückgriff auf die privatautonome Legitimation durch Beitritt wird außerdem überinterpretiert, wenn man in diesem lediglich eine Ermächtigung zur Verfolgung aktueller eigensüchtiger Interessen sieht.²⁵³ Gerade der Autonomiegedanke legt es nahe, der frei gebildeten Organisation große Spielräume zu gewähren; der Schutz des Individualinteresses wird durch Beteiligung an der organisationsinternen Willensbildung, notfalls durch Austritt, sichergestellt.

²⁴⁸ Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 47, der betont, es gehe um sämtliche rechtlichen Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird oder die sich regulierend auf den Arbeitsmarkt auswirken. Grundsätzlich ebenso Franzen, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), S. 130 ff.

²⁴⁹ So ausdrücklich MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 155 Rn. 24. Nur den normativen Teil behandelt Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert, § 8 Rn. 135.

²⁵⁰ Picker, ZfA 1998, 573, 702 ff.; Rieble, ZTR 1993, 54.

²⁵¹ Säcker/Oetker, S. 66 m. w. N. in Fn. 137; Dieterich, RdA 2002, 10 mit Überblick über den (damaligen) Diskussionsstand. Aktuell Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 25.

²⁵² BVerfG 10. 9. 1991 – 1 BvR 561/89 – NZA 1992, 125.

²⁵³ Kritisch zur „Legitimationslehre“ insgesamt mit Recht Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, § 15 III 3, S. 558 ff. Dazu auch Däubler, KJ 2014, 372, 374.

Hinzu kommt ein Weiteres. Nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG²⁵⁴ ist es zulässig, dass der Gesetzgeber im Interesse der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in die Tarifautonomie eingreift. Angesichts dieser Tatsache wäre es widersinnig, wollte man den Tarifparteien selbst die Möglichkeit verweigern, ihren eigenen Beitrag zur Erreichung eines arbeitsmarktpolitischen Zieles zu leisten und so einen gesetzlichen Eingriff überflüssig zu machen. Gerade der Grundgedanke, dass Art. 9 Abs. 3 GG einen von staatlichen Eingriffen weithin freien Raum gewährleisten will, verbietet eine verengende Interpretation, die Kollisionen mit der staatlichen Beschäftigungspolitik geradezu heraufbeschwört. Schließlich würden sich schwer zu bewältigende Abgrenzungsprobleme ergeben, da niemand mit Bestimmtheit sagen kann, ob z. B. eine tarifliche Begrenzung von Überstunden primär dem Gesundheitsschutz oder primär der Schaffung neuer Arbeitsplätze dient.

4. Der Arbeitskampf als Funktionsvoraussetzung

Ob das GG den Arbeitskampf, insbesondere Streik und Aussperrung garantiert, war lange Zeit offen. Der Parlamentarische Rat hatte anders als eine Reihe von Landesverfassungsgebern entgegen ursprünglichen Überlegungen auf eine ausdrückliche Streikgarantie verzichtet.²⁵⁵ Das BVerfG ließ noch 1975 die verfassungsrechtliche Bewertung von Aussperrung und Arbeitskampf dahinstehen.²⁵⁶ Allerdings hatte es bereits früher die Feststellung getroffen, dass anders als in der Weimarer Zeit die Zwangsschlichtung nicht mehr zulässig sei.²⁵⁷ Auch stehe selbst bei friedlichen Übereinkommen letztlich in der Regel doch die Drohung mit dem Arbeitskampf im Hintergrund.²⁵⁸ Erst 1991 wurde der Schritt zur verfassungsrechtlichen Anerkennung getan.²⁵⁹ Soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks („Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“) vom Einsatz bestimmter Mittel abhängt, würden auch diese vom Schutz des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 erfasst. Wenn dies für eine funktionierende Tarifautonomie erforderlich sei, müsse es daher von Verfassungs wegen Streiks und Aussperrungen geben,²⁶⁰ wobei allerdings beim Streik eine Überprüfung am

²⁵⁴ BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 284 ff.

²⁵⁵ Einzelheiten bei Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht, § 6 Rn. 10 ff.

²⁵⁶ BVerfG 19. 2. 1975 – 1 BvR 418/71 – BVerfGE 38, 386, 393.

²⁵⁷ BVerfG 6. 5. 1964 – 1 BvR 79/62 – BVerfGE 18, 18, 30.

²⁵⁸ BVerfG, a. a. O.

²⁵⁹ BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 224.

²⁶⁰ A. a. O. S. 225.

Maßstab der Verhältnismäßigkeit von vorneherein ausscheide.²⁶¹ Später wurden diese Aussagen bestätigt²⁶² und wie folgt zusammengefasst:²⁶³

„Das Grundrecht schützt als koalitionsmäßige Betätigung auch Arbeitskämpfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Dazu gehört auch der Streik.“

III. Begrenzung durch die unternehmerische Betätigungsfreiheit?

1. Die Ausgestaltung der Tarifautonomie durch den Gesetzgeber

Art. 9 Abs. 3 GG steht nicht als isolierte Vorschrift in der Verfassung. Die Ausübung der dort garantierten Befugnisse muss mit den übrigen Grundrechten und – soweit Art. 9 Abs. 3 GG zur Vereinbarung von normativen Mindeststandards ermächtigt – auch mit rechtsstaatlichen Erfordernissen der Rechtsetzung in Einklang gebracht werden. Außerdem bedarf die auf einem relativ hohen Abstraktionsniveau angesiedelte Verfassungsgarantie der Konkretisierung und Umsetzung durch den Gesetzgeber. Soweit er diese Aufgabe nicht wahrnimmt, ist die Rechtsprechung aufgerufen, ihrerseits adäquate Regeln zu entwickeln. Bei näherer Betrachtung stellt das bestehende Tarifrecht eine Kombination von gesetzlichen und richterrechtlichen Regeln dar. Neben der Schaffung solcher „freiheitsermöglicher Maßnahmen“²⁶⁴ kann der Staat jedoch auch unter bestimmten Voraussetzungen in die Tarifautonomie eingreifen. Beide Handlungsformen lassen sich nicht trennscharf voneinander abgrenzen,²⁶⁵ dies gilt insbesondere dann, wenn die Freiheitssphären der sozialen Gegenspieler im Verhältnis zueinander bestimmt werden.

²⁶¹ A. a. O. S. 231 Rn. 52: „Bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die schon bei den Angriffskampfmitteln ansetzte, wäre eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele kaum zu vermeiden. Eine solche Kontrolle widerspräche aber dem Grundgedanken der Tarifautonomie.“

²⁶² BVerfG 2. 3. 1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103, 114; zustimmend auch Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause, § 1 Rn. 43.

²⁶³ BVerfG 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a. – BVerfGE 92, 365, 393.

²⁶⁴ Vgl. Kempen/Zachert-Kempen, Grundl. Rn. 141.

²⁶⁵ Zutreffend Dieterich, RdA 2002, 11; Rupp, JZ 1998, 923. Ebenso Bauer, in: Dreier, Art. 9 GG Rn. 91.

2. Die Bindung der Tarifparteien an Grundrechte

Die Bindung der Tarifparteien an Grundrechte und andere Verfassungsprinzipien gehört zu den umstrittensten Fragen des kollektiven Arbeitsrechts. Die an anderer Stelle vertretene Auffassung, die Tarifparteien seien grundsätzlich an die Grundrechte ihrer Mitglieder sowie die der Außenseiter gebunden,²⁶⁶ bleibt auch angesichts der neueren Diskussion aufrechterhalten.²⁶⁷ Dabei wird zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgebergrundrechten differenziert und den Ersteren ein stärkerer Schutz beigemessen. Die Begründung hierfür soll kurz rekapituliert werden. Soweit sich dadurch ein Widerspruch zur herrschenden Rechtsprechung und Lehre ergibt, soll im Anschluss auch eine Prüfung nach deren Kriterien erfolgen.

a) Der Ausgangspunkt: Funktion der Grundrechte

Grundrechte wollen ihrem historisch überkommenen Sinn entsprechend den einzelnen Bürger vor sozialer Übermacht schützen und dadurch seine Freiheit gewährleisten. Im 19. Jahrhundert glaubte man, dies allein dadurch erreichen zu können, dass man staatlichen Eingriffen Grenzen setzte. Einzelne ausländische Rechtsordnungen – nicht zuletzt die der USA – stehen noch immer auf diesem Standpunkt. In Europa ist man sich inzwischen einig, dass Freiheit im wirtschaftlichen und sozialen Bereich auch durch gesellschaftliche Kräfte bedroht und faktisch eingeschränkt ist und dass die Rechtsordnung darauf reagieren muss.

Um den vom Grundgesetz angestrebten freiheitlichen Gesamtzustand wenigstens ansatzweise zu garantieren, müssen Grundrechte auch im Verhältnis zu sozialen Gewalten angewandt werden. Die gemeinsam handelnden Tarifparteien zählen zu den Instanzen, die hier schlagwortartig als „soziale Gewalten“ bezeichnet werden.

b) Unterschiedliches Betroffensein von Arbeitnehmern und Arbeitgebern

Der einzelne Arbeitnehmer ist den Tarifnormen in ähnlicher Weise unterworfen wie dem staatlichen Recht. Selbst ein Gewerkschafts Austritt könnte ihn nicht davor bewahren, dass er als Außenseiter weiterhin nur „nach Tarif“ beschäftigt wird; dafür sorgt schon die übliche Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag. Weiter ist er von den Vereinbarungen der Tarifparteien auch existentiell abhängig: Die Tarifnormen bestimmen letztlich das Niveau seiner Lebensführung. Dass der

²⁶⁶ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 404 ff.

²⁶⁷ Ausdrücklich zustimmend HK-ArbR-Hensche, Art. 9 GG Rn. 94.

einzelne Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, als Gewerkschaftsmitglied das im Tarifvertrag gesetzte autonome Recht zu beeinflussen, ist kein Argument gegen die Geltung der Grundrechte. Diese schützen unbestrittenermaßen auch gegenüber dem demokratisch gewählten Gesetzgeber, auf staatlicher wie auf kommunaler Ebene. Hier wie dort haben sie die Bedeutung eines elementaren Minderheitenschutzes. Im Ergebnis ist daher der ursprünglichen Rechtsprechung des BAG zuzustimmen, die eine volle Bindung der Tarifparteien an Arbeitnehmergrundrechte bejahte.²⁶⁸

Auf Arbeitgeberseite liegen die Dinge anders. Der einzelne Unternehmer ist mächtig genug, dem Arbeitgeberverband fernzubleiben und sich damit definitiv dem Branchentarif zu entziehen. Dies hat der Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 TVG selbst anerkannt, wo er den einzelnen Arbeitgeber für tariffähig erklärt hat. Das gilt auch für mittlere und kleinere Unternehmen, bei denen die Gewerkschaft typischerweise nicht so stark verankert ist, dass sie aussichtsreiche Verhandlungen über einen Firmentarif führen könnte. Wer einmal einem Arbeitgeberverband beigetreten ist, muss allerdings einige Zeit ins Land gehen lassen, bevor die sog. Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG endet und nur noch die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG besteht. Von Letzterer kann sich der Arbeitgeber dann durch Abschluss abweichender Verträge jederzeit befreien.²⁶⁹ Diese sehr eingeschränkte Bindung ist mit der definitiven Unterwerfung des Arbeitnehmers nicht zu vergleichen.

c) Bindung an die Grundrechte der Arbeitgeberseite

Beim Abschluss eines Firmentarifs besteht keine unmittelbare Bindung an Arbeitgebergrundrechte. Angesichts der Gleichordnung beider Parteien kommt nur die allgemeine mittelbare Grundrechtsdrittwirkung in Betracht. Die Situation ist insoweit keine andere als beim Abschluss eines normalen zivilrechtlichen Vertrages.²⁷⁰ Auch beim Verbandstarif ist die Situation grundsätzlich andere. Da sich der Arbeitgeber durch Verbandsaustritt der tariflichen Rechtssetzung jederzeit entziehen kann, befindet er sich in keiner existentiellen Abhängigkeit. Anders als der einzelne Arbeitnehmer hat er die Wahl zwischen „verbandsausgehandelten“ und „eigenausgehandelten“ Arbeitsbedingungen.²⁷¹ Eine Bindung tritt daher auch hier nur im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung ein: Lediglich dann,

²⁶⁸ S. etwa BAG, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG; BAG AP Nr. 1 und 3 zu Art. 6 GG Ehe und Familie.

