HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 43
HSI-SCHRIFTENREIHE

Standort- und Beschäftigungssicherung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

Thomas Klein/Daniel Klocke/Monika Schlachter

BUND
VERLAG

Thomas Klein/Daniel Klocke/Monika Schlachter

Standort- und Beschäftigungssicherung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 43
HSI-Schriftenreihe

Standort- und Beschäftigungssicherung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen

Thomas Klein/Daniel Klocke/Monika Schlachter

BUND
VERLAG

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.

© Bund-Verlag GmbH, Emil-von-Behring-Straße 14, 60439 Frankfurt am Main, 2022

Umschlaggestaltung: A&B one Kommunikationsagentur GmbH, Berlin
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: CPI books GmbH, Birkstraße 10, 25917 Leck

ISBN 978-3-7663-7279-6

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des
Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.bund-verlag.de

Vorwort

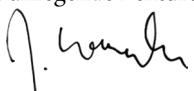
Digitalisierung und die sozial-ökologische Transformation der Wirtschaft machen die Sicherung von Standorten und Arbeitsplätzen zu einer zentralen Herausforderung von Gewerkschaften und Betriebsräten. Neben den Instrumenten der Betriebsverfassung werden zunehmend auch Tarifverträge genutzt, um die gravierenden Veränderungen zu gestalten, denen Beschäftigte ausgesetzt sind.

Wenn dabei nicht nur soziale Folgen von Arbeitsplatzabbau, Standortverlagerung oder Betriebsänderungen abgemildert werden sollen, sondern Zukunft auch gesichert werden soll, bevor schwere soziale Folgen drohen, werden bei den entsprechenden tariflichen Regeln auch unternehmerische Entscheidungen berührt.

Obwohl solche qualifizierten Vereinbarungen zur Standortsicherung durch Tarifverträge längst Praxis sind, wird ihre juristische Zulässigkeit noch immer mit dem Argument in Zweifel gezogen, dass im Abschluss entsprechender Vereinbarungen eine Verletzung von Grundrechten der Arbeitgeberseite liegt. Die Autor*innen des vorliegenden Gutachtens gehen diesem Argument nach und widmen sich der unternehmerischen Freiheit im Verhältnis zur Tarifautonomie mit ihren Rechtsgrundlagen im nationalen, Unions- und Völkerrecht. Dabei wird insbesondere die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung von Tarifverträgen zur Standort- und Beschäftigungssicherung untersucht. Darüber hinaus wird Standortsicherung als Aufgabe des Betriebsrats beleuchtet. Hierfür wird unter anderem die in der Praxis oft herausfordernde Durchsetzung von Vereinbarungen auf betrieblicher Ebene in den Blick genommen.

Prof. Dr. Monika Schlachter, Akad. Rat Dr. Thomas Klein vom *Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union* der *Universität Trier* und Prof. Dr. Daniel Klocke, *EBS Universität für Wirtschaft und Recht*, *Wiesbaden*, befassen sich hierfür mit dem nationalen und internationalen Tarif- bzw. dem Betriebsverfassungsrecht. Sie arbeiten heraus, wie weit das Mandat von Gewerkschaften und Betriebsräten reicht, auf die Unternehmenspolitik Einfluss zu nehmen, um Transformation im Interesse von Beschäftigten zu gestalten und Arbeitsplätze zu sichern.

Eine anregende Lektüre wünscht



Dr. Johanna Wenckebach
Wiss. Direktorin des Hugo Sinzheimer Instituts

Inhaltsübersicht

Vorwort 5

1. Teil: Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung *(Klein/Schlachter)* 17

A. Einleitung: Standortsicherung in Tarifverträgen 17

I. Begriffsverständnis 18

II. Gang der Untersuchung 21

B. Rechtlicher Rahmen 22

I. Nationales Recht 22

II. Unionsrecht 62

III. Völkerrecht 72

C. Maßnahmen der Standort- und Beschäftigungssicherung als Gegenstand von Tarifverträgen 80

I. Grenze der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen 80

II. Normative Regelbarkeit 83

III. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Arbeitgebers und der Niederlassungsfreiheit 88

D. Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung von Tarifverträgen zur Standort- und Beschäftigungssicherung 112

I. Grundsätzlicher Gleichlauf von tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit 112

II. Zur These einer tariflichen Regelbarkeit ohne Erstreikbarkeit 114

III. Streiks zur Abwehr tariflicher Verschlechterungen 120

IV. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht 123

V. Vermeidung von Völkerrechtsverletzung 125

E. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung 126

I. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei schuldrechtlichen Vereinbarungen 126

II. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Betriebsnormen 133

Teil 2: Standortsicherung auf der betrieblichen Ebene *(Klocke)* 135

A. Einleitung: Standortsicherung durch den Betriebsrat 135

B. Die Vorgaben des Unionsrechts für die Standortsicherung auf betrieblicher Ebene 137

I. Unternehmerfreiheit und Arbeitnehmerbeteiligung im primären Unionsrecht 137

II. Beteiligungsrechte und Unternehmerfreiheit im sekundären Unionsrecht 140

III. Die Unternehmerentscheidung im System des Unionsrechts 146

C. Die Beteiligungsrechte nach dem BetrVG 147

I. Standortsicherung als allgemeine Aufgabe des Betriebsrats 147

II. Unternehmerentscheidung und BetrVG 149

III. Standortsicherung als soziale Angelegenheit 152

IV. Reagierende Standortsicherung 154

V. Initiativen für eine Standortsicherung 193

D. Die Durchsetzung von Standortsicherungskonzepten 200

I. Öffentlich-rechtliche Lösungen 200

II. Die Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten i.e.S. 200

III. Die Durchsetzung der Informations- und Beratungsrechte 201

IV. Die Durchsetzung der Standortsicherungsvereinbarung 207

Ergebnisse 209

I. Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung 209

II. Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung im Betrieb 213

Abkürzungen 217

Literatur 219

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 5

1. Teil: Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung *(Klein/Schlachter)* 17

A. Einleitung: Standortsicherung in Tarifverträgen 17

I. Begriffsverständnis 18

1. Beschäftigungsgarantie 18

2. Standortgarantie 19

3. Auslagerungsverzicht 20

4. Investitionszusage 20

II. Gang der Untersuchung 21

B. Rechtlicher Rahmen 22

I. Nationales Recht 22

1. Grundgesetz 22

a) Gewährleistung und Reichweite der Tarifautonomie 22

aa) Tarifnormsetzung und schuldrechtliche Gestaltungsautonomie 23

bb) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen 28

cc) Schutz des Streikrechts als Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie 33

b) Grenzen der Tarifautonomie 34

aa) Beschränkung der Tarifautonomie durch kollidierende Grundrechte 35

bb) Unternehmerische Freiheit als Grenze der Tarifautonomie 41

cc) Eigentumsgarantie als Grenze der Tarifautonomie 44

2. Tarifvertragsrecht 46

a) Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen 46

b) Betriebliche Normen 48

c) Betriebsverfassungsrechtliche Normen 52

d) Schuldrechtliche Vereinbarungen 53

3. Arbeitskampfrecht 55
a) Durchsetzung eines tariflich regelbaren Ziels 55
b) Wahrung der Friedenspflicht 59
c) Streikführung unter Leitung einer Gewerkschaft 60
d) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 61
II. Unionsrecht 62
1. Charta der Grundrechte der Europäischen Union 62
2. Niederlassungsfreiheit 66
a) Anwendungsbereich 66
b) Bindung der Tarifvertragsparteien 67
c) Rechtfertigung von Beschränkungen 69
III. Völkerrecht 72
1. Wirkung im nationalen Recht 72
2. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 74
3. Europäische Sozialcharta (ESC) 76
4. ILO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und Nr. 98 über das Recht auf Kollektivverhandlungen 78
C. Maßnahmen der Standort- und Beschäftigungssicherung als Gegenstand von Tarifverträgen 80
I. Grenze der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen 80
II. Normative Regelbarkeit 83
1. Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen 83
2. Betriebsnormen 84
3. Betriebsverfassungsrechtliche Normen 86
III. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Arbeitgebers und der Niederlassungsfreiheit 88
1. Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Arbeitgeber 88
a) Keine Kontrolle am Maßstab der Grundrechte bei annäherndem Kräftegleichgewicht der Tarifpartner 88
aa) Kein Ungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers bei wirtschaftlich unausweichlich erscheinendem Anpassungsbedarf 89

bb) Kein Ungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers durch Streikdruck 90
cc) Kontrolle am Maßstab des unantastbaren Menschenwürdekerns 93
b) Ausnahmsweise Kontrolle nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte 94
aa) Prüfungsmaßstab 94
bb) Beurteilung einzelner Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen 100
2. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit 107
a) Bindung der Tarifparteien beim Abschluss von Tarifverträgen 107
b) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit 108
c) Rechtfertigung der Beschränkung 108
aa) Beschäftigungsgarantie 109
bb) Standortgarantie 109
cc) Auslagerungsverzicht 110
dd) Investitionszusagen 110
ee) Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats 110

D. Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung von Tarifverträgen zur Standort- und Beschäftigungssicherung 112

I. Grundsätzlicher Gleichlauf von tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit 112
II. Zur These einer tariflichen Regelbarkeit ohne Erstreikbarkeit 114
1. Kein Ausgleich nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz 114
2. Widerspruch zur Systematik des Tarif- und Arbeitskampfrechts 116
3. Sachgerechte Lösung der Grundrechtskollision im Tarifrecht 118
III. Streiks zur Abwehr tariflicher Verschlechterungen 120
IV. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht 123
V. Vermeidung von Völkerrechtsverletzung 125

E. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung 126

I. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei schuldrechtlichen Vereinbarungen 126

1. Durchführungs- bzw. Unterlassungsanspruch 127
2. Schadensersatzansprüche 129
3. Keine Auswirkungen auf entgegenstehende Rechtsgeschäfte 131
4. Kein Wegfall der Friedenspflicht 131
5. Absicherung durch vertragliche Gestaltung 131

II. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Betriebsnormen 133

Teil 2: Standortsicherung auf der betrieblichen Ebene *(Klocke)* 135

A. Einleitung: Standortsicherung durch den Betriebsrat 135

B. Die Vorgaben des Unionsrechts für die Standortsicherung auf betrieblicher Ebene 137

I. Unternehmerfreiheit und Arbeitnehmerbeteiligung im primären Unionsrecht 137

1. Niederlassungsfreiheit 137
2. Das Recht auf Unterrichtung und Anhörung 139

II. Beteiligungsrechte und Unternehmerfreiheit im sekundären Unionsrecht 140

1. Der Betriebsinhaberwechsel nach der Richtlinie 2001/23/EG 140
2. Die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG 141
   a) Das Informations- und Konsultationsrecht 142
   b) Die freie Unternehmerentscheidung 142
   c) Das Verbot der Durchführung der Massenentlassung 142
3. Die Rahmenrichtlinie 2002/14/EG 143
   a) Der Fall „Vilvoorde“ 143
   b) Unternehmerische Entscheidungen als Gegenstand der Beteiligung 143

c) Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter im Kontext der Standortsicherung 144
aa) Beschäftigungssituation, -struktur und -entwicklung 144
bb) Veränderungen der Arbeitsorganisation und der Arbeitsverträge 145
cc) Der Modus der Beteiligung 146
III. Die Unternehmerentscheidung im System des Unionsrechts 146
C. Die Beteiligungsrechte nach dem BetrVG 147
I. Standortsicherung als allgemeine Aufgabe des Betriebsrats 147
1. Antragsbefugnisse 147
2. Informationsrechte 148
3. Aufgaben als Ausgangspunkt 149
II. Unternehmerentscheidung und BetrVG 149
1. Die These der mitbestimmungsfreien Unternehmerentscheidung gemäß Art. 12 GG 149
2. Die Unternehmerfreiheit auf der einfachgesetzlichen Ebene 150
III. Standortsicherung als soziale Angelegenheit 152
1. Regelungen der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) 152
2. Die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) 152
3. Digitalisierung (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) 153
4. Sozialeinrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG) 154
5. Implikationen der sozialen Mitbestimmung 154
IV. Reagierende Standortsicherung 154
1. Das Beteiligungsverfahren nach § 17 KSchG (Überblick) 155
2. Die Beteiligung nach §§ 111 ff. BetrVG 156
a) Die Betriebsänderung 156
b) Standortsicherung und die Maßnahmen nach § 111 S. 3 BetrVG 157
aa) Die Betriebsstilllegung 157

bb) Die Standortverlegung 158
cc) Zusammenschluss von Betrieben 159
dd) Spaltung von Betrieben 159
ee) Der Betriebsübergang 160
ff) Änderungen der Betriebsorganisation und Arbeitsmethoden 160
c) Die Passivlegitimation 161
d) Die Planung der Betriebsänderung 162
e) Die Ergebnisse der Konsultation 162
aa) Die Ausgangslage für den Betriebsrat 163
bb) Die Heterogenität von Standortsicherungsstrategien 163
cc) Der Sozialplan als Mittel der Standortsicherung 164
dd) Der Interessenausgleich 166
ee) Freiwillige Betriebsvereinbarungen 180
ff) Die Regelungsabrede 182
gg) Zwischenergebnis 185
hh) Das Konkurrenzverhältnis zu tarifvertraglichen Regelungen 185
ii) Ende und Grenzen von Standortsicherungsverträgen 187
3. Korrekturmöglichkeiten nach § 91 BetrVG 190
4. Die Förderung der Berufsbildung nach §§ 96 und 97 BetrVG 191
5. Personelle Einzelmaßnahmen und Standortsicherung (Überblick) 191
V. Initiativen für eine Standortsicherung 193
1. Kein Initiativrecht bei § 111 BetrVG 193
2. Das Arbeitskampfverbot und die Einigungsstelle 193
3. Auswahlrichtlinien 193
4. Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG 194
a) Der Inhalt des Vorschlagsrechts 194
b) Das Vorschlagsrecht 195
c) Die Beratungspflicht 195

d) Vereinbarungen über Strategien zur Beschäftigungssicherung 197
5. Best-Owner-Vereinbarungen 198
D. Die Durchsetzung von Standortsicherungskonzepten 200
I. Öffentlich-rechtliche Lösungen 200
II. Die Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten i.e.S. 200
III. Die Durchsetzung der Informations- und Beratungsrechte 201
1. Die Klagbarkeit der Informations- und Beratungsrechte 202
2. Verhandlungen und das Einigungsstellenverfahren nach § 112 BetrVG 202
3. Der Schutz des Verhandlungsergebnisses nach § 113 Abs. 1 BetrVG 203
4. Der Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG 203
5. Der verfahrenssichernde Unterlassungsanspruch 204
a) Der Anspruch aus § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG analog 204
b) Zur unionsrechtlichen Dimension 205
c) Der Unterlassungsanspruch im Verfahren von § 111 etc. BetrVG 205
6. Fazit 207
IV. Die Durchsetzung der Standortsicherungsvereinbarung 207
1. Die Durchsetzung der relativen Rechte 207
2. Der sog. Durchsetzungsanspruch 208
Ergebnisse 209
I. Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung 209
II. Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung im Betrieb 213
Abkürzungen 217
Literatur 219

1. Teil: Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung

Akad. Rat Dr. Thomas Klein / Prof. Dr. Dr. h. c. Monika Schlachter

A. Einleitung: Standortsicherung in Tarifverträgen

Standort- und Beschäftigungssicherung gewinnen tarifpolitisch seit mehreren Jahrzehnten an Bedeutung. Die in der Praxis vorzufindenden Beispiele sind mannigfaltig und reichen vom Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen über Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Tarifvertragsparteien bis hin zu vorübergehenden Standortgarantien oder dem vorübergehenden Verzicht auf Outsourcing. Diese Regelungsgegenstände unterscheiden sich von den klassischen Tarifinhalten wie Entgelt, Arbeitszeit und Urlaub vor allem dadurch, dass sie überwiegend nicht ebenso gut im Einzelarbeitsvertrag geregelt werden könnten. Es geht also nicht mehr nur um den kollektivvertraglichen Ausgleich der individuellen Verhandlungsschwäche der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern um die Verhinderung von Nachteilen, die technische, organisatorische oder strukturelle Änderungen im Betrieb oder Unternehmen für die Belegschaft insgesamt ohne eine solche Vereinbarung verursachen würden. Diese Aspekte liegen ersichtlich näher an der Unternehmensführung als die klassischen Regelungsgegenstände, weshalb ihre tarifliche Regelbarkeit in der Literatur immer wieder bezweifelt wurde.