²⁶⁹ Ebenso BVerfG 3.7.2000 – 1 BvR 945/00 – AP Nr. 36 zu § 4 TVG Nachwirkung, das deshalb keine Bedenken dagegen hatte, dass für die Nachwirkung keine zeitliche Grenze besteht.

²⁷⁰ So im Prinzip auch *Reuter*, ZfA 1978, 41 ff.

²⁷¹ Ebenso *Schmidt-Eriksen*, S. 306.

wenn die Gefahr besteht, dass Eigentum und Berufsfreiheit in unzumutbarer Weise eingeschränkt werden, aktualisiert sich die staatliche Schutzpflicht.

Vom Sonderfall der Tendenzunternehmen abgesehen,²⁷² haben die Arbeitgeberrechte in der bisherigen Tarifpraxis eine recht geringe Rolle gespielt.

Die jüngst ergangene Entscheidung des LAG Hessen²⁷³ unterstellte eine Tarifierung der Pilotengewerkschaft VC, wonach der Lufthansa die Gründung einer österreichischen Tochtergesellschaft untersagt werden sollte.²⁷⁴ Dies war eine unzutreffende Tatsachenfeststellung, weil es der VC allein darum ging, die Einstellung von Piloten zu Niedrig-Tarifen durch die ausländische Tochter zu verhindern: Dies war jedoch ein Ziel, das die gesellschaftsrechtliche Organisationsfreiheit der Arbeitgeberseite völlig unberührt ließ und nur eine bestimmte personalpolitische Maßnahme verhindern wollte, bei der es vorwiegend um Arbeitsbedingungen ging. Nach den oben dargestellten Grundsätzen²⁷⁵ und der Rechtsprechung des BAG²⁷⁶ hätte der Streik daher nicht unter Hinweis auf die unternehmerische Freiheit verboten werden dürfen. Im Übrigen muss man ein wenig Fantasie aufbringen, um Regelungen zu konstruieren, die im Hinblick auf die unternehmerische Betätigungsfreiheit und das arbeitgeberseitige Eigentum die staatliche Schutzpflicht auslösen.

Ausgeschlossen wäre es etwa, der Arbeitnehmerseite die Entscheidungsbefugnis in wichtigen Fragen (z. B. über Investitionen) zuzuweisen, gleichzeitig jedoch den Arbeitgeber für alle im Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten haften zu lassen.²⁷⁷ Dies würde die unternehmerische Handlungsfreiheit übermäßig einschränken und zudem das vorhandene Eigentum aufs schwerste gefährden. Nicht hinnehmbar wäre weiter eine Regelung, die das Unternehmen potentiell funktionsunfähig macht,²⁷⁸ die beispielsweise dem Betriebsrat ein Vetorecht in zentralen unternehmerischen Fragen einräumt, ohne eine Konfliktlösung durch die Einigungsstelle oder ein vergleichbares Gremium vorzusehen. Bei weniger zentralen Gegenständen wie der Arbeit an Samstagen ist eine solche Gestaltung

²⁷² Dazu unten f.

²⁷³ Urteil v. 9. 9. 2015 – 9 SaGa 1082/15 – juris.

²⁷⁴ Unteilsausfertigung, S. 20.

²⁷⁵ Oben § 3 I 5.

²⁷⁶ BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = NZA 1990, 886 Tz. 18–20.

²⁷⁷ S. zum Verbot der Knebelungsverträge RG 15. 2. 1929 – II 400/28 – RGZ 128, 251, und BGH 12. 7. 1965 – II ZR 118/63 – BGHZ 44, 158 ff. Im letzten Fall ging es um einen OHG-Gesellschafter, der zwar weiter haften, jedoch alle seine Mitentscheidungsrechte auf einen Treuhänder übertragen sollte, den er nicht einmal selbst auswählen konnte.

²⁷⁸ Vgl. die Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 – BVerfGE 50, 290 ff.

dagegen möglich, da die Samstagsarbeit auch ganz verboten werden könnte.²⁷⁹ Schließlich wird man dem Arbeitgeber immer dann einen Ausweg lassen müssen, wenn das Unternehmen durch die Anwendung einer allgemeinen Regel in Existenzgefahr geraten würde. Dies hat das BAG für den Fall der Beschränkung einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung angenommen und diese als unverzichtbar angesehen, wenn andernfalls das Unternehmen von Zahlungsunfähigkeit bedroht wäre,²⁸⁰ doch sind andere Situationen denkbar: Die Verpflichtung zur Fortführung des Unternehmens muss – wie dies auch in dem vom BAG²⁸¹ entschiedenen Fall vereinbart wurde – Vorsorge für den Fall treffen, dass sich die Verhältnisse auf dem Markt grundlegend ändern und eine wirtschaftliche Fortführung unmöglich oder jedenfalls höchst unwahrscheinlich machen. Auch wird man dem Inhaber das Recht einräumen müssen, die unternehmerische Tätigkeit als solche aufzugeben,²⁸² doch muss er dabei einen für den Arbeitnehmer möglichst schonenden Weg gehen, da diese gleichfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind: Statt einer von hoher Hand verfügten Stilllegung muss er sich bemühen, einen Nachfolger oder einen Käufer zu finden, der das Unternehmen fortführt. Im Regelfall wird er dies schon im eigenen Interesse tun. Nur wenn trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten eine solche Lösung nicht erreichbar ist, kann eine Stilllegung in Betracht kommen.

Tarifliche Regelungen, die unterhalb dieser Schwelle bleiben, sind rechtlich unbedenklich.²⁸³ Insoweit ist der Rechtsprechung des BAG auch vom hier vertretenen Standpunkt aus voll zuzustimmen.

d) Bestätigung durch die neue Lehre

Die neuere Lehre differenziert zwischen Gleichheits- und Freiheitsrechten. Nur bei den Ersteren soll es bei der unmittelbaren Bindung der Tarifparteien bleiben, die früher allgemein anerkannt war; die Wahrung der Gleichheit sei „fundamentales Rechtsprinzip“ jeder Normsetzung.²⁸⁴ Werden Freiheitsrechte wie z. B. die

²⁷⁹ *Richardi*, NZA 1988, 673, 677.

²⁸⁰ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 – DB 2003, 102, 103; BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 215/03 – AP Nr. 278 zu § 613a BGB = ZTR 2005, 157 = AiB 2005, 129 mit Anm. *Letsche*.

²⁸¹ BAG 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00 – AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085.

²⁸² So für Einzelunternehmen *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1026; zustimmend *Treber*, SR 2013, 140, 148.

²⁸³ Dies gilt auch für eine tarifliche Standortsicherung, die Gegenstand eines Tarifvertrags ist. Anders *Franzen*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), S. 132 ff., der dieser generell die Erkämpfbarkeit absprechen will.

²⁸⁴ So insbesondere BAG 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – NZA 2004, 1399. Ebenso *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 59. Dabei drängt sich die Frage auf, weshalb

Meinungsfreiheit durch Tarifbestimmungen eingeschränkt, sei dies erst dann zu beanstanden, wenn der Eingriff so weit gehe, dass die staatliche Schutzpflicht ausgelöst werde.²⁸⁵ Diese „gelockerte Grundrechtsbindung“ stützt sich im Kern darauf, die tarifliche Normsetzung sei „kollektive Privatautonomie“, so dass sich ein quasi-natürlicher Ausgleich ergebe; nur in Sonder- und Extremfällen müssten die Grundrechte der schwächeren Seite dem stärkeren Partner Schranken ziehen. Dagegen lässt sich eine Menge einwenden.²⁸⁶ Insbesondere wird nicht ausreichend berücksichtigt, dass sich der einzelne Arbeitnehmer einer „sozialen Gewalt“ gegenüber sieht, im Verhältnis zu der er einen vergleichbaren Schutz benötigt wie gegenüber staatlichen und kommunalen Instanzen. Auch ergeben sich zahlreiche Widersprüche, wenn eine Tarifnorm nach § 3 Abs. 2 TVG oder aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG gleichermaßen für Organisierte und für Nichtorganisierte gilt: Da die Grundrechte der Außenseiter in vollem Umfang zu wahren sind, muss man entweder für diesen Fall eine Ausnahme machen oder die in dem weniger weitgehenden Grundrechtsschutz liegende Benachteiligung der Organisierten in Kauf nehmen.²⁸⁷ Schließlich müsste man auch bei der Tarifauslegung zwei verschiedene Formen von „verfassungskonformer Interpretation“ praktizieren – eine strenge für die Außenseiter und eine „laxere“ für die Organisierten.

Die Rechtsprechung der einzelnen Senate des BAG ist bislang uneinheitlich,²⁸⁸ dass in näherer Zukunft der Große Senat mit der Frage befasst wird, ist eher unwahrscheinlich.

Legt man trotz der hier zusammengefassten Einwände die mittlerweile wohl herrschende Lehre zugrunde, so ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang kein abweichendes Ergebnis: Auch in Bezug auf Arbeitgebergrundrechte kommt nur die Schutzpflichtlehre zur Anwendung; eine unmittelbare Bindung der Tarifparteien an die Freiheitsrechte nach Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG scheidet aus. Dies bedeutet, dass genau wie oben skizziert nur solche Abmachungen zu beanstanden sind, die eine unzumutbare Beeinträchtigung für die Arbeitgeberseite darstellen. Insoweit ergeben sich im Vergleich zum unter c Gesagten keine abweichenden Schlussfolgerungen.

Freiheitsrechte weniger fundamentalen Charakter haben sollen, doch soll dies hier nicht weiter vertieft werden. Für Interessierte s. *Däubler*, KJ 2014, 372, 375 ff.

²⁸⁵ BAG 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – NZA 2004, 1399; dazu *Dieterich*, RdA 2005, 177, beide m. w. N.; ähnlich *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 58: grundrechtlicher Mindestschutz.

²⁸⁶ S. auch die Kritik bei *D. Ullber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 437 ff.

²⁸⁷ Näher *Däubler-Däubler*, Einl. Rn. 124c ff.

²⁸⁸ Nachweise bei *Däubler-Schick*, Einl. Rn. 171 ff.

e) Art. 9 Abs. 3 GG als Spezialfall der Ausübung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG?

Soweit es um das Verhältnis zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und der unternehmerischen Betätigungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geht, kann man möglicherweise die Frage der Grundrechtsbindung der Tarifparteien dahinstehen lassen. Sieht man im Abschluss von Tarifverträgen eine spezifische Form der Berufsausübung, ist die durch sie erzeugte Bindung genau wie der Abschluss gewöhnlicher Individualverträge nicht am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Dies läuft auf einen rechtssystematischen Vorrang des Art. 9 Abs. 3 gegenüber Art. 12 Abs. 1 GG hinaus. Dafür spricht die ganz pragmatische Erwägung, dass man andernfalls jede Entgelterhöhung und jede Arbeitszeitfestsetzung im Hinblick darauf kontrollieren müsste, ob sie einen unzumutbaren Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt: Dies würde zu einer gerichtlichen Tarifizensur führen und damit die Tarifautonomie entscheidend entwerten.²⁸⁹ Ein solcher Effekt war und ist vom Verfassungsgeber nicht gewollt. Grundrechtsdogmatisch regelt Art. 9 Abs. 3 GG als Spezialnorm einen Ausschnitt aus der Berufsfreiheit des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers. Wo er nicht eingreift, weil es beispielsweise keine Tarifverträge gibt, wird Art. 12 Abs. 1 GG nicht verdrängt; die Rechtsprechung zum Kündigungsschutz in Kleinbetrieben mag hierfür als Beispiel dienen.²⁹⁰ Besteht zwischen den Tarifparteien ein strukturelles Ungleichgewicht und kommt es zu Resultaten, die eine Seite unangemessen belasten, so ist dem Tarifvertrag die rechtliche Anerkennung nach allgemeinen Grundsätzen zu versagen.

f) Schutz von Tendenzunternehmen

Bei Tendenzunternehmen im Sinne des § 118 Abs. 1 BetrVG ergeben sich spezifische Probleme, wenn die Tendenz als solche oder ihre Verwirklichung tariflich geregelt werden sollen. In solchen Fällen stehen sich die tarifvertragliche Regelungsbefugnis und das Tendenzgrundrecht (und nicht primär Art. 12 Abs. 1 GG) gegenüber. Geht man auch hier davon aus, dass nur eine mittelbare Grundrechtsdrittwirkung in Form der Schutzpflichtlehre eingreift, sind nur solche Abmachungen unzulässig, die auch im Rahmen zivilrechtlicher Verträge ausscheiden müssten. Ausgeschlossen sind danach tarifliche Regelungen, die die Arbeitgeberseite zu einer Änderung ihrer Tendenz verpflichten. So kann ein Presseunterneh-

²⁸⁹ Ähnlich *Dieterich*, FS Wiedemann, S. 241. S. weiter *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert-Krause*, § 1 Rn. 62, der aber auf das Problem der Spezialität des Art. 9 Abs. 3 GG nicht eingeht.