Trotz der seit einigen Jahren beständig geübten Tarifpraxis haben Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung die Gerichte bislang nur vereinzelt beschäftigt. Über die Gründe hierfür lässt sich nur mutmaßen. Am Streitstoff fehlt es jedenfalls – zumindest aus juristischer Perspektive – nicht, da zentrale rechtliche Fragen bislang nicht geklärt sind. Dies betrifft neben der Frage nach der tariflichen Regelbarkeit vor allem das Verhältnis zur unternehmerischen Freiheit. In grenzüberschreitenden Sachverhalten innerhalb des europäischen Binnenmarkts stellt sich zudem die Frage nach den Beschränkungen der Tarifmacht durch die europäische Niederlassungsfreiheit. Fragen stellen sich ferner im Hinblick auf den rechtlichen Charakter entsprechender Vereinbarungen. Darüber hinaus wird kontrovers diskutiert, inwiefern Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung erstreikbar sind. Schließlich bestehen Un-

klarheiten hinsichtlich der Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung.

Die vorliegende Untersuchung systematisiert die Diskussion und entwickelt ausgehend von der höchstrichterlichen Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der einschlägigen Instanz-Rechtsprechung Antworten auf ungeklärte Fragen. Sie wird durch eine Untersuchung der betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten zur Standort- und Beschäftigungssicherung von *Daniel Klocke* ergänzt, die im zweiten Teil dieses Bandes zu finden ist.

I. Begriffsverständnis

Da sich bislang weder in der Tarifpraxis noch in der juristischen Diskussion ein einheitliches Begriffsverständnis durchgesetzt hat, bedarf es zunächst einer Begriffsklärung für die Zwecke der Untersuchung.

Unter Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen werden im Folgenden nur solche Vereinbarungen verstanden, die eine konkret beabsichtigte oder zumindest erwartete Personalreduzierung, Standortschließung bzw. -verlagerung oder Auslagerung (ganz oder teilweise) abwenden wollen. Sie sind abzugrenzen von den traditionellen Rationalisierungsschutzabkommen, die lediglich einen generellen Rahmen für Rationalisierungsmaßnahmen vorsehen,[1] sowie von Tarifsozialplänen, die auf eine Abmilderung der sozialen Folgen von bereits erfolgten oder unmittelbar bevorstehenden Umstrukturierungen oder Betriebsschließungen bzw. -verlagerungen abzielen[2]. Fragen, die sich im Zusammenhang mit Rationalisierungsschutzabkommen sowie Tarifsozialplänen stellen, sind nicht Gegenstand der Untersuchung.

Im Einzelnen kommen ausgehend von diesem Verständnis insbesondere folgende Regelungsgegenstände in Betracht:

1. Beschäftigungsgarantie

Unter einer Beschäftigungsgarantie wird eine Vereinbarung verstanden, durch die im Unternehmen oder in einem Betrieb oder Betriebsteil betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen oder eingeschränkt werden oder eine festgelegte Beschäftigtenzahl garantiert wird.

1 Siehe dazu Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 868.
2 Siehe dazu Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 869 ff.

Beispiel (1):

„§ 3 Beschäftigungssicherung

Die Firma L2x T2x L3x GmbH & Co. KG wird in der Zeit vom 1.10.2004 bis zum 31.12.2006 keine der derzeit beschäftigten Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen entlassen. Sollten wider Erwarten aufgrund starker Auftragseinbrüche betriebsbedingte Kündigungen notwendig werden, bedürfen diese der Zustimmung der Tarifvertragsparteien."[3]

Beispiel (2):

„§ 3 Betriebs- und Beschäftigungssicherung

(4) [Betriebsbedingte Kündigungen] Während der Laufzeit dieses Tarifvertrages kann die Gesellschaft betriebsbedingte Kündigungen gegenüber den Beschäftigten nur mit Zustimmung der IG Metall wirksam aussprechen."[4]

2. Standortgarantie

Unter einer Standortgarantie wird eine Vereinbarung verstanden, in der sich der Arbeitgeber verpflichtet, einen Betrieb oder Betriebsteil für eine festgelegte Dauer an einem Standort (gegebenenfalls in einem näher definierten Umfang) fortzuführen.

Beispiel (3):

„§ 7 Standortsicherung

Die in der Anlage 4 aufgeführten Betriebsstätten:

- 89 große Warenhäuser (Verkaufsfläche über 8000 m²),
- 32 Sporthäuser,
- 67 kleine Warenhäuser (Verkaufsfläche unter 8000 m²) für die Dauer ihrer Zugehörigkeit zum Konzern,
- die Hauptverwaltung

werden bis 31.12.2007 nicht geschlossen."[5]

Beispiel (4):

„§ 3 Beschäftigungssicherung

Es wird eine Sicherung und Aufrechterhaltung des Fertigungsstandortes S mit mindestens den in Anlage 3 aufgeführten Organisationseinheiten bis einschließlich 31.12.2019 garantiert. In diesem Zeitraum sind betriebsbedingte Kündigungen bis auf die in § 14.1 und § 14.2 beschriebenen personellen Maßnahmen ausgeschlossen. Bei konjunkturbedingtem Beschäftigungsmangel sind die gesetzlichen und tariflichen Instrumente der Beschäftigungssicherung zu nutzen. Sollte danach aus Sicht

3 Entnommen aus LAG Hamm 28.2.2006 – 19 Sa 1774/05, juris Rn. 12-13.

4 Entnommen aus LAG Düsseldorf 5.12.2014 – 10 Sa 605/14, juris Rn. 11-12.

5 Entnommen aus LAG Sachsen 16.5.2007 – 8 Sa 488/06, juris Rn. 34-40.

des Arbeitgebers ein Personalabbau unumgänglich sein, so verpflichten sich die Parteien darüber zu verhandeln."[6]

3. Auslagerungsverzicht

Als Auslagerungsverzicht wird eine Vereinbarung bezeichnet, in der sich der Arbeitgeber verpflichtet, auf die Auslagerung von Tätigkeiten oder von ganzen Betrieben oder Betriebsteilen zu verzichten.

Beispiel (5):

„§ 2 Verpflichtungen

5. Maßnahmen des Outsourcings sind ausgeschlossen, es sei denn, dass diese zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen zwingend erforderlich sind. Alle Maßnahmen des Outsourcings bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Tarifvertragsparteien."[7]

4. Investitionszusage

Durch eine Investitionszusage verpflichtet sich der Arbeitgeber, vertraglich festgelegte Investitionen in einen Betrieb oder einen Standort zu tätigen.

Beispiel (6):

„§ 5 Investitionsverpflichtung

(1) [Betragsmäßige Festlegung] Die Gesellschaft wird nach Inkrafttreten dieses Tarifvertrages bis zum 31.12.2012 in den Betrieben (C., X., E., I.) Investitionen mit einem Gesamtvolumen in Höhe von mindestens Euro 40.000.000 tätigen. Eine Übersicht über den Investitionsrahmen in den einzelnen Betrieben wird diesem Tarifvertrag als Anlage bis zum 30.4.2008 als Bestandteil des Tarifvertrages beigefügt. Investitionen in diesem Sinne sind insbesondere aktivierungspflichtige Investitionen in das Anlagevermögen, soweit das Anlagevermögen in den Betrieben verbleibt, also insbesondere nicht verlagert wird. Leasingkosten werden bei der Ermittlung der Investitionssumme berücksichtigt, wenn es sich beim Leasinggut um einen Vermögensgegenstand handelt, der bei einem Eigentumserwerb als Anlagevermögen zu aktivieren wäre; berücksichtigt werden in diesem Fall die gesamten Leasingkosten für die geplante Leasinglaufzeit. Das Gesamtvolumen der Investitionen und der Einzelinvestitionen sind der IG Metall nachzuweisen.

(2) [Erfüllungsanreiz] Soweit der Arbeitgeber seiner Investitionsverpflichtung in einem oder mehreren Betrieben nicht oder nicht vollständig nachkommt, erhalten die Beschäftigten des betreffenden Betriebes eine Nachvergütung der auf der Grundlage dieses Tarifvertrags geleisteten Sanierungsbeiträge entsprechend dem Verhältnis des Betrags der tatsächlich aufgewendeten Investitionen in dem jeweili-

6 Entnommen aus LAG Köln 11.5.2017 – 8 TaBV 32/17, juris Rn. 4-6.

7 Entnommen aus BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808 Rn. 3.

gen Betrieb zur Investitionsverpflichtung gemäß der beigefügten Anlage. Die Nachvergütung wird mit dem nächsten regelmäßigen Entgelt nach dem 31.12.2012 auf der Grundlage der jeweils zum Zeitpunkt der Erbringung der Sanierungsbeiträge geltenden Flächentarifverträge berechnet, abgerechnet und ausgezahlt.
(3) [Ausschlussfristen] Die auf Grund der vorstehenden Regelungen gegebenenfalls entstehenden Arbeitsentgeltansprüche der Beschäftigten unterliegen keiner tariflichen Ausschlussfrist gemäß EMTV. Für diese Ansprüche gilt daher die Regelverjährungsfrist von 3 Jahren, unabhängig von der Laufzeit des Tarifvertrages."[8]

Beispiel (7):
„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.
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."[9]

II. Gang der Untersuchung

Nach einer Darstellung des rechtlichen Rahmens (B.) wird zunächst untersucht, inwiefern Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen Gegenstand eines Tarifvertrags sein können (C.). Dabei ist einerseits zu klären, welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten das Tarifvertragsrecht für solche Vereinbarungen bietet. Andererseits sind die Gestaltungsgrenzen auszuloten, die sich aus höherrangigem Recht ergeben. Unter D. wird sodann der Frage nachgegangen, ob Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung erstreikt werden können. Das letzte Kapitel wendet sich schließlich der Frage zu, welche Sanktions- und Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verstößen gegen Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung zur Verfügung stehen (E.).

8 Entnommen aus LAG Düsseldorf 5.12.2014 – 10 Sa 605/14, juris Rn. 15-18.
9 Entnommen aus LAG Niedersachsen 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10, juris Rn. 4-7.

B. Rechtlicher Rahmen

Der rechtliche Rahmen für Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung ergibt sich im Wesentlichen aus dem nationalen Verfassungs-, Tarif- und Arbeitskampfrecht (I.). In Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug innerhalb der Europäischen Union können sich zudem aus dem Unionsrecht Grenzen ergeben (II.). Darüber hinaus enthält das (Arbeits-)Völkerrecht Regelungen zur Vereinigungsfreiheit, zum Recht auf Kollektivverhandlungen und zum Streikrecht, die bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts zu berücksichtigen sind (III.).

I. Nationales Recht

Auf nationaler Ebene haben bei der Lösung tarif- und arbeitskampfrechtlicher Probleme bekanntlich die verfassungsrechtlichen Wertungen der Grundrechte eine herausgehobene Bedeutung. Vor diesem Hintergrund ist zunächst der verfassungsrechtliche Rahmen für Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträge abzustecken. Ausgehend von den verfassungsrechtlichen Wertungen werden anschließend die Regelungen des Tarifvertragsgesetzes (TVG) und die richterrechtlichen Arbeitskampfregeln erläutert.

1. Grundgesetz

Das Grundgesetz (GG) schützt einerseits die Tarifautonomie als den zentralen Bestandteil der Koalitionsbetätigungsfreiheit und schafft damit die Grundlage für eine tarifvertragliche Standort- und Beschäftigungssicherung. Es gewährleistet andererseits auch Grundrechte der Unternehmen, die mit der Tarifautonomie kollidieren können. Inwiefern diese kollidierenden Grundrechte die Tarifvertragsparteien binden und ihre Tarifautonomie einschränken können, ist im Folgenden näher zu beleuchten. Den Ausgangspunkt bildet jedoch zunächst die Gewährleistung der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG.

a) Gewährleistung und Reichweite der Tarifautonomie

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet für jedermann und für alle Berufe das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Die Vorschrift enthält ein Doppelgrundrecht.[10] Geschützt wird nicht nur die individuelle Freiheit, Vereinigungen zur Förderung der Ar-

10 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 23; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 39; Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 12.

beits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden und diesen Zweck gemeinsam zu verfolgen, sondern auch das Recht der Vereinigungen selbst, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen.[11] Der Schutz koalitionsspezifischer Betätigung umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die nach der Rechtsprechung des BVerfG im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht.[12] Die Tarifautonomie eröffnet den Koalitionen die Möglichkeit, die nach ihrer Einschätzung erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum autonom durch Vereinbarungen zu treffen.[13] Sie ist darauf angelegt, „die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen", um ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.[14]

aa) Tarifnormsetzung und schuldrechtliche Gestaltungsautonomie

Die grundrechtliche Gewährleistung der Tarifautonomie darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass das Tarifvertragsgesetz in seiner konkreten Ausgestaltung verfassungsrechtlich vorgegeben wäre. Das BVerfG hat schon in seinem Mitbestimmungsurteil vom 1.3.1979 klargestellt, dass die Tarifautonomie ganz allgemein gewährleistet ist und nicht die besondere Ausprägung umfasst, die das Tarifvertragssystem in dem zur Zeit des Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Tarifvertragsgesetz erhalten hat.[15] Garantiert wird durch Art. 9 Abs. 3 GG jedoch ein gesetzlich geregeltes und geschütztes Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen sein müssen.[16] Dieses Tarifvertragssystem muss den Koalitionen die Möglichkeit eröffnen, insbesondere für Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen unmittelbar und zwingend wirkende kollektivvertragliche Regelungen festzulegen.[17] Anderenfalls

11 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 130 m.w.N.

12 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 131 m.w.N.

13 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 Rn. 71 m.w.N.

14 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549, 2551; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754, 756; 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 146.

15 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 369.

16 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 369.

17 Vgl. BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304 f.: von der Verfassung intendierte Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch autonome Rechtsnormen; 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 f.: „unabdingbare Gesamtvereinbarungen"; 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, 778 f.: „Normsetzungsrecht"; BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 19: „Praktische Wirkung können die so ausgehandelten Normen allerdings nur entfalten, wenn ihnen kraft staatlicher Anordnung unmittelbare und zwingende Wirkung zukommt […]"; *Klein*, Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen, 131 ff. m.w.N.; a.A. Wiedemann-*Jacobs*, Einl. Rn. 167.

könnten die Koalitionen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für ihre Mitglieder nicht tatsächlich regeln, da die Geltung im Arbeitsverhältnis von einer Einbeziehung durch die Arbeitsvertragsparteien abhängig wäre bzw. durch die Arbeitsvertragsparteien abbedungen werden könnte. Der mit der Tarifautonomie bezweckte Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer[18] wäre auf diese Weise nicht zu erreichen.

Das Tarifvertragsgesetz dient der Erfüllung dieses Verfassungsauftrags.[19] Es ermöglicht den Tarifvertragsparteien die Schaffung von Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen (§ 1 Abs. 1 TVG).

§ 1 Abs. 1 TVG definiert allerdings nicht die gegenständliche Reichweite der Tarifautonomie, sondern lediglich den Umfang der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien.[20] Selbst den möglichen Inhalt von Tarifverträgen regelt § 1 Abs. 1 TVG nicht abschließend, denn welche Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien Inhalt des schuldrechtlichen Teils sein können, wird durch das Gesetz nicht definiert und muss deshalb unter Berücksichtigung des Art. 9 Abs. 3 GG konkretisiert werden.[21]

Zwischen der durch Art. 9 Abs. 3 GG allgemein gewährleisteten Tarifautonomie und der durch das Tarifvertragsgesetz eröffneten Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien muss also unterschieden werden. Letztere kann über die Tarifautonomie hinausgehen oder hinter dieser zurückbleiben und ist als einfachgesetzliche Ausgestaltung an den Vorgaben des Grundgesetzes zu messen.[22] Der Begriff der Tarifautonomie bezieht sich indessen auf die in Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen überlassene Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Diese Zwecksetzung der Koalitionsfreiheit bildet die äußere Grenze der Tarifautonomie.[23] Betätigungen jenseits dieser Grenze sind den Koalitionen zwar nicht untersagt, sie unterliegen aber nicht dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG, weshalb sich die Tarifparteien bei solchen Betätigungen lediglich auf ihre allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) stützen können. Die Wahl der Mittel für die Erreichung des Koalitionszwecks

18 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549, 2551; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754, 756; 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 146.

19 Zur Frage, ob mit dem TVG von diesem Verfassungsauftrag abschließend Gebrauch gemacht wurde: JKOS-*Krause*, § 1 Rn. 48 ff. m.w.N.

20 JKOS-*Krause*, § 1 Rn. 50 m.w.N.

21 Zur Konkretisierung dieses Merkmals siehe unter B.I.2.d).

22 Wiedemann-*Jacobs*, Einl. Rn. 174.

23 ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 72; JKOS-*Krause*, § 1 Rn. 46; BKS-*Kocher*, Grundl. Rn. 84a; Kempen/Zachert-*Kempen* Grundl. Rn. 135.

überlässt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen.[24] Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie erstreckt sich daher nicht nur auf den Abschluss von Tarifverträgen, sondern beinhaltet auch das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schuldrechtliche (Koalitions-) Verträge zu schließen.[25]

Dieser verbreitet anerkannten Sichtweise ist jüngst *Höpfner* entgegengetreten.[26] Er differenziert zwischen dem Schutz der Tarifautonomie und dem Schutz der sonstigen Koalitionsbetätigungsfreiheit. Nur letztere soll sich auf alle Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstrecken. Die Tarifautonomie, die *Höpfner* als Koalitionsvertragsautonomie bezeichnet, soll hingegen auf „Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Fragen" begrenzt sein.[27] Schuldrechtliche Verträge über andere Gegenstände sollen demgemäß nur durch die allgemeine Vertragsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sein, mit der Folge, dass zur Durchsetzung dieser Verträge der Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen nicht erlaubt sei und für die Verträge keine kartellrechtliche Bereichsausnahme gelte.[28] Zur Begründung stützt sich *Höpfner* ausschließlich auf die Genese des Art. 9 Abs. 3 GG.[29] Ob diese eine solche Interpretation tatsächlich stützt, ist zweifelhaft. *Poscher* gelangt aufgrund einer ebenfalls ausführlichen Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte zum gegenteiligen Ergebnis.[30] Letztlich kommt es auf diese Frage aber nicht an, denn der Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich nicht allein aufgrund seiner Entstehungsgeschichte erschließen. *Höpfner* weist insoweit auf Ausführungen im Mitbestimmungsurteil des BVerfG vom 1.3.1979 hin, wonach der historischen Entwicklung bei der Bestimmung der Tragweite des Art. 9 Abs. 3 GG eine maßgebliche Bedeutung zukomme.[31] Die zitierten Aussagen lauten im Zusammenhang allerdings wie folgt:

> „Art. 9 Abs. 3 GG gehört nicht zu den »klassischen« Grundrechten. Die Koalitionsfreiheit ist erst unter den Bedingungen moderner Industriearbeit entstanden, die sich im 19. Jahrhundert entwickelt haben. Bei der Auslegung dieses Grundrechts kann deshalb nur bedingt

24 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 115 m.w.N.; 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 130 m.w.N.

25 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13 NZA 2015, 115 Rn. 31; BeckOK GG-*Cornils*, 46. Ed. 15.8.2020, GG Art. 9 Rn. 64; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 55; JKOS-*Krause*, § 1 Rn. 192 sowie § 4 Rn. 158; Kempen/Zachert-*Zeibig/Zachert*, TVG, § 1 Rn. 944; ErfK-*Franzen*, TVG § 1 Rn. 3.

26 *Höpfner*, RdA 2020, 129 ff.

27 *Höpfner*, RdA 2020, 129, 137 f.

28 *Höpfner*, RdA 2020, 129, 140.

29 *Höpfner*, RdA 2020, 129, 133 ff.

30 *Poscher*, RdA 2017, 235, 237 ff.

31 *Höpfner*, RdA 2020, 129, 132.

> auf einen traditionell feststehenden Inhalt zurückgegriffen werden. Anhaltspunkte für eine Konkretisierung bietet namentlich die bisherige geschichtliche Entwicklung, die auf den nahezu wortgleichen Art. 159 WRV zurückführt. Demgemäß hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 GG stets hervorgehoben, dass bei der Bestimmung der Tragweite dieses Grundrechts seine historische Entwicklung zu berücksichtigen sei."[32]

> „Das Grundrecht enthält, wie gezeigt, keine Garantie des Bestandes des Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystems in seiner konkreten gegenwärtigen Gestalt. Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich auch nicht dahin auslegen, dass er ein Tarifsystem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleiste. Dies würde in Widerspruch zu dem Grundgedanken und der geschichtlichen Entwicklung der Koalitionsfreiheit treten, der für die Auslegung maßgebliche Bedeutung zukommt."[33]

Das BVerfG weist also nicht, wie *Höpfner* durch eine verkürzte Wiedergabe der Ausführungen suggeriert, allein der historischen Entwicklung[34] eine maßgebliche Bedeutung bei der Auslegung zu, sondern „dem Grundgedanken und der geschichtlichen Entwicklung der Koalitionsfreiheit". Zum Grundgedanken der Koalitionsfreiheit führt das BVerfG unmittelbar im Anschluss an die oben zitierte Stelle weiter aus:

> „Als Freiheitsrecht will Art. 9 Abs. 3 GG in dem von staatlicher Regelung freigelassenen Raum gewährleisten, dass die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen fördern wollen. Dass dies nur im Wege von Tarifverträgen möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen, zumal eine solche Lösung auf eine Einschränkung der gewährleisteten Freiheit hinausliefe. Vielmehr kann die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es Art. 9 Abs. 3 GG geht, auf verschiedenen Wegen angestrebt werden: nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifsystem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken, wenngleich sie Konflikte und deren Austragung nicht

32 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 367.

33 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 371.

34 Mit dieser Formulierung dürfte im Übrigen nicht die bloße Genese der Vorschrift gemeint sein, siehe dazu sogleich unter bb).

ausschließen. Auch der zweite Weg vermag namentlich der Aufgabe der Befriedung gerecht zu werden."[35]

Der so verstandene Grundgedanke der Koalitionsfreiheit spricht gegen die von *Höpfner* angenommene Differenzierung zwischen Tarifautonomie und sonstiger Koalitionsbetätigungsfreiheit, für die auch der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG keine Anhaltspunkte liefert. Art. 9 Abs. 3 GG garantiert den Koalitionen das Recht, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eigenverantwortlich zu fördern, und enthält gerade keine Vorgaben dazu, wie die Koalitionen ihren Zweck verfolgen. Die vorgeschlagene Begrenzung der Tarifautonomie auf Lohn- und Arbeitsbedingungen würde eine Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG nach Maßgabe des TVG bedeuten (statt der umgekehrten Wirkrichtung, die von der Normenhierarchie vorgegeben ist), und außer Betracht lassen, dass das Begriffspaar „Lohn- und Arbeitsbedingungen" vom Verfassungsgeber im Grundgesetz in Abgrenzung zu Art. 165 Abs. 1 WRV gerade nicht verwendet wurde. Außerdem liefe die einschränkende Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG auf eine Vorfestlegung im Hinblick auf die den Koalitionen zur Verfügung stehenden Mittel zur Koalitionsbetätigung sowie auf eine Verkürzung des verfassungsrechtlichen Schutzes hinaus, die dem Charakter der Koalitionsfreiheit als Freiheitsrecht[36] widersprechen würde. Mit der gegenständlichen Reichweite der Tarifautonomie wird das Betätigungsfeld der Koalitionen abgesteckt, innerhalb dessen sie ihre Angelegenheiten autonom, d.h. grundsätzlich ohne staatliche Einflussnahme, regeln können. Dieser freiheitsrechtliche Aspekt der Koalitionsfreiheit verbietet eine vom Wortlaut nicht gedeckte Beschränkung der gegenständlichen Reichweite auch der Tarifautonomie. Die äußere Grenze der Tarifautonomie – wie die äußere Grenze des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit insgesamt – bildet allein das in der Vorschrift genannte Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen". Der Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit geht nicht gegenständlich über den Schutz der Tarifautonomie hinaus, sondern nur hinsichtlich der geschützten Verhaltensweisen, indem er sich auf alle übrigen koalitionsspezifischen Verhaltensweisen erstreckt, die nicht auf den Abschluss einer Vereinbarung gerichtet sind (z.B. Mitgliederwerbung,[37] außergerichtliche Beratung und gerichtliche Vertretung von Mitgliedern,[38] Betätigung im Personalvertretungswesen[39]).[40]

35 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 371.

36 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 130; 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 115 m.w.N.; siehe dazu auch unter B.I.1.a)bb).

37 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381; auch per E-Mail: BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990.

38 BVerfG, 2.12.1992 – 1 BvR 296/88, BVerfGE 88, 5.

39 BVerfG 30.11.1965 – 2 BvR 54/62, BVerfGE 19, 303; 23.3.1982 – 2 BvL 1/81, BVerfGE 60, 162.

40 Vgl. BAG 25.1.2005 – 1 AZR 657/03, BAGE 113, 230, 233 f.; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 72.

bb) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Das BVerfG hat bislang auf eine abschließende Definition der in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verzichtet. In seiner Rechtsprechung finden sich zwar verschiedene Umschreibungen der gegenständlichen Reichweite der Regelungsbefugnis der Koalitionen.[41] Die Formulierungen in den einschlägigen Entscheidungen zeigen aber, dass es sich nur um eine beispielhafte und nicht um eine abschließende Umschreibung handelt. So findet sich in den jüngeren Entscheidungen die Formulierung, dass zu den der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien „insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen" gehören.[42] Noch deutlicher hob das BVerfG in seinem Beschluss aus vom 24.4.1996 hervor, dass es sich nicht um eine abschließende Definition handelt: „Wieweit damit die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie in jeder Richtung zutreffend umschrieben ist und wo ihr grundrechtlicher Schutz endet, bedarf hier keiner Klärung."[43] Klar ist daher auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG nur, dass zumindest das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeits- und Urlaubszeiten sowie nach Maßgabe von Herkommen und Üblichkeit weitere Bereiche des Arbeitsverhältnisses und darauf bezogene soziale Leistungen und Einrichtungen zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zählen.[44] Dasselbe gilt für die in § 1 Abs. 1 TVG genannten Normen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen.[45]

Nach der Rechtsprechung des BAG fallen unter die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „alle Faktoren, die im Zusammenwirken die Voraussetzungen und Bedingungen abhängiger Arbeit beeinflussen".[46]

In der Literatur ist die Interpretation des Begriffspaars umstritten. Auf der einen Seite wird vertreten, dass mit dem Begriff Wirtschaftsbedingungen nur die Kehrseite der Arbeitsbedingungen aus der Perspektive des Unternehmens gemeint sei.[47] Auf der anderen Seite wird angenommen, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Wirtschaftsbedingungen in ihrer gesamten Breite erfasse und der Begriff nur

41 Siehe dazu etwa die Nachweise bei Däubler-*Däubler*, TVG, Einl. Rn. 120 ff.

42 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, NZA 2001, 777, 778; 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, NJW 1999, 3033, 3034.

43 BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513.

44 BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513.

45 BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304 f.

46 BAG 28.6.2001 – 6 AZR 114/00, NZA 2002, 331, 334.

47 HWK-*Hergenröder*, GG Art. 9 Rn. 40; *ders.* in: Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, § 10 III 1; NK-GA-*Hanau*, GG Art. 9 Rn. 23.

der Abgrenzung von allgemeinpolitischen Zwecken diene.[48] Nach überwiegender Ansicht bilden die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG indessen eine funktionale Einheit und erfassen die Gesamtheit der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird.[49] Dieses Verständnis deckt sich letztlich weitestgehend mit demjenigen des BAG.

Dass mit Wirtschaftsbedingungen nur die Kehrseite der Arbeitsbedingungen gemeint sein sollte, kann schon angesichts des Wortlauts nicht überzeugen, denn wenn nur die Arbeitsbedingungen gemeint wären, hätte es der Erwähnung der Wirtschaftsbedingungen nicht bedurft. Im Übrigen müsste es dann „Arbeits- *oder* Wirtschaftsbedingungen" heißen, da die Grundrechtsträger sich entweder als Arbeitnehmer zur Wahrung und Förderung ihrer Arbeitsbedingungen *oder* als Arbeitgeber zur Wahrung und Förderung ihrer Wirtschaftsbedingungen zusammenschließen könnten, nicht aber gleichzeitig zur Wahrung und Förderung der Arbeits- *und* Wirtschaftsbedingungen. Außerdem wird diese Sichtweise der Entstehungsgeschichte nicht gerecht.[50]

Auf der anderen Seite lässt sich vor dem Hintergrund des Normzwecks der Koalitionsfreiheit, auf kollektiver Ebene einen Ausgleich zwischen den entgegengesetzten Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu suchen, nicht erklären, warum auch solche Wirtschaftsbedingungen erfasst sein sollten, welche die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht berühren. Praktisch dürfte diese Grenze freilich selten relevant werden. Im Ergebnis ist im Grundsatz der herrschenden Meinung zu folgen und von einer funktionalen Einheit der beiden Begriffe auszugehen. Die Versuche, diese funktionale Einheit in einer abstrakten Formel zu fassen, bieten allerdings kaum einen Erkenntnisgewinn. Versteht man unter Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen etwa die Gesamtheit der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird, muss im Hinblick auf die streitigen Fälle begründet werden, dass es sich um wirtschaftliche oder soziale Bedingungen handelt, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird. Die Abgrenzungsprobleme werden durch die Formel also nicht gelöst, sondern tauchen in neuem Gewand wieder auf. Zur Lösung dieser Fragen müssen also handhabbare Abgrenzungskriterien gesucht werden, die sich letztlich nur aus dem Grundgedanken und der geschichtlichen Entwicklung der Koalitionsfreiheit und der Funktion

48 *Poscher*, RdA 2017, 235, 241.

49 Kempen/Zachert-*Kempen*, Grundl. Rn. 138 m.w.N.; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 23; JKOS-*Krause* § 1 Rn. 47; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, § 6 II; AK-GG-*Kittner/Schiek*, Art. 9 Abs. 3 Rn. 93; Schaub-*Treber*, § 188 Rn. 21.

50 Siehe dazu *Poscher*, RdA 2017, 235, 237 ff.

der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen als Schutzbereichsgrenze ergeben können.

Der Koalitionsfreiheit liegt der Gedanke zugrunde, dass die Koalitionen ihre Angelegenheiten selbstverantwortlich und grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme regeln und das Arbeitsleben, insbesondere durch den Abschluss von Tarifverträgen, sinnvoll ordnen.[51] Art. 9 Abs. 3 GG ist in erster Linie ein Freiheitsrecht.[52] Es gewährleistet den Koalitionen mit der Tarifautonomie einen spezifischen Wirkungsbereich für den Abschluss von Tarifverträgen.[53] Die Reichweite dieses Wirkungsbereichs wird durch das Begriffspaar Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bestimmt. Dies geschieht auf der ersten Stufe dadurch, dass das Begriffspaar definiert, welche Vereinigungen überhaupt als Koalitionen anzusehen sind. Auf der zweiten Stufe grenzt das Begriffspaar den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungs- und Wirkungsbereich der Koalitionen gegenständlich ein. Das Begriffspaar fungiert also in zweifacher Hinsicht als Schutzbereichsgrenze. Auf der ersten Stufe schließt die funktionale Einheit der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen insbesondere Vereinigungen, die ausschließlich die Wahrung und Förderung allgemeiner Wirtschaftsbedingungen verfolgen (z.B. Kartelle, Einkaufs- oder Verkaufsgenossenschaften), aus dem Schutzbereich aus.[54] Auf der zweiten Stufe muss das Begriffspaar das vom Staat bei der Normsetzung zu respektierende Betätigungsfeld der Koalitionen abgrenzen, auf dem diese selbstverantwortlich und grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme tätig werden können. Angesichts dieser Funktion und des freiheitsrechtlichen Charakters der Koalitionsfreiheit muss das Begriffspaar Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen weit verstanden werden. Abzugrenzen gilt es die Reichweite der Koalitionsfreiheit nur gegenüber allgemein politischen Fragen, die schon begrifflich keine Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen darstellen, sowie gegenüber allgemeinen Wirtschaftsbedingungen, die keinen Bezug zur abhängigen Arbeit haben. Alle Bedingungen, deren Ausgestaltung die widerstreitenden Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern unmittelbar oder mittelbar betreffen, müssen hingegen als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen angesehen werden, denn Art. 9 Abs. 3 GG überlässt gerade den Ausgleich zwischen diesen gegensätzlichen Interessen den Koalitionen. Die Trennlinie kann daher nicht an der viel diskutierten Frage der Einbeziehung unternehmerischer Entscheidungen verlaufen.[55] Diese Frage zielt nicht auf eine Abgrenzung des Betätigungsfeldes der

51 Vgl. BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754, 756.
52 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 130; 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 115 m.w.N.
53 BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 71286, NJW 1997, 513.
54 *Poscher*, RdA 2017, 235, 241.
55 So aber bspw. Maunz/Dürig-*Scholz* Art. 9 Rn. 257.