²⁹⁰ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470.

men nicht wirksam versprechen, Kritik an bestimmten Institutionen zu unterlassen oder die Aktivitäten bestimmter Personen durchweg positiv zu kommentieren. Geht es dagegen nur darum, dass die Tendenz „reibungsflos“ realisiert werden kann, so wird nur selten der Interventionspunkt erreicht sein, der den Staat zu positiven Schutzmaßnahmen verpflichtet. Ein Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist auch hier unproblematisch; die Beschränkung der außerordentlichen Kündigung muss lediglich den Fall aussparen, dass die beiderseitigen Auffassungen über die „Linie“ der Zeitung absolut unvereinbar sind. Dieselben Maßstäbe gelten für die tarifliche Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse; die Grenze der Unzulässigkeit ist erst überschritten, wenn der Betriebsrat eine Veränderung der Tendenz allein oder mit Hilfe der Einigungsstelle herbeiführen oder blockieren könnte. Mit Recht hat deshalb das BAG die tarifliche Begründung eines vollen Mitbestimmungsrechts bei der Einstellung neuer Beschäftigter in einem Tendenzunternehmen bejaht.²⁹¹ Auch hat es die Schaffung eines Redaktionsstatuts im Wege einheitlicher Arbeitsbedingungen gebilligt;²⁹² wird statt des Standard-Arbeitsvertrags das Mittel des Tarifvertrags benutzt, kann nichts anderes gelten.

3. Erstreikbarkeit unternehmenspolitischer Tarifverträge?

Wie oben bereits ausgeführt, ist der Arbeitskampf, insbesondere der Streik, eine Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie.²⁹³ Dabei wird nicht zwischen einzelnen unterschiedlichen Inhalten von Tarifverträgen unterschieden. Soweit ein Tarifvertrag zulässig ist, kann er notfalls auch durch Streik erkämpft werden.

Eine Besonderheit besteht insoweit, als zwar Besetzungsregeln, Kündigungsbeschränkungen und weitgehende Tarifsozialpläne Gegenstand des normativen Teils eines Tarifvertrags sein können, doch gilt dies nicht für ein Outsourcing-Verbot²⁹⁴ oder für eine Standortvereinbarung.²⁹⁵ Sie können nur im obligatorischen Teil des Tarifs geregelt werden. In Bezug auf diesen wird in der Literatur

²⁹¹ BAG 31. 1. 1995 – 1 ABR 35/94 – DB 1995, 1670 = NZA 1995, 1059.

²⁹² BAG 19. 6. 2001 – 1 AZR 463/00 – NZA 2002, 397 = DB 2002, 223 – Mannheimer Morgen; s. auch die Vorinstanz LAG Baden-Württemberg 5. 5. 2000 – 16 Sa 48/99 – NZARR 2000, 479.

²⁹³ Oben II 4.

²⁹⁴ BAG 26. 1. 2011 – 4 AZR 159/09 – AP Nr. 7 zu § 3 TVG Betriebsnormen = NZA 2011, 808.

²⁹⁵ BAG 4. 4. 2001 – 4 AZR 237/00 – AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2001, 1085.

die Auffassung vertreten, er sei aus dem Streikrecht ausgeklammert.²⁹⁶ Die Vertreter dieser Auffassung berufen sich allerdings zu Unrecht auf die BAG-Entscheidung zum Verhältnis von Arbeitskampf und sog. Drittem Weg in den Kirchen.²⁹⁷ Dort ist lediglich die Rede davon, der Arbeitskampf sei funktional auf die Tarifautonomie bezogen und insoweit grundrechtlich geschützt.²⁹⁸ Eine Beschränkung auf den normativen Teil wird an keiner Stelle behauptet. Bei früherer Gelegenheit hatte das BAG gleichfalls nur das Recht erwähnt, „die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln“²⁹⁹, wobei gleichfalls keine Differenzierung nach normativen und schuldrechtlichen Bestimmungen erfolgte. Die überwiegende Auffassung in der Literatur sieht deshalb Bestimmungen im obligatorischen Teil als erstreikbar an.³⁰⁰ Ihr ist ausdrücklich auch das LAG Bremen³⁰¹ gefolgt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Im geltenden Recht wird an keiner Stelle zwischen erkämpfbaren und nicht erkämpfbaren Teilen eines Tarifvertrags unterschieden. Das TVG stellt in § 1 Abs. 1 den schuldrechtlichen Teil vielmehr gleichrangig neben den normativ wirkenden, ohne irgendeine Andeutung in der Richtung zu machen, dass beide auf unterschiedliche Art zustande kommen sollen.³⁰² Normative und schuldrechtliche Regelungen sind zudem in vielen Fällen austauschbar. Häufig steht es bei Beginn eines Arbeitskampfes noch gar nicht fest, ob es zu einer normativen oder einer schuldrechtlichen Fixierung der Ergebnisse kommen wird.³⁰³ Auch wäre es wenig einsichtig, wollte man mit der Gegenansicht zwar einen Streik zulassen, wenn Regelungen im obligatorischen Teil neben solchen im normativen Teil stehen, ihn aber ausschließen, wenn alles im obligatorischen Teil geregelt werden soll. Eine solche unschlüssige Differenzierung würde voraussichtlich nur dazu führen,

²⁹⁶ So bereits *Mayer-Maly*, BB 1965, 829, 833; ähnlich später *Brox-Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982, Rn. 260, 269, und heute *Greiner*, NZA 2008, 1274, 1277 und NZA 2015, 769, 777.

²⁹⁷ S. die Bezugnahme bei *Greiner*, NZA 2015, 769, 776 Rn. 59.

²⁹⁸ BAG 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11 – NZA 2013, 449, 462 Tz. 111.

²⁹⁹ BAG 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83 – DB 1984, 2563 = NZA 1984, 393 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁰⁰ Berg/Kocher/Schumann-Berg, § 4a TVG Rn. 123; Däubler-Däubler, TVG, Einl. Rn. 872; Däubler-Reim/Ahrendt, § 1 Rn. 1074; Däubler-Hensche/Heuschmid, § 1 Rn. 966 ff.; ErfK-Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 114; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, § 22 I 3 b (S. 1070); *Jacobs*, ZTR 2001, 249, 251; *Kempen/Zachert-Zeibig/Zachert*, § 1 Rn. 939; *Schaub-Treber*, § 193 Rn. 5; *Löwisch*, DB 2015, 1103; *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 448 und § 1 Rn. 1017; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 5 Rn. 20 f.

³⁰¹ 5. 5. 1998 – 2 Sa 127/98 – AiB 1998, 537.

³⁰² So schon *Hueck/Nipperdey-Säcker*, Band II/2, § 49 II 3 (S. 1010).

³⁰³ *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 488. Diesen Fall erwähnen auch *Löwisch/Rieble*, Grundl. Rn. 448.

dass die Gewerkschaften zur Sicherheit auch Forderungen erheben würden, deren Realisierung in den normativen Teil eingehen könnte, auch wenn diese für sie wenig oder keine Bedeutung hätten. Sie würden so zu einer „heuchlerischen“ Verhandlungsführung veranlasst, was nicht im Sinne der Tarifautonomie liegen kann. Auch würde die Herausnahme des obligatorischen Teils einen unberechtigten Eingriff in die freie Wahl der Gestaltungsmittel darstellen.

Bestimmungen, die aufgrund eines Verbotsgesetzes im normativen Teil nicht vereinbart werden dürfen, können auch nicht Bestandteil obligatorischer Vereinbarungen werden, wenn damit das Verbot umgangen würde.³⁰⁴ Geht man etwa von einer generellen Unwirksamkeit der Effektivklausel aus, so könnte diese auch nicht im obligatorischen Teil festgelegt werden. Eine solche Situation ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht gegeben; es gibt kein Verbot, unternehmerische Entscheidungen durch tarifliche Regelungen vorzuprogrammieren.

³⁰⁴ Schaub-Treber, § 193 Rn. 5.

§ 5 Vereinbarkeit unternehmenspolitischer Tarifverträge mit den sog. Grundfreiheiten des Unionsrechts

I. Einleitung

Denkbar ist, dass bei einem konkreten Konflikt über eine unternehmenspolitische Maßnahme auch das Unionsrecht ins Spiel kommt. Will der Arbeitgeber beispielsweise einen Betrieb in einen anderen EU-Mitgliedstaat verlagern, möchte die Gewerkschaft ihm das aber mit Hilfe eines Tarifvertrags verbieten lassen, so könnte er sich möglicherweise auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV berufen und verlangen, diese frei und ohne Beeinflussung durch Tarifverträge ausüben zu können. Würde ein Tarifvertrag von ihm verlangen, Aufträge ausschließlich an deutsche Unternehmen zu vergeben, so könnte dies mit der (passiven) Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV kollidieren.

In der heutigen Praxis spielen solche Konstellationen eine sehr geringe Rolle.³⁰⁵ Die oben³⁰⁶ referierten Entscheidungen des BAG zu den unterschiedlichsten Formen von unternehmenspolitischen Tarifverträgen nahmen an keiner Stelle auf Unionsrecht Bezug. Dies geschah durchaus zu Recht: Die Tarifparteien bewegten sich nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts, weil es sich um rein innerstaatliche Tatbestände handelte. Auch Art. 28 EU-Grundrechtecharta, der Kollektivverhandlungen und „kollektive Maßnahmen einschließlich Streik“ garantiert, änderte daran nichts, weil er seinerseits nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts Platz greift. Dieses klammert aber in Art. 153 Abs. 5 AEUV „Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht sowie Streik- und Aussperrungsrecht“ aus den Unionskompetenzen aus.³⁰⁷

³⁰⁵ Waltermann, EuZA 2015, 15, 20.

³⁰⁶ § 3.

³⁰⁷ Ebenso EuGH 26. 2. 2013 – C-617/10 – NJW 2013, 1415 Tz. 19 (Anwendung nur auf „alle unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“); BVerfG 24. 3. 2013 – 1 BvR 1215/07 – NJW 2013, 1499 Tz. 88: Materie muss durch Unionsrecht „determiniert“ sein; ähnlich BVerfG 26. 3. 2014 – 1 BvR 3185/09 – NZA 2014, 493 Tz. 32; BAG 20. 11. 2012 – 1 AZR 611/11 – und 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11 – NZA 2013, 437 bzw. 448: Wegen Art. 153 Abs. 5 ist Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet.

Der beschränkte Anwendungsbereich des Art. 28 EU-Grundrechtecharta und anderer unionsrechtlicher Grundrechte steht in einem bemerkenswerten Gegensatz zum umfassenden Geltungsbereich der sog. Grundfreiheiten:³⁰⁸ Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (um die wichtigsten Fälle mit potentiellen arbeitsrechtlichen Auswirkungen zu nennen) haben einen universellen Geltungsanspruch, dürfen also ganz generell nur unter den im AEUV vorgesehenen Voraussetzungen beschränkt werden. Sie setzen lediglich einen grenzüberschreitenden Bezug voraus, der angesichts der engen wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten immer häufiger vorliegen wird. Eine nähere Betrachtung scheint daher angezeigt, wobei die Niederlassungsfreiheit im Vordergrund stehen soll, weil bei ihr am ehesten eine Kollision mit unternehmenspolitischen Tarifverträgen in Betracht kommt.