Koalitionen gegenüber staatlicher Einflussnahme, sondern auf die Abgrenzung der Koalitionsbetätigungsfreiheit gegenüber der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers. Die Koalitionsbetätigung wird zwar durchaus zum Schutz anderer Freiheitsrechte begrenzt, jedoch nicht durch das Begriffspaar Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.[56] Die kollidierenden Grundrechtspositionen werden vielmehr erst als verfassungsimmanente Schranken der Koalitionsfreiheit auf der Rechtfertigungsebene relevant.

Die hier befürwortete Abgrenzung wird auch durch die geschichtliche Entwicklung der Koalitionsfreiheit gestützt. Wie *Kempen*[57] überzeugend darlegt, hat die Formulierung „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" in Art. 9 Abs. 3 GG wie schon in Art. 159 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) einen vorwiegend deskriptiven Charakter. Sie beschreibt die von den Verfassungsgebern jeweils vorgefundene Wirklichkeit. Diese Wirklichkeit war zwar durch bereits geltendes Tarifrecht (durch die Tarifvertragsordnung vom 23.12.1918 und das Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949) vorgeprägt. Dieses Tarifrecht hatte jedoch seinerseits ebenfalls im Wesentlichen die tarifliche Praxis aufgenommen und legalisiert. Die Formulierung ist demzufolge im Ausgangspunkt eine historische Bestandsaufnahme. Die Tragweite der Formulierung lässt sich daher eher aus der historischen Entwicklung der Koalitions- und Tarifpraxis ableiten als aus den Begriffen selbst. In diesem Sinne wird man auch den Hinweis in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung verstehen müssen, wonach bei der Bestimmung der Tragweite der Koalitionsfreiheit die historische Entwicklung zu berücksichtigen ist.[58] Das BVerfG stellt damit weniger auf die Genese des Art. 9 Abs. 3 GG als vielmehr auf die gesamte Entwicklung des Koalitions- und Tarifrechts ab. Dies zeigen schon die Ausführungen zum Schutzbereich in der ersten Entscheidung zu Art. 9 Abs. 3 GG, in denen auf die historische Entwicklung hin zu Tarifverträgen mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit verwiesen wird.[59]

Bei der Interpretation des Begriffspaars Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen muss also berücksichtigt werden, dass die Formulierung in Art. 9 Abs. 3 GG die historischen Bestrebungen, insbesondere der Arbeiterbewegung, im Blick hatte, im Wege einer kollektiven Interessenverfolgung die entgegengesetzten Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Diese Bestrebungen, die staatlicherseits lange Zeit unterbunden wurden und noch im Kaiserreich erheblichen Restriktionen unterlagen, sollten durch Art. 9 Abs. 3 GG wie bereits durch Art. 159 WRV rechtlich

56 I.d.S. auch ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 73.
57 Kempen/Zachert-*Kempen*, Grundl. Rn. 168 ff.
58 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 367 m.w.N.
59 BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106.

geschützt werden. Der Schutz der Koalitionsfreiheit war daher von Anfang an auf die Anerkennung eines autonomen Verfahrens zur kollektiven Verfolgung der gegensätzlichen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgerichtet.[60] Die konkreten Aktionsfelder und Handlungsformen der Koalitionen waren indessen immer von den ökonomischen, technologischen und wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen abhängig. Insofern musste der Schutz der Koalitionsfreiheit daher zwangsläufig so offen sein, dass er eine Anpassung an die ökonomische und gesellschaftliche Wirklichkeit zulässt.[61] Das Begriffspaar Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen muss deshalb auch vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung der Koalitionsfreiheit auf alle Bedingungen bezogen sein, die die entgegengesetzten Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern berühren.

Die vorgeschlagene weite Interpretation des Begriffspaars Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schließt eine Differenzierung zwischen zentralen und weniger zentralen Bedingungen nicht aus. Für eine solche Differenzierung ist jedoch der Schutzbereich des Grundrechts nicht der richtige Anknüpfungspunkt. Der Versuch, bestimmte Materien aus dem Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen heraus zu definieren, soll offenbar dazu führen, dass die betreffenden Materien dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG vollständig entzogen werden. Das wäre aber mit dem Schutzkonzept nicht vereinbar, das den Parteien den Ausgleich aller Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ermöglichen soll. Auf der Rechtfertigungsebene, auf der nach dem hier vertretenen Konzept die Begrenzung erfolgt, sind dagegen einzelfallbezogene ausdifferenzierte Abstufungen möglich. Maßstäbe für eine solche Abstufung finden sich bereits in dem Beschluss des BVerfG vom 24.4.1996 zur Befristung von Arbeitsverträgen mit wissenschaftlichem Personal:

> „Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen. Die sachliche Nähe einer Materie im Bereich von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zur Tarifautonomie wird äußerlich an dem Um-

60 Kempen/Zachert-*Kempen*, Grundl. Rn. 172.

61 Kempen/Zachert-*Kempen*, Grundl. Rn. 170 ff.; diese Entwicklungsoffenheit der Koalitionsfreiheit anerkennend: BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 368.

> fang erkennbar, in dem die Tarifvertragsparteien in der Praxis von ihrer Regelungsmacht Gebrauch machen."[62]

Zusammenfassend lässt sich nach alledem in Bezug auf die Reichweite der Tarifautonomie festhalten, dass die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zwar die äußere Grenze der Tarifautonomie bilden. Praktisch dürfte diese Grenze allerdings selten relevant werden. Ihre Funktion besteht darin, den Bereich abzugrenzen, innerhalb dessen die Koalitionen ihre Angelegenheiten selbstverantwortlich und grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme regeln können. Eine Begrenzung der Reichweite der Tarifautonomie zum Schutz kollidierender Grundrechte (wie bspw. der unternehmerischen Freiheit) wurde in Art. 9 Abs. 3 GG nicht geregelt und kann aus dem Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch nicht abgeleitet werden.

cc) Schutz des Streikrechts als Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Garantie des Streikrechts. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG schützt jedoch Art. 9 Abs. 3 GG Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, jedenfalls soweit sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.[63]

In den jüngsten Kammerbeschlüssen zu den Verfassungsbeschwerden gegen § 11 Abs. 5 AÜG[64] sowie gegen das Urteil des BAG zur Rechtmäßigkeit von Streikmaßnahmen auf dem Betriebsgelände[65] wurde die besondere Bedeutung des Streikrechts für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erstmals konkreter herausgearbeitet.[66] Demnach ist eine eigenständige Lösungsfindung der Koalitionsparteien unabhängig von staatlicher Einflussnahme nur möglich, wenn beide Parteien in der Lage sind, Druck auf die jeweils andere Partei auszuüben.[67] Hierzu bedürfe es auf Seiten der Gewerkschaften des Streiks, um die strukturelle Überlegenheit der Arbeitgeberseite auszugleichen, die auf deren Verfügungsgewalt über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze und dem daraus re-

62 BVerfG 24.04.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, 514.
63 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 116 m.w.N.; 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 131 m.w.N.; 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 14 m.w.N.
64 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186.
65 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118.
66 *Klein*, NJW 2020, 3069 Rn. 19.
67 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 14.

sultierenden Druckpotenzial beruhe.[68] Ohne das Streikrecht oder gleich effektive Eskalationsstufen zur Herstellung von Kompromissbereitschaft seien Kollektivverhandlungen nur „kollektives Betteln".[69] Demgegenüber sei die Arbeitgeberseite nicht in gleicher Weise auf den Einsatz von Arbeitskampfmitteln angewiesen, da sie die Verfügungsgewalt über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze habe und deshalb regelmäßig über erhebliches Druckpotenzial verfüge.[70] Mit diesen Ausführungen wird nicht nur die vom BAG in Anlehnung an *Blanpain* gebrauchte Wendung vom „kollektiven Betteln" in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung übernommen, sondern auch das vom BAG bereits in den Aussperrungsentscheidungen[71] zum Ausdruck gebrachte Paritätsverständnis.[72] Die Arbeitskampfparität hängt nicht davon ab, dass beiden Tarifparteien jeweils ein Arbeitskampfmittel zur Verfügung steht, dass also kollektive Angriffs- und Abwehrinstrumente jeweils in gleichem Umfang verfügbar sind. Vielmehr stellt die Zuerkennung des Streikrechts an die Seite der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Parität erst her, die andernfalls wegen der bestehenden Verfügungsrechte der Arbeitgeber auch in kollektiven Verhandlungen nicht bestünde. Besonderer Abwehrmittel dagegen bedarf die Arbeitgeberseite erst dann, wenn die konkreten Umstände ein Verhandlungsungleichgewicht zu ihren Lasten belegen.

Durch diese Konkretisierung erhält die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht klarere Konturen: Arbeitskampfmaßnahmen sind verfassungsmäßig geschützt, jedenfalls soweit sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Davon ist im Hinblick auf das Streikrecht regelmäßig auszugehen, weil die Gewerkschaft zur Herstellung einer annähernd gleichen Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft ihre strukturelle Verhandlungsschwäche ausgleichen muss, die auf der Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze und dem daraus resultierenden Druckpotential beruht.

b) Grenzen der Tarifautonomie

Das Grundgesetz gewährleistet die Koalitionsfreiheit zwar vorbehaltlos, d.h. ohne Gesetzesvorbehalt, allerdings nicht schrankenlos. Das Grundrecht kann – wie jedes vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht – zugunsten der Grundrechte Dritter sowie sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und

68 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 32; 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 10.
69 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 14.
70 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 32.
71 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1643.
72 *Klein*, NJW 2020, 3069 Rn. 19.

Gemeinwohlbelange eingeschränkt werden.[73] In der Diskussion über Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung werden die Arbeitgebergrundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG als Schranken der Tarifautonomie geltend gemacht. Grundsätzlich können diese Grundrechte als verfassungsimmanente Schranken eine Beschränkung der Tarifautonomie rechtfertigen. Zur Konkretisierung dieser verfassungsimmanenten Schranken bedarf es allerdings auch bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten wie der Koalitionsfreiheit regelmäßig einer gesetzlichen Grundlage.[74] Es ist damit grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, die erforderlichen Beschränkungen vorzunehmen, um die kollidierenden Grundrechte im Sinne des Grundsatzes praktischer Konkordanz in einen schonenden Ausgleich zu bringen.[75]

Eine gesetzliche Begrenzung der Tarifautonomie zugunsten der Grundrechte der Arbeitgeber besteht allerdings nicht. Das Tarifvertragsgesetz enthält keine speziellen Regelungen zum Schutz der Grundrechte vor einer unangemessenen Beeinträchtigung durch die Tarifvertragsparteien, sondern beschränkt sich auf die Bereitstellung eines Tarifvertragssystems, das es den Tarifvertragsparteien ermöglicht, das Arbeitsleben durch unmittelbar und zwingend wirkende Tarifnormen zu ordnen. Es ist daher zunächst zu klären, inwiefern die Arbeitgebergrundrechte die Tarifautonomie auch ohne gesetzliche Grundlage beschränken können, bevor auf den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG näher einzugehen ist.

aa) Beschränkung der Tarifautonomie durch kollidierende Grundrechte

Die Frage nach den aus den Grundrechten folgenden Gestaltungsgrenzen der Tarifvertragsparteien wird verbreitet als Frage der „Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien“[76] diskutiert und zählt zu den umstrittensten Fragen des Tarifrechts. Um sich der Frage zu nähern, ist es sinnvoll, zunächst die Ausgangslage näher zu betrachten. Die Tarifvertragsparteien üben beim Abschluss von Tarifverträgen keine staatlichen Rechtssetzungsbefugnisse aus,[77] sondern ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Eine unmittelbare Grundrechtsbindung

73 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 117 m.w.N.; 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 143 m.w.N.

74 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 154 m.w.N.

75 BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 23; *Spelge* ZTR 2020, 127, 131.

76 Präziser wäre es, von einer Beschränkung der Grundrechtsausübung durch kollidierende Grundrechte zu sprechen, vgl. i.d.S. *Spelge* ZTR 2020, 127, 130.

77 Eine solche Sichtweise lag jedoch der früher verbreitet vertretenen Delegationstheorie zugrunde, siehe dazu die Darstellung und die Nachweise bei Däubler-*Ulber*, TVG, Einl. Rn. 264; JKOS-*Krause*, § 1 Rn. 56.

nach Art. 1 Abs. 3 GG scheidet damit aus.[78] Sollen aus den Grundrechten dennoch Grenzen für die Tarifautonomie abgeleitet werden, ist also zu begründen, warum die Grundrechte dem Handeln der Tarifvertragsparteien Grenzen setzen.

(1) Beschränkung bei der Tarifnormsetzung

Naheliegend ist es, eine Grundrechtsbindung ausgehend vom Rechtsnormcharakter der Tarifnormen zu begründen. Die Tarifvertragsparteien setzen durch den Erlass von Tarifnormen Recht, das für die Tarifgebundenen gemäß § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend gilt. Die Tarifgebundenen haben diese Rechtssetzungsbefugnis durch ihren Koalitionsbeitritt zwar grundsätzlich gebilligt, auf den Inhalt der Tarifnormen haben sie dennoch nur einen sehr begrenzten Einfluss. Vor diesem Hintergrund gehen das BAG und die herrschende Meinung im Schrifttum bei der Tarifnormsetzung zu Recht von einer mittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien aus,[79] wenngleich über deren Herleitung sowie über den anzuwendenden Kontrollmaßstab unterschiedliche Ansichten bestehen.

Das BAG begründet die mittelbare Grundrechtsbindung in seinen jüngeren Entscheidungen mit der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte.[80] Aus dieser folge die Pflicht, die Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung ihrer Freiheitsrechte und einer gleichheitswidrigen Regelbildung auch durch privatautonom legitimierte Normsetzung zu bewahren.[81] Die Gerichte seien aufgrund des Schutzauftrags aus Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet, die Ausübung der Koalitionsfreiheit durch die Tarifvertragsparteien zu beschränken, wenn diese mit den Grundrechten der Normunterworfenen kollidiert.[82]

---

78 BAG 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 77; JKOS-*Krause*, § 1 Rn. 57.

79 Siehe etwa mit ausführlicher Begründung: BAG 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399; 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 32 ff.; 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 18 ff.; dazu: *Spelge* ZTR 2020, 127, 130 ff.; zur Rechtsprechung des BAG siehe auch die ausführliche und nach Senaten gegliederte Übersicht bei Wiedemann-*Jacobs*, Einl. Rn. 301; zur h.M. siehe statt vieler: ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 78; Schaub-*Treber*, § 198 Rn. 6; offengelassen: BVerfG 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04, AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 25; gegen eine Grundrechtsbindung indessen: Wiedemann-*Jacobs*, Einl. Rn. 347 ff., der jedoch den privatautonomen Charakter der Tarifautonomie überbetont und verkennt, dass sich die Tarifvertragsunterworfenen trotz des Kräftegleichgewichts auf kollektiver Ebene in einer Situation der Fremdbestimmung befinden, siehe dazu auch: *Ulber/Klocke* RdA 2021, 178, 185.

80 Siehe z.B. BAG 26.4.2017 – 10 AZR 856/15, NZA-RR 2017, 478 Rn. 29; 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 34; 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 21 ff.; instruktiv zur Dogmatik der BAG-Rechtsprechung: *Spelge* ZTR 2020, 127, 130 ff.

81 BAG 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 35.

82 BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 21.

Die vom BAG bei der Grundrechtsprüfung angelegten Maßstäbe sind nicht einheitlich. Bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) wurde teils davon ausgegangen, dass die bloß mittelbare Bindung an die Grundrechte nicht zu anderen Prüfungsmaßstäben führe als eine unmittelbare Grundrechtsbindung.[83] In den Entscheidungen anderer Senate wurde hingegen der aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien betont und ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz nur angenommen, wenn Gemeinsamkeiten oder Unterschiede nicht berücksichtigt wurden, die bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise hätten beachtet werden müssen.[84]

Im Hinblick auf die Freiheitsrechte hat sich in der Rechtsprechung des BAG generell ein zurückhaltender Kontrollmaßstab durchgesetzt, der den Tarifvertragsparteien größere Handlungsspielräume belässt.[85] Es findet keine Prüfung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz statt.[86] Vielmehr geht es darum, praktische Konkordanz herzustellen.[87] Dabei wird den Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprärogative bezogen auf die tatsächlichen Gegebenheiten, die betroffenen Interessen und die Regelungsfolgen sowie ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelungen zugestanden.[88] Der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien soll erst überschritten sein, wenn die Tarifregelung auch unter Berücksichtigung der Tarifautonomie und der daraus resultierenden Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien die kollidierenden Grundrechte unverhältnismäßig einschränkt.[89]

In der Literatur trifft dieser zurückgenommene Prüfungsmaßstab des BAG bisweilen auf Kritik. Angesichts des Rechtsnormcharakters von Tarifnormen werden beachtliche Gründe für einen differenzierteren Prüfungsmaßstab, insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, geltend gemacht.[90] Dieser Frage muss an dieser Stelle jedoch nicht weiter nachgegangen werden, denn für die Prüfung, inwieweit Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG der tariflichen Rege-

83 So etwa BAG 13.10.2010 – 5 AZR 378/09, AP TVG § 1 Tarifverträge: Verkehrsgewerbe Nr. 18 Rn. 19.
84 So etwa BAG 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 37; 21.9.2010 – 9 AZR 442/09, AP GG Art. 3 Nr. 323 Rn. 27.
85 Siehe etwa BAG 7.6.2006 – 4 AZR 316/05, NZA 2007, 343 Rn. 30; 28.8.2019 – 10 AZR 549/18, NZA 2019, 1732 Rn. 44; 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 26.
86 BAG 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 33.
87 BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 21.
88 BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 26; 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 36.
89 BAG 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 38.
90 Siehe etwa *Schlachter* JbArbR 40 (2003) 51 ff.; ähnlich Däubler-*Ulber*, TVG, Einl. Rn. 370 ff.

lungsbefugnis Grenzen setzen, ist der zurückhaltende Prüfungsmaßstab sachgerecht. Das folgt aus dem Zweck der Garantie der Tarifautonomie, die es den Tarifparteien gerade zur Aufgabe macht, einen Ausgleich herzustellen, mit dem der Berufsfreiheit des Arbeitgebers zum Schutz der strukturell unterlegenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Grenzen gesetzt werden.[91]

Fälle, in denen ein Tarifvertrag bzw. eine Tarifforderung am Maßstab der Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG gemessen wurde, finden sich in der BAG-Rechtsprechung nur vereinzelt.[92] Eine Verletzung der Arbeitgebergrundrechte wurde in keinem Fall angenommen. Auch einen abstrakten Kontrollmaßstab hat das BAG in den Entscheidungen nicht formuliert. Es nimmt aber erkennbar keine strenge Grundrechtsprüfung vor, sondern kontrolliert nur sehr zurückhaltend. So wird mitunter nur sehr grob geprüft, ob die Tarifnormen vernünftig und einleuchtend begründet sind und die Interessen der betroffenen Arbeitgeber hinreichend berücksichtigen.[93] In einer anderen Entscheidung hat das BAG ausgeführt, dass Art. 12 GG „allenfalls Regelungen der Tarifvertragsparteien aus[schließe], die die »eigentliche« Unternehmerfreiheit beschränken".[94]

Überschreitet eine Tarifregelung die aus den kollidierenden Grundrechten folgenden Grenzen, sind die Gerichte nach der Rechtsprechung des BAG verpflichtet, ihnen die Durchsetzung zu verweigern.[95] Das BAG wählt also nicht den Weg, die Tarifregelung für unwirksam zu erklären (bspw. nach § 138 BGB),[96] sondern versagt ihr die gerichtliche Durchsetzung. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfortbildung durch eine Weiterentwicklung der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte.[97] Vorrangig ist jedoch eine verfassungskonforme Auslegung der mit Grundrechten kollidierenden Tarifnorm vorzunehmen.[98]

---

91 Vgl. ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 78; Däubler-*Ulber*, TVG, Einl. Rn. 403.

92 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 100: Tarifsozialplan; 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271: Tarifvertraglich geforderte Zustimmung des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung im MTV Einzelhandel Rheinland-Pfalz; 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778: Übernahme von Auszubildenden; 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, NZA 1990, 850: qualitative Besetzungsregeln; 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886: Zeitzuschläge im Personalbemessungssystem; 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699: Erweiterung der Beteiligung des Betriebsrats bei Einstellungen.

93 BAG 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778, 779.

94 BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271, 274.

95 BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 24 m.w.N.

96 Ob § 138 BGB auf Tarifverträge anwendbar ist, hat das BAG offengelassen, BAG 19.12.2013 – 6 AZR 145/12, AP TVöD § 45 Nr. 1 Rn. 47; eine Anwendung befürwortend: Däubler-*Ulber*, TVG, Einl. Rn. 652; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 597; eine Anwendung ablehnend: *Spelge* ZTR 2020, 127, 133 f.; Wiedemann-*Jacobs*, TVG, Einl. Rn. 567.

97 *Spelge* ZTR 2020, 127, 134.

98 BAG 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 23 m.w.N.

(2) Besonderheiten bei Firmentarifverträgen, firmenbezogenen Verbandstarifverträgen und schuldrechtlichen Vereinbarungen

Der auf den Normcharakter gestützte Begründungsansatz für die mittelbare Grundrechtsbindung trägt nur, sofern die Tarifgebundenen keinen maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt der Tarifnormen haben. Davon kann beim Flächentarifvertrag sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite ausgegangen werden, da die einzelnen Koalitionsmitglieder beim Abschluss eines solchen Tarifvertrags von der Mehrheit der Verbandsmitglieder überstimmt werden können und deshalb regelmäßig keinen maßgeblichen Einfluss auf den Tarifvertragsinhalt haben. Beim Firmentarifvertrag und beim firmenbezogenen Verbandstarifvertrag stellt sich die Situation auf der Arbeitgeberseite indessen anders dar. Ein solcher Tarifvertrag kommt nur mit Zustimmung des betroffenen Arbeitgebers zustande. Für den Firmentarifvertrag folgt dies schon daraus, dass der Arbeitgeber als Vertragspartner selbst eine auf den Tarifvertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgeben muss. Beim Abschluss des firmenbezogenen Verbandstarifvertrags ist die Zustimmung des Arbeitgebers rechtlich zwar nicht erforderlich, da der Verband die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgibt. Faktisch kommt aber auch ein solcher Tarifvertrag regelmäßig nicht ohne die Zustimmung des betroffenen Arbeitgebers zustande.

Die vereinbarten Tarifnormen wirken zwar auch bei Firmentarifverträgen oder firmenbezogenen Verbandstarifverträgen gemäß § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend für den Arbeitgeber. Daraus folgt für ihn jedoch keine Fremdbestimmung, da er den Inhalt der Normen durch seine Zustimmung unmittelbar legitimiert hat.[99] Dasselbe gilt bei schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeber. Eine Prüfung des Vertragsinhalts an den Grundrechten des Arbeitgebers muss in diesen Fällen regelmäßig ausscheiden. Die in einem solchen Vertrag vereinbarten Regelungen, etwa in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen, sind nicht Grundrechtseingriff, sondern Grundrechtsausübung.[100] Die mit den Verträgen verbundenen Bindungen sind Ausfluss des Grundsatzes pacta sunt servanda. Wer in Ausübung seiner Freiheit Verträge schließt, geht rechtliche Bindungen ein und schränkt seine Freiheit dadurch bewusst ein.[101] Anlass für eine Kontrolle am Maßstab der Grundrechte besteht deshalb in der Regel nicht. Nur wenn es beim Abschluss des Vertrages an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, lässt sich auf Grundlage der aus den Grundrechten folgenden

99 I.d.S. auch Däubler-*Ulber*, TVG, Rn. 418.

100 Vgl. Däubler-*Ulber*, TVG, Einl. Rn. 492; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 66.

101 Ebenso *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 90 f.

Schutzpflichten ausnahmsweise eine mittelbare Wirkung der Grundrechte begründen.[102] Davon wird bei Verträgen zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber kaum auszugehen sein. Die Arbeitgeberseite besitzt aufgrund ihrer Verfügungsgewalt über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze regelmäßig ein erhebliches Druckpotenzial.[103] Das wird gerade bei den hier in Rede stehenden Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung deutlich. Anlass für solche Vereinbarungen sind zumeist Ankündigungen des Arbeitgebers, einen Standort zu schließen oder zu verlagern, einen Betrieb oder Betriebsteil zu veräußern oder ähnliche Maßnahmen zu ergreifen.[104] Als Gegenleistung für die Zusage einer Standort- oder Beschäftigungssicherung wird in diesen Fällen regelmäßig eine (vorübergehende) Absenkung tarifvertraglicher Standards vereinbart. Das Druckpotenzial des Arbeitgebers ist folglich so erheblich, dass die Gewerkschaft bereit ist, einer Verschlechterung der in ungekündigten Tarifverträgen geregelten Arbeitsbedingungen zuzustimmen. Auch zu Kampfmaßnahmen wird die Gewerkschaft ihre Mitglieder in einer solchen Lage regelmäßig nur motivieren können, wenn sie glaubhaft vermittelt, die Arbeitsplätze nicht zusätzlich zu gefährden. Von einer Störung des Kräftegleichgewichts wird daher eher zuungunsten der Gewerkschaft auszugehen sein. Vor diesem Hintergrund kann auch allein der Umstand, dass der Vertragsschluss unter Streikdruck oder Streikdrohung zustande kam, für die Annahme eines Kräfteungleichgewichts nicht genügen, denn durch den Streik wird in einer solchen Situation überhaupt erst ein Kräftegleichgewicht hergestellt.[105]

(3) Beschränkung der Ausübung der Koalitionsfreiheit bei der Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen

Die Erkenntnis, dass der Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung eines Tarifvertrags regelmäßig keine Überprüfung des Vertragsinhalts am Maßstab der Grundrechte rechtfertigt, bedeutet jedoch nicht, dass den Grundrechten bei der rechtlichen Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen keine Bedeutung zukommt. Die rechtliche Ausgangssituation ist hier jedoch eine andere. Übereinstimmung besteht zunächst noch dahingehend, dass die Koalitionen ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ausüben und nicht unmittelbar nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte der jeweils anderen Seite gebunden sind. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch auf einfachgesetzlicher Ebe-

102 Vgl. dazu grundlegend zu den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates im Privatrechtsverhältnis: BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 (*Handelsvertreter*), BVerfGE 81, 242; 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 (*Bürgschaftsvertrag*), BVerfGE 89, 214; siehe zuletzt auch zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht: BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (*Stadionverbot*), NJW 2018, 1667 Rn. 33.

103 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 32.

104 Vgl. Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 887.

105 Siehe dazu bereits unter B.I.1.a)cc); siehe ferner unter C.III.1.a)bb).

ne. Arbeitskampfmaßnahmen, insbesondere Streiks, fallen regelmäßig in den Anwendungsbereich verschiedener Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts: So können sie etwa als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB oder als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB Schadensersatzansprüche auslösen. Analog §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB könnte der Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch geltend machen. Außerdem könnte er den streikbeteiligten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wegen einer Verletzung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten Abmahnungen und Kündigungen aussprechen. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften stünden dem Arbeitgeber demnach hinreichende Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung, um auf eine Beeinträchtigung seiner Rechte zu reagieren. Die zivilrechtlichen Bestimmungen setzen jedoch (explizit oder implizit) voraus, dass die Arbeitskampfmaßnahmen rechtswidrig sind. Da es an einem einfachgesetzlichen Rahmen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen fehlt, hat das BAG im Wege richterlicher Rechtsfortbildung – mit verfassungsgerichtlicher Billigung[106] – Arbeitskampfregeln entwickelt.[107] Bei dieser richterlichen Rechtsfortbildung, bei der die Koalitionsfreiheit als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die – einfachgesetzlich wie auch grundrechtlich geschützten – Rechtspositionen der Arbeitgeber wirkt, sind die kollidierenden Grundrechte nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zur Geltung zu bringen.[108] Die Arbeitgebergrundrechte entfalten demnach über die den richterrechtlichen Arbeitskampfregeln zugrundeliegende Grundrechtsabwägung auch im Arbeitskampfrecht eine mittelbare Wirkung; sie sind bei dessen Weiterentwicklung zu berücksichtigen und mit der Koalitionsfreiheit in einen schonenden Ausgleich zu bringen.

bb) Unternehmerische Freiheit als Grenze der Tarifautonomie

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die freie Berufswahl und Berufsausübung als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit.[109] Geschützt wird ebenso die negative Freiheit, keinen Beruf auszuüben oder einen Beruf aufzugeben.[110] Den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG können auch juristische Personen beanspruchen, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offensteht.[111] Im Hinblick auf die Schutzintensität ergibt sich nach der

106 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809, 810; 7.4.2020 – 1 BvR 2674/15, NZA 2020, 667 Rn. 14.

107 Vgl. Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 8 f.; zu den Regeln im Einzelnen siehe unter B.I.3.

108 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 9; BAG 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, NZA 2019, 402 Rn. 20.

109 BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 402.

110 BVerfG 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, BVerfGE 58, 358, 364; ErfK-*Schmidt*, GG Art. 9 Rn. 10.

111 BVerfG 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, NJW 2014, 613 Rn. 59 m.w.N.

Rechtsprechung des BVerfG eine Abstufung (sog. „Stufentheorie"):[112] Beschränkungen der Berufsausübung sind danach zulässig, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen. Demgegenüber sind Beschränkungen der Berufswahl nur zu rechtfertigen, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter sie zwingend erfordert. Eine Beschränkung der Berufswahl ist bei einer juristischen Person nur anzunehmen, wenn sie in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen.[113] Ist diese Schwelle nicht erreicht, liegt nur eine Beschränkung der Berufsausübung vor.

Der Schutz der Berufsfreiheit erstreckt sich auch auf die Unternehmerfreiheit im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen.[114] Ausgehend von dem personalen Grundzug der Berufsfreiheit hat das BVerfG jedoch klargestellt, dass der Schutz je nach Unternehmensgröße unterschiedlich sein kann. In seinem Mitbestimmungsurteil vom 1.3.1979 führt es diesbezüglich aus:

> „Wahrnehmung von Unternehmerfreiheit ist sowohl die Gründung und Führung eines Kleinbetriebs oder Mittelbetriebs als auch die Tätigkeit eines Großunternehmens. Während sich bei den ersten der personale Grundzug des Grundrechts auch im wirtschaftlichen Bereich voll verwirklicht, geht dieser bei Großunternehmen nahezu gänzlich verloren; er mag sich noch bei einem maßgebenden Anteilseigner finden, vor allem wenn dieser, wie bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich, zugleich in der Leitung des Unternehmens tätig ist. Davon abgesehen ist indessen Unternehmerfreiheit im Fall von Großunternehmen nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern grundrechtliche Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichen […]; dies namentlich in einer Wirtschaft, in der, wie in der Bundesrepublik, die Konzentration weit fortgeschritten ist […]. Diese Sachlage kann indessen nicht dazu führen, Unternehmerfreiheit auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken: Großunternehmen und auch Konzerne sind wesentliche Elemente einer hochentwickelten und leistungsfähigen Volkswirtschaft […]. Sie ist jedoch für den Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers von Bedeutung."[115]

112 Grundlegend: BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377.
113 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 364.
114 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 363.
115 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 363 f.