II. Die Niederlassungsfreiheit als Tarifschranke – Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH

1. Zur Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH kennt anders als das deutsche Recht keine „Grundsatzentscheidungen“, die einen bestimmten Problembereich über das zur Lösung des Einzelfalls Erforderliche hinaus mit rechtlichen Strukturen versehen.³⁰⁹ Vielmehr orientiert er sich in pragmatischer Weise an den konkret zu entscheidenden Fragen, die ihrerseits nicht immer erschöpfend geklärt, sondern häufig nur in Andeutungen behandelt werden. Die Ursachen für diese „Zurückhaltung“ können hier nicht herausgearbeitet werden. Eine gewichtige Rolle spielen sicherlich die unterschiedlichen nationalen Traditionen des Richterrechts sowie die Schwierigkeit des Berichterstatters und des Kammervorsitzenden, Richter mit sehr unterschiedlichen Vorverständnissen und gesellschaftspolitischen Prioritäten für einen einheitlichen Text zu gewinnen. Möglicherweise ist sich auch der eine oder andere Richter bewusst, dass einmal gefällte Urteile des EuGH letztlich nur noch durch diesen selbst zu revidieren sind; bei der großen Zahl der Mitgliedstaaten und der erforderlichen Einstimmigkeit für die Änderung von Primärrecht wird niemand auf den Gedanken verfallen, die Verträge nur deshalb zu ändern, weil eine Entscheidung des EuGH korrekturbedürftig erscheint.

³⁰⁸ Konstatiert auch bei *Jarass*, Art. 51 Rn. 11.

³⁰⁹ v. *Danwitz*, *EuZA* 2010, 6, 14.

Bei der hier interessierenden möglichen Kollision zwischen einer tariflichen Regelung und der Niederlassungsfreiheit soll zunächst die Entscheidung im Fall Viking³¹⁰ wiedergegeben werden, weil sie trotz ihres Einzelfallbezugs zusammen mit der Entscheidung in Sachen Laval³¹¹ die Diskussion über die Einwirkung von wirtschaftlichen Grundfreiheiten auf das kollektive Arbeitsrecht bisher beherrscht hat.

2. Die Viking-Entscheidung des EuGH

Das finnische Fährunternehmen Viking betrieb insgesamt sieben Schiffe, darunter auch die „Rosella“, die die Route Helsinki-Tallinn bediente. Die auf der Rosella tätigen Arbeitnehmer gehörten der finnischen Seeleute-Gewerkschaft (FSU) an, die ihrerseits Mitglied der ITF (International Transport Workers' Federation) war.

Auf der Strecke Helsinki-Tallinn verkehrten auch Schiffe mit estnischen Besatzungen, die sehr viel niedrigere Löhne erhielten. Dies führte bei „Rosella“ zu erheblichen Ertragseinbußen. Die Eigentümergesellschaft plante deshalb im Oktober 2003, das Schiff an eine estnische Tochtergesellschaft zu veräußern und es in Zukunft mit estnischen Seeleuten zu betreiben.

Die finnische Seeleute-Gewerkschaft informierte die ITF mit E-Mail vom 4. November 2003 von diesen Plänen und betonte, nur ihr allein würde das Verhandlungsrecht in Bezug auf das Schiff zustehen. Die ITF forderte deshalb ihrer Satzung entsprechend durch Rundschreiben alle andern Mitglieder auf, keine Verhandlungen mit Viking oder ihrer estnischen Tochtergesellschaft zu führen. Eine Zuwiderhandlung kann im Extremfall den Ausschluss aus der ITF zur Folge haben.

Am 17. November 2003 lief der mit der finnischen Seeleute-Gewerkschaft bestehende Tarifvertrag aus, so dass keine Friedenspflicht mehr bestand. Die Gewerkschaft erklärte, ein neuer Tarifvertrag sei für sie nur akzeptabel, wenn trotz einer etwaigen Umflagung weiterhin die bisherigen Bedingungen auf dem Schiff praktiziert und keine Entlassungen ausgesprochen würden.

Die Firma Viking war der Auffassung, das Verhalten der Gewerkschaft beeinträchtigte sie in ihrer Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG-Vertrag (heute: Art. 49 AEUV). Im August 2004 erhob sie deshalb Klage vor dem High Court of Justice in London, wo sich der Sitz der ITF befindet. Im Juni 2005 gab das Gericht

³¹⁰ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 – AuR 2008, 55; dazu *Tscherner*, S. 142–179.

³¹¹ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – AuR 2008, 59; dazu *Tscherner*, S. 179–221.

der Klage statt. Die dagegen eingelegte Berufung führte dazu, dass der Court of Appeal den Europäischen Gerichtshof einschaltete und ihm eine Reihe von Fragen zur Entscheidung vorlegte.

In seinem Urteil vom 11.12.2007³¹² vertrat der EuGH den Standpunkt, die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG-Vertrag (heute: Art. 49 AEUV) schütze nicht nur gegen staatliche Eingriffe, sondern verleihe zugleich einem privaten Unternehmen die Befugnis, sich gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverband auf dieses Recht zu berufen und sich gegen kollektive Maßnahmen zur Wehr zu setzen. Das Recht zur Durchführung von kollektiven Maßnahmen einschließlich eines Streiks sei zwar als Grundrecht im Gemeinschaftsrecht anerkannt, doch sei sein Gebrauch davon abhängig, dass in der Maßnahme kein unverhältnismäßiger Eingriff in die Niederlassungsfreiheit liege. Da der Schutz der Arbeitnehmer zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehöre, die eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen, sei zu fragen, ob im konkreten Fall das Ziel „Schutz der Arbeitnehmer“ verfolgt worden sei. Dies habe das vorlegende Gericht im Einzelnen zu prüfen; es liege nicht vor, wenn die Arbeitsplätze wegen einer Zusage der Arbeitgeberseite gar nicht gefährdet oder ernstlich bedroht waren. Weiter sei zu prüfen, ob die (angedrohte) kollektive Maßnahme geeignet sei, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehe. Im konkreten Fall sei die Geeignetheit unproblematisch, doch müsse das vorlegende Gericht prüfen, ob es die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Mittel gegeben habe, um zu einem Tarifabschluss mit Viking zu gelangen.

Weniger eindeutig waren die Aussagen zur Vereinbarkeit der ITF-Politik mit der Niederlassungsfreiheit. Im Einzelnen führt der EuGH in Tz. 88–90 seiner Entscheidung dazu aus:

„88 Was zweitens die kollektiven Maßnahmen zur Gewährleistung der Umsetzung der ITF-Politik betrifft, ist zu betonen, dass sich die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die sich aus derartigen Maßnahmen ergeben, objektiv nicht rechtfertigen lassen, soweit diese Politik darauf hinausläuft, die Reeder daran zu hindern, ihre Schiffe in einem anderen Staat als dem registrieren zu lassen, dessen Staatsangehörigkeit die wirtschaftlichen Eigentümer dieser Schiffe besitzen. Allerdings ist festzustellen, dass die genannte Politik, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, auch das Ziel des Schutzes und der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Seeleute verfolgt.

89 Wie jedoch aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten hervorgeht, ist die ITF im Rahmen ihrer Politik des Kampfes gegen Billigflaggen, wenn sie

³¹² AuR 2008, 55 ff.

von einem ihrer Mitglieder darum ersucht wird, gehalten, gegen den wirtschaftlichen Eigentümer eines Schiffes, das in einem anderen Staat als dem registriert ist, dessen Staatsangehörigkeit dieser Eigentümer besitzt, eine Solidaritätsmaßnahme unabhängig von der Frage einzuleiten, ob die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch diesen Eigentümer schädliche Auswirkungen auf die Arbeitsplätze oder die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer haben kann. Wie Viking in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, ohne dass die ITF dem widersprochen hätte, kommt somit die Politik, die darin besteht, das Recht auf Tarifverhandlungen den Gewerkschaften des Staats, dessen Staatsangehöriger der wirtschaftliche Eigentümer eines Schiffes ist, vorzubehalten, auch dann zur Anwendung, wenn das Schiff in einem Staat registriert ist, der den Arbeitnehmern einen höheren sozialen Schutz als denjenigen gewährleistet, in dessen Genuss sie in dem erstgenannten Staat kämen.

90 In Anbetracht dieser Erwägung ist auf die Fragen 3 bis 10 zu antworten, dass Art. 43 EG dahin auszulegen ist, dass kollektive Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die darauf abzielen, ein Unternehmen, dessen Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat liegt, zu veranlassen, einen Tarifvertrag mit einer in diesem Staat ansässigen Gewerkschaft zu schließen und die Klauseln dieses Tarifvertrags auf Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft des genannten Unternehmens, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, anzuwenden, Beschränkungen im Sinne des genannten Artikels sind. Grundsätzlich können diese Beschränkungen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie etwa den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, es ist erwiesen, dass sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“

3. Anwendungsbereich von Grundfreiheiten

Die Niederlassungsfreiheit beinhaltet das Recht eines Unternehmens, seinen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen oder dort eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigstelle zu errichten. Entsprechende Aktivitäten in Drittstaaten sind nicht erfasst. Der Wortlaut des Art. 43 Abs. 1 EG-Vertrag bzw. des heutigen Art. 49 Abs. 1 AEUV ist insoweit eindeutig: Es geht um die freie Niederlassung im „Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats“. Eine weitergehende „Auswanderungsfreiheit“ ließe sich überdies schwerlich mit den Zielen der Union nach Art. 3 EUV in Einklang bringen. Kraft besonderer Vereinbarung gilt eine Ausnahme nur für den Europäischen Wirtschaftsraum, d. h. für Norwegen, Island

und Liechtenstein. Auch in der Literatur wird dies so gesehen.³¹³ Beabsichtigt also ein Unternehmen, einen Betrieb oder einen Betriebsteil in die Schweiz, die USA oder nach China zu verlagern, so kann einer Tarifforderung, die dies verbieten oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen will, nicht die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV entgegengehalten werden. Dasselbe gilt für andere sog. Grundfreiheiten, etwa für die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Dienstleistungsfreiheit.

4. Kritik am Ansatz der Viking-Entscheidung

Ohne dass dies näher begründet worden wäre, ging der EuGH davon aus, dass die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages nicht nur unmittelbar anwendbares Recht ist, sondern auch „absolute Drittwirkung“ hat: Sie kann auch anderen privaten Rechtssubjekten entgegen gehalten werden. Deren Grundrechte – z. B. aus Art. 28 EU-Grundrechte-Charta – kommen nur dann zum Zuge, wenn sie einem „zwingenden Allgemeininteresse“ entsprechen, zu dem allerdings auch der Schutz von Arbeitnehmern gerechnet wird. Dass das Unionsrecht selbst eine Beteiligung der Arbeitnehmer an Entscheidungen im Unternehmen vorsieht, die auch die Form einer kollektivvertraglichen Einwirkung haben kann,³¹⁴ lag außerhalb des Horizonts der Beteiligten im Viking-Verfahren; andernfalls hätte sich schon eine immanente Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ergeben. Auch wenn man davon absieht, provoziert die unmittelbare Berufung auf die sog. Grundfreiheiten eine Reihe von Einwänden.

a) Ausklammerung des Arbeitskampfes aus den Unionskompetenzen

Nach Art. 137 Abs. 5 EG-Vertrag, der wörtlich mit dem heutigen Art. 153 Abs. 5 AEUV übereinstimmte, waren Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streik- und Aussperrungsrecht aus den Unionskompetenzen ausgenommen. Insoweit bleiben die Mitgliedstaaten zuständig. Die Viking-Entscheidung führt nun dazu, dass das Unionsrecht trotz dieser ausdrücklichen Ausklammerung Vorgaben auch für den Arbeitskampf macht. Dies allerdings nicht durch den Unionsgesetzgeber (Parlament, Rat und Kommission), sondern durch die judikative Gewalt, die insoweit

³¹³ S. statt aller Calliess/Ruffert-Bröhmer, Art. 49 AEUV Rn. 7; Schwarze-Schlag, Art. 49 AEUV Rn. 32.