Weiter wird im Hinblick auf die dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen, die in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, ausgeführt:

> „Insoweit entspricht die Rechtslage derjenigen der Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG […]: Angesichts der Größe der dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen fehlt deren Berufsfreiheit weitgehend der personale Grundzug, der den eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts ausmacht. Die Grundrechtsträger können die verbürgte Freiheit nur mit Hilfe anderer, der Arbeitnehmer, wahrnehmen, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind. Schon insoweit steht ihre Freiheit in »einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion«; davon abgesehen können die über das Unternehmen hinausreichenden Auswirkungen der Wahrnehmung dieser Freiheit nicht außer Betracht bleiben. Wird weiterhin berücksichtigt, dass die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG funktionell aufeinander bezogen sind, so kann die verfassungsrechtliche Beurteilung, auch wenn sie sich nach den zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelten Regeln zu richten hat, im Prinzip keine andere sein als die zu Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dargelegte[.]“[116]

Das BVerfG erkennt also für die unternehmerische Freiheit eine vergleichbare Sozialbindung an, wie sie für das Eigentumsgrundrecht in Art. 14 Abs. 2 GG ausdrücklich vorgesehen ist. Von einer solchen Sozialbindung geht erkennbar auch das BAG aus. Es hat sich zum Verhältnis von unternehmerischer Freiheit und Tarifautonomie insbesondere in seinem Urteil zur tariflichen Regelbarkeit von Zeitzuschlägen in einem Personalbemessungssystem geäußert:

> „Das Grundgesetz gewährleistet den Kernbereich der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 und die Unternehmensautonomie als Teil der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1. Deshalb darf weder die Unternehmensautonomie noch die Tarifautonomie so ausgeübt werden, dass die andere leerläuft. Vielmehr sind diese Grundrechtsgewährleistungen so auszudeuten, dass beide jeweils bestmöglich wirksam werden […]. Die Unternehmensautonomie wäre nur unzureichend beachtet, wenn ihr die Tarifautonomie keinerlei tariffreien Betätigungsbereich lassen würde. Deshalb kann der Tarifautonomie nicht entnommen werden, dass sämtliche unternehmerische Entscheidungen tarifvertraglich geregelt werden können. Als kollektives Arbeitnehmerschutzrecht ge-

116 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 364 f.

> genüber der Unternehmensautonomie kann eine tarifliche Regelung nur dort eingreifen, wo eine unternehmerische Entscheidung diejenigen rechtlichen, wirtschaftlichen oder 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 […]."[117]

Das BAG erkennt folglich zwar an, dass Entscheidungen über Investitionen, Produktion und Vertrieb grundsätzlich der unternehmerischen Freiheit unterliegen, es schränkt diesen Grundsatz jedoch zugleich für diejenigen Fälle ein, in denen sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen. In welchen Fällen von einer solchen Untrennbarkeit der wirtschaftlichen und sozialen Seite einer unternehmerischen Maßnahme auszugehen ist, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen.[118]

cc) Eigentumsgarantie als Grenze der Tarifautonomie

Gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG wird das Eigentum gewährleistet. Nach der Rechtsprechung des BVerfG fallen unter den Schutz der Eigentumsgarantie grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die den Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen

117 BAG 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886, 889.

118 *Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? (HSI-SR Bd. 16), 33 f.

Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben dürfen.[119] Ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb und damit das Unternehmen in seiner Gesamtheit als eigenständige Eigentumsposition geschützt ist, hat das BVerfG bislang ausdrücklich offen gelassen.[120] Der Schutz des Gewerbebetriebs könne aber jedenfalls nicht weitergehen als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlagen, d.h. die einzelnen Güter und Rechte des Unternehmens, genießen.[121] Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, die geschützten vermögenswerten Rechte innezuhaben, zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfügen.[122]

Die Schutzbereiche der beiden für das Wirtschaftsleben zentralen Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG berühren sich vielfach. Für die Abgrenzung wird verbreitet auf die Faustformel zurückgegriffen, dass die Berufsfreiheit den Erwerb schützt, während die Eigentumsgarantie das Erworbene sichert.[123]

Der Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG.[124] Dieser Zusammenhang führt nach der Rechtsprechung des BVerfG zu folgender Differenzierung: Soweit die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen betroffen ist, besteht ein besonders ausgeprägter Schutz.[125] Je mehr das Eigentum in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht, desto weitergehenden Beschränkungen kann es unterworfen werden, da das aus Art. 14 Abs. 2 GG folgende grundgesetzliche Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung die Rücksichtnahme auf Nichteigentümer gebietet, die ihrerseits zu ihrer Freiheitssicherung auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen sind.[126] Eine Grenze der Sozialbindung bildet die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG insoweit, als dass Zuordnungsverhältnisse und Substanz des Eigentums erhalten bleiben müssen.[127]

---

119 BVerfG 8.5.2012 – 1 BvR 1065/03, NZA 2012, 905 Rn. 41 m.w.N.

120 BVerfG 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246 Rn. 240 m.w.N.; 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 86; befürwortend: BeckOK GG-*Axer*, 46. Ed. 15.2.2021, GG Art. 14 Rn. 52.

121 BVerfG 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 86.

122 BVerfG 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, NJW 2006, 1191 Rn. 33 m.w.N.; 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, NJW 2020, 2953 Rn. 39.

123 Etwa BVerfG 8.6.2010 – 1 BvR 2011, 2959/07, NVwZ 2010, 1212 Rn. 84.

124 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 340.

125 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 340; 15.10.1996 – 1 BvL 44/92, NJW 1997, 722, 723; 15.9.2011 – 1 BvR 2232/10, NVwZ 2012, 429 Rn. 36.

126 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 340; 9.10.1991, 1 BvR 227/91, NJW 1992, 361 f.; 15.10.1996, 1 BvL 44/92, NJW 1997, 722, 723.

127 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 341; 9.10.1991, 1 BvR 227/91, NJW 1992, 361, 362.

Im Verhältnis zu Art. 12 Abs. 1 GG dürfte sich aus Art. 14 Abs. 1 GG wegen der Sozialbindung der Eigentumsgarantie regelmäßig kein weitergehender Schutz ergeben.[128]

2. Tarifvertragsrecht

Das Tarifvertragsgesetz setzt den aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Verfassungsauftrag um, den Koalitionen ein gesetzlich geregeltes und geschütztes Tarifvertragssystem zur Verfügung zu stellen.[129] Nach § 1 Abs. 1 TVG regelt der Tarifvertrag die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung können grundsätzlich sowohl im schuldrechtlichen Teil als auch im normativen Teil eines Tarifvertrages getroffen werden. Ob es sich bei einer Regelung in einem Tarifvertrag um eine Rechtsnorm oder um eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien handelt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung des BAG sind hierbei die allgemeinen Regeln zur Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) maßgeblich.[130] Um welche Art von Rechtsnorm es sich handelt, ist indessen unter Berücksichtigung des für die Tarifauslegung maßgebenden tariflichen Gesamtzusammenhangs zu beurteilen.[131]

a) Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen

Inhaltsnormen können alle Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zum Gegenstand haben, die auch Inhalt eines Arbeitsverhältnisses sind.[132] Demgegenüber regeln Abschlussnormen das Zustandekommen neuer Arbeitsverträge sowie die Wiederaufnahme alter oder die Fortsetzung unterbrochener Arbeitsverträge.[133] Sie sind also auf die vorvertragliche Rechtsbeziehung zwischen den künftigen Arbeitsvertragsparteien gerichtet und enthalten Voraussetzungen und Modalitäten für die (Wieder-) Begründung des Arbeitsverhältnisses.[134] Zu den Abschlussnormen gehören insbesondere Abschlussgebote, Abschlussverbote oder Formvorschriften.[135] Gegenstand von Beendigungsnor-

128 So im Zusammenhang mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch: BVerfG 14.3.2006 – 1 BvR 2087/03, BVerfGE 115, 205 Rn. 137.

129 Siehe dazu bereits unter B.I.1.a)aa).

130 BAG 14.4.2004 – 4 AZR 232/03, NZA 2005, 178; a.A. Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1125: Heranziehung der Grundsätze für die Gesetzesauslegung.

131 BAG 7.11.1995 – 3 AZR 676/94, NZA 1996, 1214, 1215; 22.2.2012 – 4 AZR 527/10, AP TVG § 3 Nr. 52 Rn. 33.

132 ErfK-*Franzen*, TVG, § 1 Rn. 41; Däubler-*Nebe*, TVG, § 1 Rn. 320.

133 ErfK-*Franzen*, TVG, § 1 Rn. 43; Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 1088.

134 Däubler-*Nebe*, TVG, § 1 Rn. 321.

135 Siehe im Einzelnen: Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 1088 ff.

men ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sei es durch Kündigung oder aufgrund anderer tatbestandlich fixierter Umstände.[136] Zu den Beendigungsnormen gehören auch Regelungen, die das Recht zur Kündigung einschränken oder ausschließen.[137]

Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen gelten gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TVG für alle Tarifgebundenen, die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen, unmittelbar und zwingend. Die unmittelbare Wirkung hat zur Folge, dass die Tarifnormen die Rechtsbeziehungen der tarifunterworfenen Arbeitsvertragsparteien gestalten, ohne dass es eines weiteren Umsetzungsakts (etwa einer Bezugnahme im Arbeitsvertrag) bedarf.[138] Die Tarifnormen wirken also wie Gesetze normativ auf das Arbeitsverhältnis ein. Aufgrund der zwingenden Wirkung ist eine individualvertragliche Abweichung von den Tarifnormen grundsätzlich unzulässig. § 4 Abs. 3 TVG sieht von diesem Grundsatz allerdings zwei wichtige Ausnahmen vor: Abweichende Abmachungen sind zulässig, soweit sie entweder durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten („Günstigkeitsprinzip"). Inhalts-, Abschluss und Beendigungsnormen begründen also unmittelbar Rechte und Pflichten für die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien, von denen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann, sofern der Tarifvertrag dies nicht vorsieht.

Die tariflichen Rechte, die sich aus Inhalts-, Abschluss- oder Beendigungsnormen ergeben, müssen in der Regel individuell von den Normadressaten geltend gemacht und gegebenenfalls arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden. Der Betriebsrat hat jedoch gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden Tarifverträge durchgeführt werden. Zudem kann er die Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn diese gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag verstoßen würde (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Die Gewerkschaft kann nur beim Firmentarifvertrag unmittelbar gegen den Arbeitgeber Klage auf Erfüllung des Tarifvertrags gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern erheben, da der Arbeitgeber in diesem Fall als Vertragspartner gegenüber der Gewerkschaft schuldrechtlich zur Durchführung des Tarifvertrags verpflichtet ist.[139] Bei einem Verbandstarifvertrag besteht eine solche schuldrechtliche Pflicht des tarifgebundenen Arbeitgebers gegenüber der Gewerkschaft nicht.[140] Der Gewerkschaft bleibt daher nur die wenig erfolgsver-

136 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 1099.
137 BAG 27.9.2001 – 6 AZR 404/00, EzA § 1 TVG Nr. 44.
138 Däubler-*Deinert/Wenckebach*, TVG, § 4 Rn. 500.
139 Kempen/Zachert-*Stein*, TVG, § 4 Rn. 246.
140 Kempen/Zachert-*Stein*, TVG, § 4 Rn. 247.

sprechende[141] Möglichkeit der Klage gegen den vertragsschließenden Arbeitgeberverband, die darauf gerichtet ist, dass dieser auf seine Mitglieder dahingehend einwirkt, dass sie den Tarifvertrag einhalten (Einwirkungsklage).[142] Der Gewerkschaft kann gegen den einzelnen Arbeitgeber jedoch analog §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen tarifwidrige betriebliche Regelungen zustehen.[143] Dazu genügt aber nicht jedes tarifwidrige Verhalten; erforderlich ist vielmehr ein Verhalten, das darauf gerichtet ist, die Wirkung des Tarifrechts zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen.

b) Betriebliche Normen

Rechtsnormen, die betriebliche Fragen ordnen (Betriebsnormen), gelten gemäß § 3 Abs. 2 TVG für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Es bedarf für die Geltung der Tarifnormen also anders als bei Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen keiner beiderseitigen Tarifgebundenheit. Hinsichtlich der Wirkung von Betriebsnormen gilt § 4 Abs. 1 S. 1 TVG gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 TVG entsprechend. Die rechtsdogmatische Einordnung der Betriebsnormen, insbesondere ihrer Wirkung gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ist seit jeher umstritten.[144] Teils wird in § 3 Abs. 2 TVG die Anordnung einer Geltungserstreckung im Sinne einer betrieblichen Allgemeinverbindlichkeitserklärung für alle Arbeitsverhältnisse gesehen.[145]

Die gesetzlichen Regelungen sprechen jedoch für die von *Dieterich*[146] entwickelte Anknüpfung an die privatautonome Organisationshoheit des Arbeitgebers in Fragen der Betriebsgestaltung.[147] Betriebsnormen binden danach nur den Arbeitgeber und entfalten ihre unmittelbare Wirkung außerhalb des Arbeitsverhältnisses.[148] Für einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer begründen sie weder Rechte noch Pflichten, sondern wirken sich allenfalls reflexartig aus.[149] Dieses Verständnis folgt unmittelbar aus den einschlägigen ge-

141 Siehe dazu sehr kritisch: *Buchner*, DB 1992, 572 ff.

142 Dazu BAG 9.6.1982 – 4 AZR 274/81, AP TVG § 1 Durchführungspflicht Nr. 1; 3.2.1988 – 4 AZR 513/87, AP TVG § 1 Tarifverträge: Druckindustrie Nr. 20.

143 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 (*Burda*), NZA 1999, 887; 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169.

144 Zum Streitstand etwa: JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 54 ff.

145 Kempen/Zachert-*Kempen*, TVG, § 3 Rn. 24; Henssler/Moll/Bepler-*Höpfner*, Teil 6 Rn. 94 m.w.N.; NK-GA-*Krois*, TVG § 3 Rn. 77 m.w.N.; Wiedmann-*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 716; Däubler-*Lorenz*, TVG, § 3 Rn. 60.

146 *Dieterich* in: FS Däubler, S. 451, 458 f.

147 Ebenso JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 57; Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 961.

148 *Dieterich* in: FS Däubler, S. 451, 458 f.; ebenso JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 57; Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 961.

149 JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 57; Thüsing/Braun-*Wißmann*, 4. Kap. Rn. 113.

setzlichen Bestimmungen:[150] Gemäß § 3 Abs. 2 TVG gelten Betriebsnormen für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Die Vorschrift regelt nicht – wie die Überschrift des § 3 TVG vermuten lässt – die Tarifgebundenheit, sondern die Normgeltung. Die nach § 3 Abs. 2 TVG für die Normgeltung erforderliche Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ergibt sich auch für Betriebsnormen ausschließlich aus § 3 Abs. 1 TVG. Die Normgeltung wird in § 3 Abs. 2 TVG nur für den Betrieb und nicht für das Arbeitsverhältnis angeordnet. § 3 Abs. 2 TVG enthält also keine Geltungserstreckung im Sinne einer betrieblichen Allgemeinverbindlicherklärung, sondern eine einseitige Verpflichtung des Arbeitgebers. Auch aus § 4 Abs. 1 S. 2 TVG, wonach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG für Betriebsnormen entsprechend gilt, folgt keine weitergehende Geltungserstreckung. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG gelten die Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen eines Tarifvertrags unmittelbar und zwingend für die beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Die Vorschrift regelt also erstens die Geltung der genannten Tarifnormen für die Tarifgebundenen und zweitens deren unmittelbare und zwingende Wirkung. Da die Normgeltung für die Betriebsnormen bereits in § 3 Abs. 2 TVG geregelt wird, kann sich die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 1 S. 1 TVG für Betriebsnormen nur auf den zweiten Aspekt, also die unmittelbare und zwingende Wirkung, beziehen.[151] § 4 Abs. 1 S. 2 TVG erweitert die in § 3 Abs. 2 TVG geregelte Geltung der Betriebsnormen nicht, sondern konkretisiert diese lediglich dahingehend, dass die Normen unmittelbar und zwingend gelten.

Auch das BAG geht nicht von einer Geltung der Betriebsnormen im Arbeitsverhältnis aus. Es nimmt an, dass Betriebsnormen das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft als Kollektiv normativ regeln und die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern hiervon allenfalls mittelbar betroffen sind.[152] Es greift damit auf ein dogmatisch fragwürdiges[153] kollektives Rechtsverhältnis jenseits des individuellen Arbeitsverhältnisses und des zwischen den Betriebsparteien bestehenden Rechtsverhältnisses zurück, das zur Klärung von rechtlichen Folgefragen kaum einen Beitrag zu leisten vermag. Eines solchen Rechtsverhältnisses bedarf es zur Begründung der Wirkung der Betriebsnormen nicht. Betriebsnormen gelten für die Betriebe tarifgebundener Arbeitgeber unmittelbar und zwingend und binden damit den Arbeitgeber als objekti-

150 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 961.

151 Ebenso: JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 57; Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 961; a.A. Däubler-*Deinert/Wenckebach*, TVG, § 4 Rn. 542, Henssler/Moll/Bepler-*Höpfner*, Teil 6 Rn. 94; NK-GA-*Krois*, TVG § 3 Rn. 77.

152 BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 7 Rn. 24; 22.2.2012 – 4 AZR 527/10, AP TVG § 3 Nr. 52 Rn. 33.

153 Kritisch auch NK-GA-*Krois*, TVG § 3 Rn. 77.

ves Recht.[154] Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse entfalten sie erst über die Organisationsrechte des Arbeitgebers.

Zur Abgrenzung möglicher Regelungsgegenstände von Betriebsnormen hat die Rechtsprechung zunächst vor allem das Erfordernis einer einheitlichen Gestaltung herangezogen:

> „Immer dann, wenn eine Regelung nicht Inhalt eines Individualarbeitsvertrags sein kann, handelt es sich um Betriebsnormen und nicht um Inhalts- oder Abschlussnormen. Dabei ist das Nichtkönnen nicht im Sinne einer naturwissenschaftlichen Unmöglichkeit zu verstehen, da theoretisch fast jede Sachmaterie als Arbeitsbedingung im Arbeitsvertrag geregelt werden kann (z.B. sogar auch die Voraussetzungen für die Benutzung einer Kantine). […] Es muss für die Annahme von Betriebsnormen ausreichen, wenn eine individualvertragliche Regelung wegen evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit ausscheidet."[155]

In inzwischen ständiger Rechtsprechung wird dieses Kriterium durch den Versuch einer Bestimmung des gegenständlichen Regelungsbereichs ausgehend vom Gesetzeswortlaut ergänzt:

> „Bei der näheren Bestimmung dieses Normtyps ist auszugehen von dem in § 3 Abs. 2 TVG verwandten Begriff der »betrieblichen Fragen«. Dies sind nicht etwa alle Fragen, die im weitesten Sinne durch die Existenz des Betriebes und durch die besonderen Bedingungen der betrieblichen Zusammenarbeit entstehen können. Gemeint sind vielmehr nur solche Fragen, die unmittelbar die Organisation und Gestaltung des Betriebes, also der Betriebsmittel und der Belegschaft, betreffen […]. Diese Umschreibung markiert zwar keine scharfe Grenze, sie verdeutlicht aber Funktion und Eigenart der Betriebsnormen i.S.v. § 3 Abs. 2 TVG […]. Betriebsnormen regeln normativ das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft als Kollektiv, hingegen nicht die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern, die hiervon allenfalls mittelbar betroffen sind […]."[156]

Zudem wird in der jüngeren Rechtsprechung teils auf die Beschränkung der Organisationsgewalt des Arbeitgebers abgestellt:

---

154 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 964; i.d.S. auch Kempen/Zachert-*Stein*, § 4 Rn. 10.

155 BAG 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, AP GG Art. 9 Nr. 57.

156 BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 7 Rn. 24; 22.2.2012 – 4 AZR 527/10, AP TVG § 3 Nr. 52 Rn. 33; 8.12.2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 Rn. 37.

> „Betriebsnormen sollen als kollektive privatautonome Tarifregelungen die Organisationshoheit des einzelnen Arbeitgebers steuern […] und gehen über die Inhaltsbestimmung des einzelnen Arbeitsverhältnisses hinaus."[157]

Ferner hat das BAG klargestellt, dass eine Betriebsnorm voraussetzt, „dass sie eine normative Regelung enthält, die eine über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausgehende unmittelbare und zwingende Geltung auch gegenüber den Arbeitnehmern beansprucht".[158] Letzteres steht in einem gewissen Widerspruch zu der – in demselben Urteil – getroffenen Aussage, dass Betriebsnormen die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und einzelnen Arbeitnehmern nicht regeln, sondern allenfalls mittelbar betreffen. Wie sich aus der darauffolgenden Randnummer ergibt, ist aber offenbar nicht die unmittelbare und zwingende Wirkung gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern gemeint, sondern „eine normative Regelung, die das betriebliche Rechtsverhältnis unmittelbar und zwingend gestaltet"[159]. Hierin liegt das maßgebliche Abgrenzungsmerkmal zu schuldrechtlichen Vereinbarungen, die lediglich Pflichten gegenüber der anderen Tarifvertragspartei begründen.

Da Betriebsnormen für die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keine Rechte begründen, können sie nicht individuell eingeklagt werden. Ihre Durchsetzung kann nur durch den Betriebsrat oder die Gewerkschaft erfolgen. Dem Betriebsrat stehen hierzu sein Überwachungsrecht gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und seine Beteiligungsrechte, insbesondere gemäß §§ 87, 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, zur Verfügung.[160] Die Gewerkschaft kann bei einem Firmentarifvertrag unmittelbar gegen den Arbeitgeber Klage auf Erfüllung des Tarifvertrags erheben, da dieser ihr gegenüber als Vertragspartner schuldrechtlich zur Durchführung des Tarifvertrags verpflichtet ist.[161] Nach den Grundsätzen der *Burda*-Entscheidung[162] kommt zudem ein Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegenüber dem einzelnen tarifuntreuen Arbeitgeber in Betracht, wenn dieser Betriebsnormen aus einem Verbandstarifvertrag nicht einhält. Zwar wird auch hier nicht jede Verletzung einer Betriebsnorm genügen. Verliert die Betriebsnorm durch das tarifwidrige Verhalten jedoch ihre kollektive Funktion, muss der Gewerkschaft ein Unterlassungsanspruch wegen Beein-

157 BAG 22.2.2012 – 4 AZR 527/10, AP TVG § 3 Nr. 52 Rn. 33; i.d.S. auch bereits BAG 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, AP GG Art. 9 Nr. 56.

158 BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808 Rn. 28; i.d.S. auch bereits BAG 1.8.2001 – 4 AZR 388/99, AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 5.

159 BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808 Rn. 29.

160 *Dieterich* in: FS Däubler S. 451, 459 f.; Wiedemann-*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 715; MHdBArbR-*Klumpp*, § 240 Rn. 17.

161 Kempen/Zachert-*Stein*, TVG, § 4 Rn. 246.

162 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 (*Burda*), NZA 1999, 887; 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169.

trächtigung der Koalitionsfreiheit (analog §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG) zustehen.

c) Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen können sich einerseits auf betriebsverfassungsrechtliche Verfahrens- und Organisationsfragen und andererseits auf die Rechte der betrieblichen Interessenvertretung beziehen.[163] Dabei können durch Tarifvertrag die gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretung erweitert werden.[164] Möglich ist u.a. eine gegenständliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, etwa durch die Erstreckung der Mitbestimmung auf die Dauer der Arbeitszeit, wie sie die Metall-Tarifverträge in den 1980er-Jahren nach dem sog. „Leber-Kompromiss“[165] vorsahen.[166] Auch ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Verkürzung der Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit zum Zwecke der Beschäftigungssicherung kann tarifvertraglich vorgesehen werden.[167] In einem solchen Fall kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber bis zum Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens die Unterlassung betriebsbedingter Kündigungen verlangen.[168] Ebenso kann durch Tarifvertrag das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Falle betriebsbedingter Kündigungen gestärkt werden und bspw. vorgesehen werden, dass der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen ordentlich nur mit der Zustimmung des Betriebsrats kündigen darf.[169] Der Arbeitgeber muss jedoch die Möglichkeit haben, gegen die ablehnende Entscheidung des Betriebsrats vorzugehen, sei es durch eine Einigungsstelle, eine tarifliche Schlichtungsstelle oder den direkten Zugang zum Arbeitsgericht.[170] Letzteres gilt jedoch nicht, wenn ein Tarifvertrag ordentliche betriebsbedingte Kündigungen ausschließt und nur ausnahmsweise mit Zustimmung des Betriebsrats zulässt.[171] In einem solchen Fall handelt es sich nicht um eine betriebsverfassungsrechtliche Norm, sondern um eine Beendigungsnorm. Die Regelung zielt nicht auf die Erweiterung der Rechte des Betriebsrats, sondern definiert

163 ErfK-*Franzen*, TVG § 1 Rn. 48.

164 BAG 8.10.1959 – 2 AZR 503/56, AP BetrVG 1952 § 56 Nr. 14; 24.9.1959 – 2 AZR 28/87, AP BGB § 611 Akkordlohn Nr. 11; 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23; 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 53; 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, AiB 2001, 739; 5.10.2000 – 1 ABR 14/00, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 67; 24.8.2004 – 1 ABR 28/03, AP BetrVG 1972 § 98 Nr. 12; ebenso die h.M., siehe zum Streitstand: Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 970 m.w.N.

165 Siehe dazu Däubler-*Heuschmid/Klug*, TVG, § 1 Rn. 633 ff.

166 BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 23.

167 LAG Hamburg 24.6.1997 – 3 TaBV 4/97, AiB 1998, 226; ArbG Bremen 25.11.2009 – 12 BVGa 1204/09, AiB 2010, 622.

168 LAG Hamburg 24.6.1997 – 3 TaBV 4/97, AiB 1998, 226; ArbG Bremen 25.11.2009 – 12 BVGa 1204/09, AiB 2010, 622.

169 BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, AiB 2001, 739 m.w.N.; 24.2.2011 – 2 AZR 830/09, NZA 2011, 708 Rn. 21 m.w.N.

170 BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, AiB 2001, 739.

171 BAG 24.2.2011 – 2 AZR 830/09, NZA 2011, 708; siehe dazu Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 1005.

mit dem Zustimmungserfordernis eine Voraussetzung für eine Ausnahme vom ansonsten geltenden Kündigungsausschluss.

Tarifnormen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen gelten gemäß § 3 Abs. 2 TVG für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Normadressaten sind wie bei Betriebsnormen nicht die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.[172] Geregelt wird allein das Rechtsverhältnis zwischen den Organen der betrieblichen Mitbestimmung und dem Arbeitgeber. Mittelbare Auswirkungen für die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sich jedoch dadurch ergeben, dass die Betriebsparteien auf Grundlage der tariflich geregelten Mitbestimmungsrechte Betriebsvereinbarungen schließen, die gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG im Betrieb unmittelbar und zwingend für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten. Diese betrieblichen Regelungen erhalten ihre Rechtswirkung aber kraft Gesetzes und nicht durch den Tarifvertrag.

d) Schuldrechtliche Vereinbarungen

Tarifverträge enthalten nicht nur Rechtsnormen, sondern regeln in ihrem schuldrechtlichen Teil auch die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien (vgl. § 1 Abs. 1 TVG). Zum möglichen Inhalt des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags trifft § 1 Abs. 1 TVG keine Regelung. Weitgehende Einigkeit besteht insoweit, dass die allgemeine Vertragsfreiheit auch für die Tarifvertragsparteien gilt, so dass diese grundsätzlich innerhalb der allgemeinen Grenzen (insbesondere §§ 134, 138 BGB) schuldrechtliche Vereinbarungen (auch als Verträge zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB) schließen können.[173] Inwiefern schuldrechtliche Vereinbarungen Teil eines Tarifvertrags sein können,[174] ist indessen streitig. Nach einer engen Ansicht sollen schuldrechtliche Regelungen in einem Tarifvertrag nur als Annex zum normativen Teil des Tarifvertrags möglich sein und daher auf die in § 1 Abs. 1 TVG für den normativen Teil festgelegten Gegenstände beschränkt sein.[175] Ein solches Kongruenzerfordernis zwischen schuldrechtlichen und normativen Tarifvertragsinhalten ist aber aus dem Gesetz nicht zu begründen.[176] Die gegenständliche Beschränkung auf Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverträgen sowie über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen in § 1 Abs. 1 TVG bezieht sich nach dem klaren Wortlaut nur auf die Rechtsnormen

172 JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 78.
173 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 31; siehe auch statt vieler: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1283 ff.
174 Zu den Rechtsfolgen dieser Einordnung siehe *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1314.
175 So etwa: *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1311 m.w.N.
176 Ebenso: Wiedemann-*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 930.

des Tarifvertrags.[177] Da die Regelung der Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien in § 1 Abs. 1 TVG zuerst genannt wird, spricht außerdem die Systematik der Vorschrift gegen einen bloßen Annexcharakter des schuldrechtlichen Teils.[178] Eine Beschränkung des schuldrechtlichen Teils auf normativ regelbare Gegenstände widerspräche zudem der schon vom Reichsgericht als wirksam anerkannten tarifvertraglichen Praxis, mittels schuldrechtlicher Absprachen auch Außenseiterfragen (bspw. Wiedereinstellungsklauseln oder Maßregelungsverbote nach einem Arbeitskampf) zu regeln.[179]

Eine gegenständliche Beschränkung des schuldrechtlichen Teils eines Tarifvertrags kann jedoch aus dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 1 TVG folgen. Das Tarifvertragsgesetz setzt den aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Verfassungsauftrag um, den Koalitionen ein gesetzlich geregeltes und geschütztes Tarifvertragssystem zur Verfügung zu stellen. Es muss daher im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG ausgelegt werden. Aus diesem Grund ist für die Bestimmung der Reichweite der schuldrechtlichen Regelungsbefugnis in einem Tarifvertrag mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur[180] darauf abzustellen, ob die schuldrechtliche Vereinbarung Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG zum Gegenstand hat.

Für schuldrechtliche Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien besteht – anders als für den Erlass von tariflichen Rechtsnormen – kein Typenzwang.[181] Die Tarifvertragsparteien müssen daher für ihre Vereinbarungen nicht die Form des Tarifvertrags wählen. Sie können diese Form jedoch wählen, selbst wenn sie ausschließlich schuldrechtliche Rechte und Pflichten und keine Rechtsnormen für die Tarifgebundenen begründen wollen.[182] Es steht ihnen frei, anstelle von Rechtsnormen lediglich schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen.[183]

Schuldrechtliche Vereinbarungen in einem Tarifvertrag verpflichten und berechtigen grundsätzlich nur die Tarifvertragsparteien.[184] Die Vereinbarungen

177 Ebenso: *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 70.

178 Ebenso: *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 70 f.

179 Darauf hinweisend bereits BAG (GS) 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175.

180 Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1189; Kempen/Zachert-*Seifert*, TVG, § 1 Rn. 884; JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 158 f.; BKS-*Wankel*, TVG § 1 Rn. 405; Wiedemann-*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 929; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 627; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 73 f.; *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 42.

181 Schaub-*Treber*, § 199 Rn. 2.

182 Schaub-*Treber*, § 199 Rn. 2; vgl. auch BAG 23.6.2016 – 8 AZR 643/14, RdTW 2017, 17 Rn. 26: rein schuldrechtlicher Tarifvertrag.

183 Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1190.

184 Schaub-*Treber*, § 199 Rn. 4.

können jedoch als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) auch Verbandsmitgliedern oder Außenseitern unmittelbar Rechte einräumen.[185] Eine Verpflichtung Dritter (bspw. der Verbandsmitglieder) durch eine schuldrechtliche Vereinbarung ist indes als Vertrag zulasten Dritter unzulässig. Dem einzelnen Arbeitgeber können deshalb nur als Vertragspartner eines Firmentarifvertrags Pflichten gegenüber der Gewerkschaft oder Arbeitnehmern (§ 328 BGB) auferlegt werden.[186] Der schuldrechtliche Teil eines Verbandstarifvertrags verpflichtet hingegen nur die vertragsschließenden Verbände, sofern sie den Vertrag im eigenen Namen und nicht stellvertretend für ein Mitglied abschließen.[187]

3. Arbeitskampfrecht

Das Arbeitskampfrecht ist in Deutschland bekanntlich nicht gesetzlich geregelt, sondern folgt Arbeitskampfregeln, die von der Rechtsprechung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt worden sind.[188] Die Rechtsprechung übernimmt damit für den Bereich des Arbeitskampfs die Ausgestaltung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG. Sowohl Rechtfertigung als auch Grenze dieser Ausgestaltung ist die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, die nur gewahrt ist, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Gleichgewicht besteht (sog. Paritätsprinzip).[189]

Der ständigen Rechtsprechung des BAG lassen sich folgende Streikregeln entnehmen:

- Der Streik muss auf die Durchsetzung eines tariflich regelbaren Ziels gerichtet sein.
- Eine etwaig bestehende Friedenspflicht muss eingehalten werden.
- Der Streik muss von einer Gewerkschaft verantwortet werden.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt werden.

a) Durchsetzung eines tariflich regelbaren Ziels

Trotz berechtigter Kritik[190] geht das BAG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Streik nur zur Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele geführt werden darf.[191] Diese Voraussetzung folgt nach Ansicht des Gerichts aus der

185 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 32; Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1201 f.
186 Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1204; JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 160.
187 Wiedemann-*Thüsing*, TVG, § 1 Rn. 822.
188 Siehe dazu Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 8 ff.
189 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 20.
190 Etwa Däubler-*Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 5; BKS-*Wankel*, AKR Rn. 23 ff.
191 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 52; 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734, 740 m.w.N.