³¹⁴ Dazu eingehend Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer, S. 109 ff. und S. 252 ff. (Beteiligung durch Tarifvertrag als subsidiäres Modell).

Regeln entwickelt. Art. 153 Abs. 5 AEUV will aber eine Unionskompetenz als solche, nicht nur die des Unionsgesetzgebers ausschließen.³¹⁵

Die Ausklammerung des Arbeitskampfrechts aus den Kompetenzen der Union hat auch im sekundären Unionsrecht ihren Niederschlag gefunden. Für die Warenverkehrsfreiheit bestimmt Art. 2 der Verordnung 2679/98 vom 7. Dezember 1998 (die sog. Monti-Verordnung):

„Diese Verordnung darf nicht so ausgelegt werden, dass sie in irgendeiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts und der Freiheit zum Streik, beeinträchtigt. Diese Rechte können auch das Recht oder die Freiheit zu anderen Handlungen einschließen, die in den Mitgliedstaaten durch die spezifischen Systeme zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern abgedeckt werden.“

Dem entspricht der Erwägungsgrund 4 der Verordnung, in dem es heißt:

„Diese Maßnahmen (d. h. zur Sicherung der Warenverkehrsfreiheit) dürfen die Ausübung der Grundrechte, zu denen auch das Recht oder die Freiheit zum Streik gehört, nicht beeinträchtigen.“

Maßnahmen zur Sicherung der Warenverkehrsfreiheit dürfen somit nicht zu einer Einschränkung des Streikrechts führen. Der EuGH hätte zumindest erwägen müssen, ob nicht mit Rücksicht auf Art. 153 Abs. 5 AEUV der Schutz der Niederlassungsfreiheit einer vergleichbaren Grenze unterliegt.

Auch die sog. Dienstleistungsrichtlinie vom 12. Dezember 2006³¹⁶, die die Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen und die Niederlassungsfreiheit konkretisiert, lässt das nationale Arbeitsrecht unter Einschluss von Tarifverträgen und „kollektiven Maßnahmen“ grundsätzlich unberührt. In ihrem Art. 1 Abs. 6 und 7 bestimmt sie:

„(6) Diese Richtlinie berührt nicht das Arbeitsrecht, d. h. gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz und über die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die

³¹⁵ Ähnlich *Ballestrero*, Le sentenze *Viking* e *Laval*: La Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero, *Lavoro e Diritto* XXII (2008) 371, 379, vgl. dazu auch *Däubler-Heuschmid*, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 143.

³¹⁶ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlament und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 27. 12. 2006, Nr. L 376/36.

von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden. In gleicher Weise berührt die Richtlinie auch nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit.

(7) Diese Richtlinie berührt nicht die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechte. Sie berührt auch nicht das Recht, gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitsk Kampfmaßnahmen zu ergreifen.“

Dem entspricht Erwägungsgrund Nr. 14, wo es heißt:

„Diese Richtlinie berührt weder Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie Höchst- und Mindestruhezeiten, bezahlten Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Gesundheitsschutz, Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz, die von den Mitgliedstaaten in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht angewandt werden, noch greift sie in die gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts geregelten Beziehungen zwischen den Sozialpartnern ein, z. B. in das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, das Streikrecht und das Recht auf Arbeitsk Kampfmaßnahmen, noch ist sie auf Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen anwendbar. Diese Richtlinie berührt nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit.“

Auch hier wird ein autonomer Bereich umschrieben, der ersichtlich durch das Unionsrecht nicht inhaltlich geregelt werden soll. Allerdings ist nach Art. 1 Abs. 6 das Unionsrecht zu wahren, darf also nicht durch inhaltliche Regelungen unterlaufen oder gar negiert werden. Dies wäre dann der Fall, wenn man beispielsweise für (EU-) ausländische Arbeitnehmer niedrigere Löhne als für einheimische vorschreiben würde.³¹⁷

Im Ergebnis hat der EuGH den Art. 137 Abs. 5 EG-Vertrag (heute: Art. 153 Abs. 5 AEUV) zu Unrecht im Stillschweigen übergangen.³¹⁸

³¹⁷ Zu weiteren Einzelheiten s. *Körner*, EU-Dienstleistungsrichtlinie und Arbeitsrecht, NZA 2007, 233, 237.

³¹⁸ Kritisch zur Ausdehnung der EuGH-Kompetenzen auf der Grundlage der Schlussanträge der Generalanwälte in den Rechtssachen Viking und Laval: *Schiek*, Teil 1 D Rn. 70 ff.; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, § 10 Rn. 12; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 113.

b) Bereichsausnahme wie im Wettbewerbsrecht?

Im EuGH-Urteil vom 21.9.1999³¹⁹ ging es darum, dass durch einen niederländischen Branchentarifvertrag eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung geschaffen wurde, die in der Hand einer im Tarifvertrag bestimmten Versicherungsgesellschaft lag. Aufgrund eines Erlasses des Arbeitsministers waren alle im Geltungsbereich des Tarifvertrags tätigen Firmen an diesen gebunden. Ein angeschlossenes Unternehmen hatte geltend gemacht, das System der Pflichtmitgliedschaft und damit die Zuordnung zu einem ganz bestimmten Versicherungsunternehmen verstoße gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 81 EG-Vertrag (heute: Art. 101 AEUV). Der Gerichtshof betonte auf der einen Seite, der EG-Vertrag verbiete alle Vereinbarungen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken würden. Dies sei ein so bedeutendes Prinzip, dass Art. 81 Abs. 2 (heute: Art. 101 Abs. 2) ausdrücklich die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen festlege.³²⁰ Auf der anderen Seite umfasse die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. g und j EG-Vertrag auch „eine Sozialpolitik“, die sich in zahlreichen Vorschriften niederschlage.³²¹ Im Anschluss wird unter Tz. 59 ausgeführt:

„Zwar sind mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 Abs. 1 Geltung hätte.“

Daraus wird in Tz. 60 geschlossen:

„Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrags in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 81 Abs. 1 des Vertrags fallen.“

³¹⁹ C-67/96 – DB 2000, 826 – Albany.

³²⁰ EuGH, a. a. O. Tz. 53.

³²¹ Eingehend im Urteil dargestellt in Tz. 55–58. Heute wäre auf Art. 3 Abs. 3 EUV zu verweisen.

Damit sind Tarifverträge aus dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden ausgenommen.³²²

Dies auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu übertragen, könnte nahe liegen, doch hat der EuGH in der Viking-Entscheidung einen solchen Schritt abgelehnt. Dabei stützte er sich auf drei Erwägungen.

(1) In Tz. 52 des Urteils meint der Gerichtshof, es lasse sich „nämlich nicht sagen, dass mit der Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit selbst und des Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme zwangsläufig eine gewisse Beeinträchtigung der genannten Grundfreiheiten verbunden wäre.“ Dies überrascht, zumal jede inhaltliche Untermauerung dieses Arguments fehlt.³²³ Sobald ein grenzüberschreitender Bezug entsteht, sind nicht nur unter bestimmten Voraussetzungen die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. tangiert. Vielmehr kommen mindestens in gleicher Weise Niederlassungs- und insbesondere Dienstleistungsfreiheit ins Spiel. Dies zeigt der Albany-Fall selbst, bei dem in der Sache das Problem bestand, dass eine aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Versicherungsgesellschaft die zusätzliche Altersversorgung übernehmen wollte.³²⁴

Weiter kann die tarifliche Erschwerung der Betriebsverlagerung als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit gesehen werden; die ggf. durch einen Sozialplan verursachten Kosten, machen die Ausübung der Grundfreiheit „weniger attraktiv“. Umgekehrt können – ein selten erwähnter Fall – besonders niedrige Tarife in einem Land die Dienstleistungsfreiheit von Unternehmen aus solchen Mitgliedstaaten zunichte machen, die ein hohes Lohnniveau beachten müssen. Wo die Grenze im Einzelnen verläuft, mag zweifelhaft sein – an der potentiellen Kollision ist genauso wenig wie im Bereich des Wettbewerbsrechts zu zweifeln.³²⁵

(2) In Tz. 53 bringt der EuGH sein zweites Argument:

³²² Ebenso EuGH 4. 12. 2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 – FNV (für arbeitnehmerähnliche Selbstständige); dazu *Heuschmid/Hlava*, AuR 2015, 193.

³²³ Kritisiert auch bei *A.C.L. Davies*, One Step Forward, Two Steps Back? The *Viking* and *Laval* cases in the ECJ, *Industrial Law Journal* (ILJ) 37 (2008) 126, 134.

³²⁴ In der Wiedergabe der Entscheidungsgründe in DB 2000, 826 wird in der zusammenfassenden Darstellung des Sachverhalts ausdrücklich darauf verwiesen, die fragliche Firma habe auch einen Verstoß gegen Art. 43 und 49 EG-Vertrag gerügt (wiedergegeben auch in EuGH Slg. 1999, I-5751), doch ging der EuGH dem offensichtlich nicht nach.

³²⁵ Die Unterstellung unter das Wettbewerbsrecht hätte im Übrigen keineswegs automatisch eine generelle Unzulässigkeit von Tarifverträgen zur Folge. Dies zeigt etwa das Urteil des Gerichtshofs in Sachen *Pavlov* (Slg. 2000, I-6497), wo ein dem Albany-Fall vergleichbares Pensionssystem für niedergelassene Ärzte an Art. 81 EG-Vertrag gemessen und für rechtmäßig befunden wurde.

„Außerdem ist zu betonen, dass der Umstand, dass eine Vereinbarung oder eine Tätigkeit dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb entzogen ist, nicht zur Folge hat, dass diese Vereinbarung oder diese Tätigkeit auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr liegt, da die genannten Bestimmungen jeweils eigenen Anwendungsvoraussetzungen gehorchen (vgl. in diesem Sinne Urteil v. 18.7.2006, Meca-Medina ...).“

Diese Ausführungen sind ohne eigenständigen Begründungswert. Niemand hat je behauptet, die Anwendungsvoraussetzungen der Art. 81 ff. und der Grundfreiheiten müssten in jeder Hinsicht identisch sein, wenngleich es in beiden Fällen um unternehmerische Betätigung geht. Entscheidender Gesichtspunkt in der Albany-Entscheidung war, dass Tarifverträge ihre sozialpolitische Funktion nicht erfüllen können, wenn sie dem Wettbewerbsrecht unterliegen. Gilt dasselbe auch für die Überprüfung am Maßstab der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, so kann es ersichtlich nicht darauf ankommen, dass beide Gruppen von Rechtsnormen in anderen Zusammenhängen möglicherweise unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen besitzen.³²⁶

(3) Als drittes erinnert der EuGH in Tz. 54 der Viking-Entscheidung daran, er habe bereits entschieden, dass Tarifklauseln nicht dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit entzogen seien. Dies trifft zwar zu, doch ist dabei nicht berücksichtigt, dass die Beachtung der Arbeitnehmerfreizügigkeit allenfalls Randkorrekturen an Tarifverträgen verlangt. Im Gegensatz dazu kann die Berufung auf die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit einen tariflichen Kompromiss von vorneherein unmöglich machen, weil die unternehmerische Freiheit einen dafür notwendigen Eingriff nicht zulässt: Für das praktische Funktionieren eines Kollektivvertragsystems macht es einen fundamentalen Unterschied, ob lediglich bestimmte Arbeitnehmergruppen nicht diskriminiert oder in ihren Beschäftigungschancen behindert werden dürfen, oder ob der Gegenseite umfassende Freiheitsrechte eingeräumt werden.³²⁷

Die Nichtanwendung der Albany-Entscheidung stellt unter diesen Umständen einen Bruch in der Rechtsprechung dar, der nicht mit ausreichenden Argumenten begründet wird.³²⁸

³²⁶ Die vom EuGH weiter in Bezug genommene Entscheidung vom 18. 7. 2006 (Meca-Medina und Majcen/Kommission, C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991) bringt ihrerseits keine weitergehenden Erwägungen.

³²⁷ Vgl. dazu auch *Davies*, a. a. O., ILJ 37 (2008) 136.

³²⁸ Ebenso im Ergebnis *Däubler-Heuschmid*, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 99 ff.

c) Überzogener Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

Art. 43 Abs. 1 EG-Vertrag (heute: Art. 49 Abs. 1 AEUV) ist unmittelbar geltendes Recht und gibt den einzelnen Unionsbürgern die Befugnis, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen; Einschränkungen sind nur nach Maßgabe der Art. 45 ff. EG-Vertrag (heute: Art. 51 ff. AEUV) zulässig.

Diese Grundfreiheit war ursprünglich ein Diskriminierungsverbot, schloss also lediglich Regelungen des Niederlassungsstaats aus, die an die Berufsaufnahme von EG-Ausländern höhere Anforderungen als an die von Inländern stellten.³²⁹ Im Laufe der Jahrzehnte wurden alle Grundfreiheiten zu „Beschränkungsverboten“ weiterentwickelt; im Bereich der Niederlassungsfreiheit geschah dies durch die Gebhard-Entscheidung des EuGH.³³⁰ Auch wenn inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise betroffen sind, liegt danach ein Eingriff in die fragliche Grundfreiheit vor. Damit soll für alle Unternehmen aus der Gemeinschaft ein gleicher Marktzutritt möglich gemacht werden.³³¹

Weiter ist durch die Niederlassungsfreiheit nicht nur eine Maßnahme verboten, die die Niederlassung unmöglich macht oder wesentlich behindert. Vielmehr genügt es bereits, dass diese „weniger attraktiv“ wird.³³² Auch bleibt die Frage unerörtert, ob es bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit Missbrauchsgrenzen gibt, die etwa dann überschritten sein könnten, wenn im andern Land lediglich eine Briefkastenfirma zu dem Zweck errichtet wird, z. B. Seeleute zu Löhnen beschäftigen zu können, die im Inland als sittenwidrig qualifiziert würden. Eine solche Überlegung mag sich im Viking-Fall nicht unbedingt aufgedrängt haben, da die geplante estnische Tochter vor Ort auch Personal rekrutiert, also nicht nur als leere Hülle gedient hätte – dennoch kann sich in anderen Fällen genau dieses Problem stellen.³³³ Eine vergleichbare Entwicklung hin zum Beschränkungsverbot nahmen die übrigen Grundfreiheiten.³³⁴

³²⁹ S. EuGH 4. 4. 1974 – C-167/73 – EuGHE 1974, 359 Rn. 44 f.

³³⁰ EuGH 30. 11. 1995 – C-55/94 – Slg. 1995, I-4165 = JZ 1996, 465, 467 mit Anm. Ehlers-Lackhoff.

³³¹ Kritisch dazu unter Befürwortung einer Rückführung auf ein Diskriminierungsverbot Däubler-Heuschmid, § 11 Rn. 136 ff.

³³² EuGH 3.10.2000 – C-58/98 – Slg. 2000, I-7919 – Corsten Tz. 33.

³³³ Darauf verweist auch Ballestrero, Le sentenze Viking e Laval: La Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero, Lavoro e Diritto XXII (2008) 371, 374.

³³⁴ Näher dazu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, Teil I C Rn. 81 ff.; s. etwa EuGH 27. 1. 2000 – C-190/98 – Slg. 2000, I-493 = NZA 2000, 413 – Graf, wo in Tz. 18 ausdrücklich betont wird, es gehe nicht nur um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen (wegen der Staatsangehörigkeit).

d) Umfassende Drittwirkung?

Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die Grundfreiheiten jedenfalls insoweit „Drittwirkung“, als sie auch gegenüber privater Regelsetzung wirken. Dies ist für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Bosman-Entscheidung herausgearbeitet worden,³³⁵ gilt jedoch auch für die übrigen Freiheiten. In der Viking-Entscheidung konnte sich der EuGH deshalb mit der Feststellung begnügen, nach seiner ständigen Rechtsprechung würden die Art. 39, 43 und 49 des EG-Vertrags nicht nur für Akte der staatlichen Behörden gelten, sondern sich auch auf Regelwerke anderer Art erstrecken, die die abhängige Erwerbstätigkeit bzw. die selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv gestalten sollen.³³⁶ Da Arbeitsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zum Teil durch Gesetz, zum Teil durch Kollektivverträge oder sonstige Maßnahmen von Privatpersonen festgelegt würden, wären Ungleichheiten nicht vermeidbar, wollte man allein auf staatliches Handeln abstellen.³³⁷ Dies hat erhebliche Auswirkungen auch auf kollektive Maßnahmen. Diese seien im konkreten Fall untrennbar mit einem Tarifvertrag verbunden, so dass sie genau wie diese am Maßstab des Art. 43 EG-Vertrag (heute: Art. 49 AEUV) zu überprüfen seien³³⁸ und deshalb einer besonderen Rechtfertigung bedürften.

Die Rechtsprechung des EuGH führt dazu, dass die Niederlassungs- wie die Dienstleistungsfreiheit eine herausgehobene Grundrechtsqualität gewinnen. Die eigentlichen Grundrechte, wie sie in der Grundrechtecharta niedergelegt sind, haben eine Art Ausnahmecharakter gegenüber den Grundfreiheiten; in der Literatur ist mit Recht von einem „strukturellen Vorrang“ der Grundfreiheiten die Rede.³³⁹ Ohne dass dies in der Literatur bisher mit der notwendigen Deutlichkeit betont worden wäre,³⁴⁰ hat die Weiterentwicklung der Grundfreiheiten zu einem Beschränkungsverbot zur Folge, dass eine gemeinschaftsrechtliche Garantie freier unternehmerischer Betätigung geschaffen wird. Wann immer sich Unternehmen einer staatlichen oder tariflichen Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit ausgesetzt sehen, können sie sich auf die Niederlassungs- oder die Dienstleis-

³³⁵ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – Slg. 1995, I-4921 = AuR 1996, 196.

³³⁶ EuGH, a. a. O., AuR 2008, 56 Tz. 33.

³³⁷ A. a. O. Tz. 34.

³³⁸ A. a. O. Tz. 37.

³³⁹ Dazu und zu Wegen, wie sich dies überwinden lässt, s. *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer, S. 206 ff.

³⁴⁰ Andeutungsweise aber v. *Danwitz*, EuZA 2015, 6, 16, wonach aus einer Form der Berufsausübung plötzlich eine elementare Grundfreiheit werde. Vgl. weiter *Tscherner*, S. 387: Die Auslegung der Grundfreiheiten beschränkt die Grundrechte in unverhältnismäßigem Umfang.

tungsfreiheit berufen. Rein innerstaatliche Sachverhalte, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, existieren nur auf lokalen Märkten, denen von vorneherein jede grenzüberschreitende Dimension fehlt. Im Regelfall sind auf dem Markt ausländische Konzernunternehmen oder andere wirtschaftliche Einheiten präsent, die sich z. B. gegen Regelungen der nationalen Wirtschaftsaufsicht oder tarifliche Standards unter Hinweis auf ihre Grundfreiheiten zur Wehr setzen können. In Deutschland wird die Berufung auf Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG überflüssig, die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG ist durch das Gemeinschaftsrecht überlagert.³⁴¹

Besonders weitreichend sind die Konsequenzen für die tarifliche Rechtsetzung. Die im deutschen Recht bisher angenommene mittelbare Bindung an Freiheitsrechte des Arbeitgebers³⁴² wird durch eine unmittelbare Bindung ersetzt. Damit werden die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite drastisch eingeschränkt: Nur soweit die Betätigungsfreiheit der Gegenseite Ausnahmen zulässt, sind tarifliche Kompromisse und ein darum geführter Arbeitskampf noch zulässig. Aus dem paritätischen Verhandlungssystem des Art. 9 Abs. 3 GG wird ein disparitätisches gemacht, bei dem die eine Position „gesetzt“ ist, während die andere zur begründungsbedürftigen Ausnahme wird.³⁴³ Die unionsrechtlichen Vorgaben für Tarifverträge und Arbeitskampf sind nicht die des Grundgesetzes, entsprechen ihrer Struktur nach aber auch nicht dem in vielen anderen Mitgliedstaaten bestehenden Rechtszustand.³⁴⁴

III. Prüfung auf der Grundlage der Viking-Entscheidung

1. Streik gegen Verlagerung

Die Streikdrohung der finnischen Seeleutegewerkschaft genügt nach Auffassung des EuGH „auf den ersten Blick“ den Anforderungen für einen legalen Eingriff

³⁴¹ Vgl. auch *Davies*, ILJ 37 (2008), 137, die darauf verweist, dass auch Verbraucherinitiativen als (rechtswidriger) Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit qualifiziert werden könnten. Zu den Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht s. *Heuschmid*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer, S. 30 – 42.

³⁴² S. oben § 4 III 1 c und d.

³⁴³ Zur andersartigen Vorgehensweise im Steuerrecht, wo lediglich auf einen diskriminierenden Effekt abgestellt wird, s. *Barnard*, *Employment Rights, Free Movement under the EC-Treaty and the Services Directive*, Edinburgh, Europa Institute, Mitchell Working Paper Series No. 5/2008, S. 7 m. w. N.

³⁴⁴ Vgl. *Davies*, ILJ 37 (2008), 141; *Ballestrero*, *Lavoro e Diritto* XXII (2008) 371, 375.

in die Niederlassungsfreiheit, weil sie „mit guten Gründen als dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes dienend“ angesehen werden könne.³⁴⁵ Allerdings soll dies nur dann gelten, wenn die „fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen“ ernstlich bedroht gewesen wären. Eine Zusage der Arbeitgeberseite, keine Kündigungen vorzunehmen, würde dies nicht ausschließen; vielmehr müsste dasselbe Maß an Verbindlichkeit wie bei Vorliegen eines Tarifvertrags gegeben sein.³⁴⁶ Nach aller Erfahrung dürfte der „Gefährdungstatbestand“ in der Praxis so gut wie immer erfüllt sein. Die Verlängerung befristeter Verträge könnte gleichfalls ein Streikziel sein, da es auch insoweit um die Erhaltung des Status quo geht. Bemerkenswert ist, dass die finnische Seeleutegewerkschaft zunächst einen Verzicht auf das Umfluggungsvorhaben verlangte,³⁴⁷ dann jedoch nur noch die Bedingung aufstellte, unabhängig von einem etwaigen Flaggenwechsel müssten weiterhin das finnische Recht und die bisherigen Kollektivverträge angewandt werden³⁴⁸ – eine Differenzierung, der der Gerichtshof keine Bedeutung beimaß. Insoweit könnte auch die Verhinderung des Ausflaggens als solche Streikziel sein, soweit die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Arbeitsniederlegung. Dabei ist es letztlich Sache des nationalen Gerichts, im Einzelnen zu klären, ob im konkreten Fall mildere Mittel zur Verfügung standen.³⁴⁹ Auf unionsrechtlicher Ebene bleiben die Konturen des Verhältnismäßigkeitsprinzips allerdings unsicher.³⁵⁰ Der Mitgliedstaat ist jedoch nicht verpflichtet, von sich aus für mildere Mittel zu sorgen. Lässt sich ohne Arbeitsniederlegung ersichtlich keine Einigung erreichen, ist diese auch nach den Vorgaben des EuGH zulässig. Dabei wird man es als legitim ansehen müssen, dass die Gewerkschaft wie im deutschen Recht selbst bestimmt, von welchem Zeitpunkt an sie ein „druckfreies“ Verhandeln für sinnlos erachtet.³⁵¹ Dies wird man allerdings nur im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens klären können; ein durch einstweilige Verfügung verhängtes Streikverbot kommt angesichts der unsicheren Rechtslage nicht in Betracht.³⁵²

³⁴⁵ Tz. 81.

³⁴⁶ EuGH, AuR 2008, 55, 58 Tz. 82 („rechtlich gesehen ebenso verbindlich wie die Klauseln eines Tarifvertrags“).

³⁴⁷ Urteil Tz. 13.

³⁴⁸ Urteil Tz. 15.

³⁴⁹ So auch *Zwanziger*, *Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“*, DB 2008, 297.

³⁵⁰ So zutreffend *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 116.

³⁵¹ S. BAG, NZA 1988, 846 = DB 1988, 1952; Einzelheiten bei *Däubler*, *Arbeitsrecht* 1, Rn. 523.

³⁵² *Treber*, SR 2013, 140, 148.

2. Andere Kampfmittel

Die „kollektiven Maßnahmen“, deren rechtliche Garantie der EuGH bejaht,³⁵³ sind nicht auf den Streik beschränkt. Vielmehr sind wie im Fall Laval³⁵⁴ auch Solidaritätsaktionen und Boykotts umfasst.³⁵⁵ Insoweit macht es keinen Unterschied, ob wie im Fall Viking die Seeleute selbst zum Streik aufgerufen werden oder ob wie im Fall Laval Kampfmaßnahmen von Dritten praktiziert werden. Selbst der Boykott von Hafentarifverträgen, die keine Schiffe abfertigen, die nicht die ITF-Tarifverträge praktizieren, ist daher nach Unionsrecht grundsätzlich legal, sofern es um die Erhaltung der bisherigen Arbeitsbedingungen geht.

IV. Kollision mit anderen sog. Grundfreiheiten?

1. Dienstleistungsfreiheit

Lässt sich ein Seeleutestreik oder ein Hafentarbeiterboykott mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbaren? Werden Schiffe nicht entladen oder bleibt die Fracht in der Halle, so werden vorübergehend keine Dienste geleistet. Auch ein Streik im produzierenden Gewerbe könnte mit demselben Argument in Frage gestellt werden.

Der Mustertarifvertrag der ITF ist auf die Sicherung eines Mindestniveaus gerichtet, das unabhängig von der Nationalität des Reeders oder seiner Tochtergesellschaft garantiert werden soll. Er hat eine weltweite Verbreitung und soll möglichst viele Billigflaggenschiffe erfassen. Diskriminierende Elemente sind ihm völlig fremd; es wird allein an die Billig-Flagge, nicht an eine bestimmte Nationalität angeknüpft. Im Normalfall eines innerstaatlichen Streiks in einem Unternehmen mit Lieferverbindungen ins Ausland ist die Situation dieselbe. In der Literatur ist mit Recht betont worden, es fehle unter diesen Umständen schon an einem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit, da der Marktzugang für bestimmte Anbieter weder erschwert noch unmöglich gemacht werde.³⁵⁶ Auch wenn man dies anders sehen würde, wäre die Maßnahme jedenfalls durch den Schutz von Arbeitnehmerinteressen gedeckt. Die in Frage stehenden Streiks unterbrechen die Erbringung von Dienstleistungen nur für kurze Zeit. Eine Parallele zum Sach-

³⁵³ Urteil Tz. 77 ff.

³⁵⁴ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – AuR 2008, 59.

³⁵⁵ Ebenso *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 116.

³⁵⁶ *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 117.

verhalt der Schmidberger-Entscheidung liegt nahe, wo wegen einer angemeldeten Demonstration die Benutzung der Brenner-Autobahn für einige Tage unmöglich war. Dies wurde als hinnehmbarer Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit qualifiziert.³⁵⁷ Andere Möglichkeiten, zu angemessenen Arbeitsbedingungen zu kommen, bestehen in aller Regel nicht.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Im Zusammenhang mit unternehmenspolitischen Tarifverträgen spielt die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV in aller Regel keine Rolle. Der Fall *Bosman*³⁵⁸ betrifft die Spezialfrage, inwieweit ein Fußballverband festlegen darf, dass ein angestellter Fußballspieler nur dann zu einem anderen Arbeitgeber im EU-Ausland wechseln kann, wenn zuvor eine „Transfer-, Ausbildungs- oder Förderungsentschädigung“ bezahlt wurde. Würde ein Tarifvertrag für gesuchte Spezialisten Vergleichbares vorsehen, wäre die Arbeitnehmerfreizügigkeit ebenfalls verletzt. Dies auch bei den Senioritätsregeln von Fluggesellschaften³⁵⁹ und bei qualitativen Besetzungsregeln³⁶⁰ anzunehmen, erscheint überzogen, da es sich dabei um Regeln handelt, die ohne Rücksicht auf jeden Auslandsbezug gelten und sich auf sachliche Gründe stützen können. Wie der EuGH im Fall *Bernard* klargestellt hat,³⁶¹ kann der Wechsel des Arbeitgebers durchaus mit finanziellen Erschwernissen verbunden sein. Im konkreten Fall wurde die Verpflichtung des neuen Arbeitgebers bejaht, dem früheren Arbeitgeber die Ausbildungskosten des eingestellten Fußballspielers zu erstatten. Dass sich ein die Fluggesellschaft wechselnder Pilot ggf. „hinten anstellen“ und wieder als Co-Pilot anfangen muss, ist eine notwendige Folge der Existenz von Senioritätsregeln. Diese lassen sich mit der Flugsicherheit (und damit einem Allgemeininteresse) rechtfertigen, die durch das Fehlen subjektiver Leistungsanreize in Frage gestellt sein könnte.³⁶²

³⁵⁷ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 – NJW 2003, 3185 ff.

³⁵⁸ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – NZA 1996, 191.

³⁵⁹ *Löwisch/Rieble* § 1 Rn. 800.

³⁶⁰ *Löwisch/Rieble* § 1 Rn. 1842.

³⁶¹ EuGH 16. 3. 2010 – C-325/08 – NZA 2010, 346 – Olympique Lyonnais.

³⁶² So – trotz abweichenden Ergebnisses – auch *Löwisch/Rieble* § 1 Rn. 676.

§ 6 Zusammenfassung

1. Zahlreiche Tarifverträge haben einen unternehmenspolitischen Charakter, auch wenn dieser nicht immer wahrgenommen und diskutiert wird.
2. Besetzungsregeln erfahren derzeit eine Renaissance, wie nicht zuletzt der Arbeitskampf in der Berliner Charité zeigt. Sie sind nach geltendem Recht zulässig und auch von der Rechtsprechung anerkannt. Der „Heizer auf der E-Lok“ ist in Deutschland nicht zum Problem geworden, da die Tarifpraxis denkbar weit von solchen Vorstellungen entfernt ist.
3. Die betriebsbedingte ordentliche Kündigung kann durch Tarifvertrag ausgeschlossen werden. Die betriebsbedingte außerordentliche Kündigung muss nur für den Fall erhalten bleiben, dass andernfalls die Existenz des Arbeitgeberunternehmens gefährdet wäre.
4. Tarifsozialpläne sind nach der BAG-Rechtsprechung auch dann zulässig, wenn ihr finanzielles Volumen die geplante unternehmerische Maßnahme wirtschaftlich uninteressant machen würde.
5. Die Fremdvergabe bestimmter betrieblicher Funktionen oder ganzer Betriebe kann gegen die Durchführungspflicht aus bestimmten Tarifverträgen verstoßen. Ein tarifliches Verbot ist auf der Grundlage der Rechtsprechung prinzipiell zulässig.
Werkvertragsarbeit war schon in der Vergangenheit Gegenstand einzelner tariflicher Abmachungen mit dem Einsatzbetrieb. Die für Leiharbeit geltenden sozialen Korrekturen können durch Tarifvertrag auf die Fälle erstreckt werden, in denen eine ursprünglich oder bisher im Betrieb erbrachte Tätigkeit im Wege des Werk- oder Dienstvertrags an Dritte vergeben wird.
6. Die Beibehaltung eines bestimmten Standorts und einer bestimmten Zahl von Arbeitsplätzen kann durch Firmentarif festgelegt werden. Auch die Vornahme von Investitionen und die Errichtung eines Kontrollverfahrens sind auf diesem Wege möglich.
7. Investorenverträge sind „sonstige Kollektivverträge“ und können den Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erfassen.
8. Grundrechte der Arbeitgeberseite stehen den dargestellten Abmachungen nicht entgegen. Da die Tarifparteien gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber keine „soziale Gewalt“ darstellen, kommen die Grundrechte nicht stärker als bei gewöhnlichen zivilrechtlichen Verträgen zum Tragen. Dasselbe Er-

gebnis folgt aus der Anwendung der Schutzpflichtlehre. Die Grenze des Zulässigen ist nur überschritten, wenn das Unternehmen aufgrund der Abmachung in Existenzschwierigkeiten geraten würde oder wenn der Inhaber als Einzelperson gezwungen wäre, ein Unternehmen gegen seinen Willen fortzuführen.

9. Will ein Unternehmen seine Aktivitäten ins EU-Ausland verlagern, kann es sich nach der Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit des AEUV berufen. Soweit es um die Beibehaltung bestehender Arbeitsplätze geht, ist der in tariflichen Regelungen liegende Eingriff in diese sog. Grundfreiheit gerechtfertigt.
10. Unternehmenspolitik kann außer durch Tarifverträge auch durch den Druck der Öffentlichkeit beeinflusst werden.

Literaturverzeichnis

- Adam, Roman F.*, Abschied vom „Unkündbaren“? NZA 1999, 846–850.
- Alternativkommentar zum Grundgesetz*, herausgegeben von Erhard Denninger u. a., 3. Aufl., Neuwied 2001.
- Ballestrero, Maria Vittoria*, Le sentenze Viking e Laval: La Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero, Lavoro e Diritto XXII (2008), 371–392.
- Bauer, Jobst-Hubertus; Krieger, Steffen*, „Firmentarifsozialplan“ als zulässiges Ziel eines Arbeitskampfes?, NZA 2004, 1019–1025.
- Bayreuther, Frank*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005.
- Beck, Thorsten*, Rationalisierungsschutz und Grenzen der Tarifmacht, AuR 1981, 333–344 und 367–377.
- Berg, Peter; Kocher, Eva; Schumann, Dirk* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015.
- Berg, Peter; Wendeling-Schröder, Ulrike; Wolter, Henner*, Die Zulässigkeit tarifvertraglicher Besetzungsregelungen, RdA 1980, 299–313.
- Blanke, Thomas*, Verwaltungsmodernisierung. Direktionsrecht des Arbeitgebers, Mitwirkungsrechte des Personalrats und Tarifautonomie, Baden-Baden 1998.
- Bröhl, Knut*, Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit, München 2005.
- Buse, Sandra*, Die Unkündbarkeit im Arbeitsrecht: Neue Akzente durch das AGG, Frankfurt/Main 2009.
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011.
- Conze, Peter*, Zur Rechtsstellung der unkündbaren Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst – am Beispiel des § 55 BAT, ZTR 1987, 99–107.
- Däubler, Wolfgang*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006; Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009.
- Ders.*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1976.
- Ders.*, Tarifvertragsrecht. Ein Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 1993.
- Ders.*, Beschäftigungspakt für Lehrer an öffentlichen Schulen. Rechtsprobleme für Arbeitnehmer und Beamte, ZTR 1997, 289–296 und 337–342.
- Ders.*, Die Unkündbarkeit von Arbeitsverhältnissen – ein Fremdkörper im Arbeitsrecht?, GS Heinze, München 2005, S. 121–132.
- Ders.*, Werkverträge – die neue Leiharbeit?, AiB 2012, 145.
- Ders.*, Privatautonome oder demokratische Tarifautonomie?, KJ 2014, 372–383.

- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.). Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (Zitierweise: *Däubler-Bearbeiter*).
- Ders.* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 (Zitierweise: *Däubler-Bearbeiter, Arbeitskampfrecht*).
- Däubler, Wolfgang; Hege, Hans*, Koalitionsfreiheit, Baden-Baden 1976.
- Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas; Wedde, Peter* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, Kommentar für die Praxis, 14. Aufl., Frankfurt/Main 2014 (Zitierweise: *DKKW-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang; Hjort, Jens Peter; Schubert, Michael; Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (Zitierweise: *HK-ArbR-Bearbeiter*).
- v. Danwitz, Thomas*, Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 2010, 6–18.
- Davies, A.C.L.*, One Step Forward, Two Steps Back? The *Viking* and *Laval* Cases in the ECJ, *Industrial Law Journal* (ILJ) Vol. 37 (2008) p. 126–148.
- Dieterich, Thomas*, Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, 1–17.
- Ders.*, Die grundrechtsdogmatischen Grenzen der Tarifautonomie in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, FS Wiedemann, München 2002, S. 229 ff.
- Ders.*, Besprechung zu BAG 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – RdA 2005, 177.
- Dörner, Hans-Jürgen*, Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers und die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie, FS Däubler, Frankfurt/Main 1999, S. 31–39.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 2. Aufl., Tübingen 2004, Band 2, Tübingen 1998.
- Epping, Volker; Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 2013.
- Etzel, Gerhard; Bader, Peter u. a.*, KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl., Köln 2013 (Zitierweise: *KR-Bearbeiter*).
- Fitting, Karl (Begr.)*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, bearbeitet von Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger, Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang, 27. Aufl., München 2014 (Zitierweise: *Fitting*).
- Franzen, Martin*, Über den Sozialplanstreik, FS Reuter, Berlin – New York 2010, S. 479–494.
- Ders.*, Kampfmitteleinsatz für außertarifliche Regelungen, in: Rieble, Volker; Junker, Abbo; Giesen, Richard (Hrsg.), Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, München 2012, S. 119–142.
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997.
- Ders.*, Der zweiseitig-zwingende Charakter des § 626 BGB, AuR 1981, 105–109.
- Gaul, Björn*, Neue Felder des Arbeitskampfs: Streikmaßnahmen zur Erzwingung eines Tarifsozialplans, RdA 2008, 13–24.
- Giesen, Richard*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, Tübingen 2002.
- Ders.*, Grenzen schuldrechtlicher Vereinbarungsmacht über Unternehmerverhalten, in: Rieble, Volker; Junker, Abbo; Giesen, Richard (Hrsg.), Ausweitung

- der Tariftmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, München 2012, S. 57–73.
- Greiner, Stefan*, „Tarifsozialplan“ bei Betriebsübergang?, NZA 2008, 1274–1278.
- Ders.*, Das Tarifeinheitsgesetz. Dogmatik und Praxis der gesetzlichen Tarifeinheit, NZA 2015, 769–778.
- Groeger, Axel*, Probleme der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer, NZA 1999, 850–855.
- Hanau, Peter; Thüsing, Gregor*, Tarifverträge zur Beschäftigungssicherung – Grenzen und Perspektiven, ZTR 2001, 1–6 und 49–52.
- Hartmann, Felix*, Grenzen der Tarifautonomie über Unternehmerverhalten, in: Rieble, Volker; Junker, Abbo; Giesen, Richard (Hrsg.), Ausweitung der Tariftmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, München 2012, S. 15–47.
- Heldmann, Kurt-Ulrich*, Vereinbarungen zur Modernisierung und zur Beschäftigtenbeteiligung im öffentlichen Dienst, PersR 1996, 386–391.
- Henssler, Martin*, Der „Arbeitgeber in der Zange“ – Rechtsfragen der Firmentarifsozialpläne, FS Richardi, München 2007, S. 553–572.
- Henssler, Martin; Moll, Wilhelm; Beppler, Klaus* (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, Köln 2013 (Zitierweise: Henssler/Moll/Beppler-Bearbeiter).
- Herrmann, Christof*, Welle für Mindeststandards, AiB 5/2015, S. 55–57.
- Heuschmid, Johannes*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? Die Wirkung der Grundrechte als Korrektiv der Grundfreiheiten, dargestellt am Beispiel der Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen, Baden-Baden 2009.
- Heuschmid, Johannes; Hlava, Daniel*, Keine Anwendung des europäischen Kartellrechts auf Tarifverträge, die Regelungen für Selbstständige enthalten, AuR 2015, 193–195.
- Hohenstatt, Klaus-Stefan; Schramm, Nils E.*, Erstreikbarkeit von „tariflichen Sozialplänen“? – Zur Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen im Zusammenhang mit Betriebsänderungen, DB 2004, 2214–2218.
- Dies.*, Vertragsregelungen beim Unternehmenskauf als Zusagen zu Gunsten der Belegschaft, NZA 2006, 251–254.
- Horcher, Michael*, Wann muss der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freikündigen? Oder gibt es einen Verdrängungswettbewerb außerhalb der Sozialauswahl?, NZA-RR 2006, 393–402.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/2, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1970.
- Jacobs, Matthias*, Die Erkämpfbarkeit von firmenbezogenen Tarifverträgen mit verbandsangehörigen Arbeitgebern, ZTR 2001, 249–253.
- Jacobs, Matthias; Krause, Rüdiger; Oetker, Hartmut; Schubert, Claudia*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013.
- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, Kommentar, 2. Aufl., München 2013.
- Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo*, Grundgesetz. Kommentar, 12. Aufl., München 2012.

- Kaiser, Dagmar*, Standortsicherungs- und Tarifsozialpläne zwischen Tarif- und Betriebsverfassungsrecht, FS Buchner, München 2009, S. 385–400.
- Kania, Thomas; Kramer, Michael*, Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, RdA 1995, 287–298.
- Karthaus, Boris; Klebe, Thomas*, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417–426.
- Kempen, Otto Ernst; Zachert, Ulrich* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014.
- Kiem, Roger*, Investorenvereinbarungen im Lichte des Aktien- und Übernahmerechts, AG 2009, 301–312.
- Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht. Kommentar, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2014.
- Kittner, Michael; Zwanziger, Bertram; Deinert, Olaf* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2015.
- Klebe, Thomas*, Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?, AiB 2012, 559–564.
- Körner, Marita*, EU-Dienstleistungsrichtlinie und Arbeitsrecht, NZA 2007, 233–238.
- Kramer, Michael*, Kündigungsvereinbarungen im Arbeitsvertrag, Baden-Baden 1994.
- Kühling, Jürgen; Bertelsmann, Klaus*, Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit, NZA 2005, 1017–1027.
- Lörcher, Klaus; Armbruster, Rainer*, Die Vereinbarung über die Rahmenbedingungen des Wechsels von Beamten der Deutschen Postbank AG zur Deutschen Post AG vom 9. September 1999, ZTR 2000, 483–489.
- Löwisch, Manfred*, Tarifeinheit und die Auswirkungen auf das Streikrecht – Quo vadis deutsches Arbeitskämpfrecht, wenn das Tarifeinheitsgesetz kommt?, DB 2015, 1102–1103.
- Löwisch, Manfred; Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2012.
- Löwisch, Manfred; Spinner, Günter; Wertheimer, Frank*, Kündigungsschutzgesetz. Kommentar, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2013.
- Mayer-Maly, Theo*, Gemeinsame Einrichtungen im Spannungsfeld von Tarifmacht und Organisationspolitik, BB 1965, 829–834.
- Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016 (Zitierweise: ErfK-Bearbeiter).
- Münch, Ingo von; Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, herausgegeben von Richardi, Reinhard u. a., 2 Bände, 3. Aufl., München 2009 (zitierweise: MünchArbR-Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht. Besonderer Teil II (Red.: Henssler, Martin), 6. Aufl., München 2012.
- Otto, Hansjörg*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006.
- Ders.*, Entscheidungsanmerkung, SAE 1993, 185–193.
- Picker, Eduard*, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik. Höchsttarbeitszeitregeln als Prüfstein für das Verständnis von Koalitionsfunktion und Tarifautonomie, ZfA 1998, 573–714.

- Plander, Harro*, Nichttarifliche Übereinkünfte zwischen Gewerkschaften und Trägern öffentlicher Gewalt, FS Kehrman, Köln 1997, S. 295–320.
- Ders.*, Tarifvertrag oder Koalitionsvertrag zugunsten Dritter? PersR 2002, 292–297.
- Preis, Ulrich; Sagan, Adam* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015.
- Rebhahn, Robert*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, 109–117.
- Reichert, Jochen; Ott, Nicolas*, Investorenvereinbarung mit der Zielgesellschaft – Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme auf Gesellschaftsorgane, in: FS Goette, München 2011, S. 397–412.
- Reuter, Dieter*, Zulässigkeit und Grenzen tarifvertraglicher Besetzungsregeln, ZfA 1978, 1–44.
- Richardi, Reinhard*, Erweiterung der Mitbestimmung des Betriebsrats durch Tarifvertrag, NZA 1988, 673–677.
- Rieble, Volker*, Beschäftigungspolitik durch Tarifvertrag, ZTR 1993, 54–61.
- Riesenhuber, Karl*, Tarifbindung und Ausgliederung von Unternehmensteilen. Zur „Goethe-Institut“- Entscheidung des BAG vom 11. 9. 1991, BB 1993, 1001–1007.
- Rupp, Hans-Heinrich*, Methodenkritische Bemerkungen zum Verhältnis von tarifvertraglicher Rechtssetzung und parlamentarischer Gesetzgebungskompetenz, JZ 1998, 919–926.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2014.
- Säcker, Franz-Jürgen; Oetker, Hartmut*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992.
- Schaub* (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, bearbeitet von Koch, Ulrich; Linck, Rüdiger; Treber, Jürgen; Vogelsang, Hinrich, 15. Aufl., München 2013.
- Schiek, Dagmar*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2007.
- Schlachter, Monika*, Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, Frankfurt/Main 2014 (Band 10 der HSI-Schriftenreihe).
- Schmidt-Eriksen, Christoph*, Tarifvertragliche Betriebsnormen: Zum Konflikt individueller und kollektiver Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und zur Reichweite tariflicher Gestaltungsmacht gegenüber dem Arbeitgeber, Baden-Baden 1992.
- Scholz, Rupert*, Koalitionsfreiheit, in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, Freiheitsrechte, Heidelberg 1989, § 151 (S. 1115–1183).
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (Zitierweise: Schwarze-Bearbeiter).
- Seiter, Hugo*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975.
- Sinzheimer, Hugo*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, 1. Teil, Leipzig 1907, 2. Teil, Leipzig 1908.
- Sodan, Helge*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Tarifautonomie. Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG, JZ 1998, 421–430.
- Stahlhacke, Eugen; Preis, Ulrich; Vossen, Reinhard*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl., München 2015.

- Thüsing, Gregor*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2011.
- Treber, Jürgen*, Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf – neuere Entwicklungen, SR 2013, 140–152.
- Tscherner, Eva Maria*, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten, München 2012.
- Ullber, Daniel*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und gesetzlichen Schutzpflichten, Berlin 2010.
- Waltermann, Raimund*, Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, FS Söllner, München 2000, S. 1251 ff.
- Ders.*, Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG im Licht der europäischen Gewährleistung der Tarifautonomie, EuZA 2015, 15–29.
- Ders.*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Frankfurt/Main 2016 (HSI-Schriftenreihe Band 15).
- Wank, Rolf*, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts. Unterstützungsstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung, RdA 2009, 1–13.
- Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, bearbeitet von Oetker, Hartmut; Thüsing, Gregor; Wank, Rolf; Wiedemann, Herbert, 7. Aufl., München 2007.
- Zwanziger, Bertram*, Arbeitskampf- und Tarifrrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“, DB 2008, 294–298.

Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 15** Raimund Waltermann
Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie
ISBN 978-3-7663-6469-2
- Band 14** Olaf Deinert
Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben
ISBN 978-3-7663-6468-5
- Band 13** Florian Rödl/Raphaël Callsen
Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion
ISBN 978-3-7663-6467-8
- Band 12** Ulrich Preis / Daniel Ulber
Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch
ISBN 978-3-7663-6413-5
- Band 11** Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg.)
Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats
ISBN 978-3-7663-6329-9
- Band 10** Monika Schlachter
Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien
ISBN 978-3-7663-6389-3
- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde
Datenschutz 2014 Probleme und Lösungsmöglichkeiten
ISBN 978-3-7663-6386-2
- Band 8** Thorsten Kingreen
Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen
ISBN 978-3-7663-6326-8
- Band 7** Ulrike Wendeling-Schröder
Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften in der Leiharbeit
ISBN 978-3-7663-6282-7

- Band 6** Jens Schubert
**Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung –
eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen
zu der Enforcement-Richtlinie**
ISBN 978-3-86194-115-6
- Band 5** Wolfgang Däubler
Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?
ISBN 978-3-86194-110-1
- Band 4** Bernd Waas
**Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen
über das Gesetz hinaus**
ISBN 978-3-86194-092-0
- Band 3** Bernd Waas
**Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien
von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe
aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht**
ISBN 978-3-86194-080-7
- Band 2** Rüdiger Krause
**Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung
von Equal Pay**
ISBN 978-3-86194-071-5
- Band 1** Britta Rehder / Olaf Deinert / Raphaël Callsen
**Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen –
Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen
der Rechtsfortbildung**
ISBN 978-3-86194-056-2