Hilfsfunktion des Arbeitskampfes zur Sicherung der Tarifautonomie.[192] Sie bedeutet zugleich, dass der durchzusetzende Tarifvertrag einen rechtmäßigen Inhalt haben muss, d.h., ein auf eine gesetzwidrige tarifliche Regelung gerichteter Arbeitskampf ist untersagt.[193]

In einem *obiter dictum* hat das BAG in einem Urteil vom 10.12.2002 allerdings angedeutet, dass die Beschränkung auf tariflich regelbare Ziele vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 4 ESC möglicherweise einer erneuten Überprüfung bedürfe.[194] Diese Erwägung wurde seither jedoch nicht mehr aufgegriffen. In den neueren Entscheidungen wird vielmehr wieder ohne Einschränkung auf die ständige Rechtsprechung Bezug genommen.[195] Allerdings hat das BAG in seinem Urteil zum Streik um einen Tarifsozialplan vom 24.4.2007 offengelassen, ob der Verzicht auf eine Betriebsänderung ein zulässiges Streikziel sein kann.[196]

Ausgehend von dem von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernis eines tariflich regelbaren Streikziels ist umstritten, ob ein Streik auch zur Durchsetzung von Inhalten des schuldrechtlichen Teils eines Tarifvertrags geführt werden darf. Teilweise wird angenommen, dass schuldrechtliche Vereinbarungen nur durch Streik erzwungen werden können, soweit sie Fragen betreffen, die gemäß § 1 Abs. 1 TVG auch Gegenstand einer Rechtsnorm eines Tarifvertrags sein könnten.[197] Der Rechtsprechung des BAG lässt sich eine solche Beschränkung nicht entnehmen.[198] Das Gericht hat sich zu der Frage bisher nicht eindeutig geäußert.[199] Die Formulierungen in den neueren Entscheidungen des ersten Senats deuten aber eher auf ein weites Verständnis hin. In seinem Urteil zum Tarifsozialplan führt der Senat aus, dass „jedenfalls" die in § 1 Abs. 1 TVG aufgeführten Gegenstände von Rechtsnormen eines Tarifvertrags tariflich regelbar sind.[200] In drei weiteren Entscheidungen wird jeweils die Hilfsfunktion des Arbeitskampfs zur Sicherung der Tarifautonomie hervorgehoben:

192 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734, 740; 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 79.

193 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734, 740.

194 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734, 740; zur Rechtslage nach der ESC siehe auch unter B.III.3.

195 Siehe etwa BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 52.

196 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 111; ausdrücklich offengelassen auch durch BVerfG 7.4.2020 – 1 BvR 2674/15, NZA 2020, 667 Rn. 18.

197 *Frieling* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 44 ff.; Wiedemann-*Jacobs*, TVG, Einl. Rn. 508; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 508; *Gaul*, RdA 2008, 13, 19; *Greiner*, NZA 2008, 1274, 1277; wohl auch LAG Hessen 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337; noch restriktiver: NK-GA-*Hanau*, GG Art. 9 Rn. 110: erkämpfbar sind nur Klauseln, die Inhalt eines Arbeitsvertrags sein können.

198 Ebenso: *Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? (HSI-SR Bd. 16), 81.

199 *Frieling* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 47.

200 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 80.

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann ein Arbeitskampf nur zur Durchsetzung tarifvertraglich regelbarer und friedenspflichtwahrender Ziele geführt werden […]. Das gibt die Hilfsfunktion des Arbeitskampfes zur Sicherung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie vor. Diese ist darauf gerichtet, das Arbeitsleben in dem von staatlicher Rechtsordnung freigelassenen Raum durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen und zu befrieden."[201]

„Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet nicht nur die Bildung und den Bestand einer Arbeitnehmerkoalition, sondern auch deren koalitionsmäßige Betätigung. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist dabei nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungen beschränkt, die für die Sicherung des Bestands der Koalitionen unerlässlich sind, er erstreckt sich vielmehr auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen […]. Dazu gehört auch die Tarifautonomie als das Recht, Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mit der Arbeitgeberseite auszuhandeln und durch Verträge verbindlich für die Mitglieder zu regeln. Die Regelung der Arbeitsbedingungen in Kollektivverträgen dient der Verwirklichung der Interessen der strukturell unterlegenen Arbeitnehmer. Eine wirkungsvolle Interessendurchsetzung ist den Gewerkschaften nur möglich, wenn sie ihren Forderungen durch Streiks Nachdruck verleihen können. Der Arbeitskampf ist deshalb funktional auf die Tarifautonomie bezogen und insoweit grundrechtlich geschützt […]. Ein Grundrecht auf Streik, losgelöst von seiner funktionalen Bezugnahme auf die Tarifautonomie, gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht."[202]

„Zu den geschützten Mitteln zählen Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie unterfallen jedenfalls insoweit der Koalitionsfreiheit, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Der Arbeitskampf ist funktional auf die Tarifautonomie bezogen und insoweit grundrechtlich geschützt […]."[203]

Unterstellt man, dass der Arbeitskampf funktional auf die Tarifautonomie bezogen ist und insofern nur eine Hilfsfunktion zu deren Sicherung hat,[204] lässt dies allenfalls den Schluss zu, dass der Arbeitskampf auf die Durchsetzung ei-

201 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 52.
202 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 111
203 BAG 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, NZA 2019, 402 Rn. 28.
204 Gegen ein solch restriktives Verständnis des Streikrechts: Däubler-*Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 5; BKS-*Wankel*, AKR Rn. 21 ff.

ner Regelung zwischen den Sozialpartnern auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet sein muss.[205] Ausgeschlossen wären damit etwa reine Proteststreiks, politische Streiks sowie Streiks zur Rechtsdurchsetzung. Demgegenüber rechtfertigt der funktionale Bezug zur Tarifautonomie keine Beschränkung des Streikrechts auf die Durchsetzung von tariflichen Vereinbarungen, die Fragen betreffen, die gemäß § 1 Abs. 1 TVG auch Gegenstand einer Rechtsnorm eines Tarifvertrags sein können. Die gegenständliche Reichweite der Tarifautonomie wird nicht durch die in § 1 Abs. 1 TVG genannten möglichen Gegenstände von Rechtsnormen eines Tarifvertrags bestimmt, sondern durch das in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltene Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen".[206] Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte tarifautonome Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist außerdem nicht auf die Schaffung unmittelbar und zwingend wirkender Tarifnormen beschränkt. Tariflich regelbar kann daher im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG allenfalls bedeuten, dass die Frage tarifautonom, d.h. durch eine Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien, regelbar ist. In der zweitinstanzlichen Rechtsprechung wird daher zutreffend angenommen, dass auch zur Durchsetzung von Regelungen im schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags gestreikt werden darf.[207] Auch die herrschende Meinung in der Literatur geht von der Zulässigkeit von Streiks zur Durchsetzung schuldrechtlicher Vereinbarungen aus.[208]

Eine Beschränkung des Streikrechts auf normativ regelbare Tarifvertragsinhalte lässt sich auch nicht damit begründen, dass es beim Abschluss schuldrechtlicher Vereinbarungen keiner Kompensation der strukturellen Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer bedürfe.[209] Der Argumentation liegt die irrige Annahme zugrunde, dass schuldrechtliche Vereinbarungen jenseits der normativ regelbaren Gegenstände keine Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betreffen. Wie bereits ausgeführt wurde,[210] geht die gegenständliche Reichweite der Tarifautonomie über die in § 1 Abs. 1 TVG geregelte Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien hinaus. Die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite besteht auch jenseits der in § 1 Abs. 1

205 Vgl. zur Reichweite der Tarifautonomie bereits unter B.I.1.a)aa).

206 Siehe bereits unter B.I.1.a)aa).

207 LAG Baden-Württemberg 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114 Rn. 148; LAG Bremen 5.5.1998 – 2 Sa 127/98, AiB 1998, 537 (m. zust. Anm. *Dannenberg*).

208 ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 114; Schaub-*Treber*, § 192 Rn. 4; *Otto*, Arbeitskampfrecht, § 5 Rn. 19 ff.; MHdBArbR-*Ricken*, § 272 Rn. 40; Däubler-*Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 5 f.; Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1128; Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 17; BKS-*Wankel*, AKR Rn. 24 ff.; Kempen/Zachert-*Zeibig/Zachert*, TVG, § 1 Rn. 997 ff.; *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 71 f.; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 96 ff.

209 So aber *Frieling* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 48.

210 Siehe unter B.I.1.a)bb).

TVG genannten Gegenstände, wie gerade am Beispiel von Standortsicherungsvereinbarungen deutlich wird, sofern man diese nicht für normativ regelbar hält.[211]

Grundsätzliche Bedenken gegen die streikweise Durchsetzung von schuldrechtlichen Vereinbarungen ergeben sich auch nicht aus den Grundrechten des Arbeitgebers. Eine Forderung, die sich auf einen nicht normativ regelbaren Gegenstand bezieht, verletzt nicht automatisch die Grundrechte des Arbeitgebers. Eine abstrakte Beschränkung des Streikrechts auf die Durchsetzung von Vereinbarungen über normativ regelbare Fragen kann daher durch die Grundrechte nicht geboten sein. Die Frage nach der Vereinbarkeit einer tarifvertraglichen Regelung mit den Grundrechten des Arbeitgebers ist vielmehr unabhängig von deren Rechtscharakter.

b) Wahrung der Friedenspflicht

Die (relative) Friedenspflicht ist nach der Rechtsprechung des BAG auch ohne ausdrückliche Vereinbarung immanenter Bestandteil des schuldrechtlichen Teils eines jeden Tarifvertrags.[212] Sie verbietet es den Vertragsparteien, den vereinbarten Vertragsinhalt während der Laufzeit des Vertrags unter Einsatz von Kampfmaßnahmen in Frage zu stellen,[213] und ist eine Konsequenz aus dem allgemeinen Grundsatz pacta sunt servanda.[214] Arbeitskampfmaßnahmen, die zur Abwehr eines Angriffs der Gegenseite ergriffen werden, steht die Friedenspflicht indessen nicht entgegen.[215]

Die Friedenspflicht bindet als schuldrechtliche Pflicht die am Tarifvertrag beteiligten Tarifvertragsparteien.[216] Sie schützt neben der jeweils anderen Tarifvertragspartei auch deren Mitglieder davor, hinsichtlich der tariflich geregelten Materie mit Arbeitskampfmaßnahmen überzogen zu werden, da der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags insofern zugleich Vertrag zugunsten Dritter ist.[217] Andere Dritte werden hingegen regelmäßig nicht in den Schutz der Friedenspflicht einbezogen.[218]

---

211 *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 101 ff.

212 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 27; 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 18.

213 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 18.

214 Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 27.

215 RG 9.6.1925 – III 322/24, RGZ 111, 105, 109; RAG 22.2.1928 – 78/1927, ARS 2, 194, 200; 28.2.1931 – 477/30, ARS 11, 391, 396; *Kissel*, § 26 Rn. 94; *Otto*, § 7 Rn. 9; Däubler-*Ahrendt*, TVG, § 1 Rn. 1168; Däubler-*Reinfelder*, Arbeitskampfrecht, § 15 Rn. 19; *Mehrens* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 149.

216 Schaub-*Treber*, § 192 Rn. 24.

217 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 18.

218 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 102.

Die Friedenspflicht beginnt mit Abschluss des Tarifvertrags und endet mit Ablauf der vereinbarten Dauer des Tarifvertrags oder im Falle einer Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist.[219] Sind einzelne Teile des Tarifvertrags gesondert kündbar, entfällt die Friedenspflicht mit der Teilkündigung nur hinsichtlich der Regelungsmaterie des betroffenen Teils.[220] Haben sich die Tarifvertragsparteien für den Fall einer Störung der Geschäftsgrundlage zur Aufnahme von Tarifverhandlungen verpflichtet, geht mit der Aufnahme dieser Verhandlungen eine Suspendierung der Friedenspflicht einher.[221]

Inhaltlich bezieht sich die Friedenspflicht auf die tarifvertraglich geregelte Materie.[222] Ihre Reichweite ist durch Auslegung des Tarifvertrags zu bestimmen.[223] Wird eine Sachmaterie erkennbar umfassend geregelt, ist davon auszugehen, dass die kampfweise Durchsetzung weiterer Regelungen, die in einem sachlichen inneren Zusammenhang mit dieser Materie stehen, ausgeschlossen werden sollte.[224]

Da es sich um eine schuldrechtliche Pflicht handelt, steht die Friedenspflicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Sie können die Reichweite der Friedenspflicht gesondert vereinbaren und auf diese Weise einschränken oder ausweiten.[225]

c) Streikführung unter Leitung einer Gewerkschaft

Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Streiks ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG die gewerkschaftliche Streikverantwortlichkeit.[226] Auch diese Voraussetzung ist Ausfluss der von der Rechtsprechung angenommenen Hilfsfunktion des Arbeitskampfs zur Sicherung der Tarifautonomie.[227] Weil die ohne gewerkschaftliche Streikführung kämpfenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mangels eigener Tariffähigkeit nicht selbst einen Tarifvertrag schließen können, kann ihr Streik nur andere Ziele verfolgen. Sog. „wilde Streiks", also nicht gewerkschaftlich organisierte Streiks, sind demnach rechtswidrig. Eine zunächst als „wilder Streik" begonnene Arbeitsniederlegung kann jedoch von einer zuständigen Gewerkschaft „übernommen" und damit rück-

219 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 27.
220 Däubler-*Ahrend*, TVG, § 1 Rn. 1175; Schaub-*Treber*, § 192 Rn. 20.
221 LAG Baden-Württemberg 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114 Rn. 127 ff.
222 BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, NZA 2003, 866, 870 m.w.N.
223 BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, NZA 2003, 866, 870 m.w.N.
224 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 27; 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, NZA 2003, 866, 870 m.w.N.
225 Vgl. BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 27.
226 BAG 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, NZA 1988, 883; 14.2.1978 – 1 AZR 76/76, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 58; 21.10.1969 – 1 AZR 93/68, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 41; zur Kritik am gewerkschaftlichen Streikmonopol siehe *Reinbach* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 85 ff.
227 Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 22.

wirkend legalisiert werden.[228] Maßnahmen des Arbeitskampfs zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind schon von Gesetzes wegen unzulässig (§ 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG).

d) Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nach der Rechtsprechung des BAG der zentrale und angemessene Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskampfs.[229] Durch die Ausübung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit werde regelmäßig in ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen des unmittelbaren Kampfgegners oder Dritter eingegriffen, weshalb es einer Abwägung der kollidierenden Rechtspositionen bedürfe.[230] Erforderlich sei stets eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich war und bezogen auf das Kampfziel angemessen eingesetzt wurde.[231] Hinsichtlich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit räumt das BAG den Koalitionen eine Einschätzungsprärogative ein und prüft lediglich, ob das Kampfmittel zur Erreichung des Kampfziels offensichtlich ungeeignet oder offensichtlich nicht erforderlich war.[232] Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gesteht das BAG den Koalitionen indes keine Einschätzungsprärogative zu, da es hier nicht um tatsächliche Einschätzungen, sondern um eine rechtliche Abwägung geht.[233] Das Gericht berücksichtigt jedoch das Wesen des Arbeitskampfs: Unverhältnismäßig soll ein Arbeitskampfmittel nur sein, wenn es sich auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass es gerade das Wesen einer Arbeitskampfmaßnahme ist, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben, als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstellt.[234]

Als zentraler Prüfungsmaßstab bleibt damit vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit letztlich nur die Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[235] Dies ist im Ergebnis überzeugend, denn bei der Auflösung von Grundrechtskollisionen im Privatrechtsverhältnis darf es nicht darum gehen, die Grundrechtsausübung eines Grundrechtsträgers nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beschränken, sondern die gegenläufigen Grundrechtspositionen in einen

228 BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, NJW 1664, 883, 885.
229 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 22.
230 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 25.
231 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 25.
232 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 26 f.
233 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 28.
234 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 28.
235 Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn 37.

schonenden Ausgleich zu bringen.[236] In seiner Entscheidung zur Streikmobilisierung auf dem Firmenparkplatz stellt das BAG daher richtigerweise maßgeblich darauf ab, dass die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen sind, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[237]

II. Unionsrecht

Auf unionsrechtlicher Ebene werden die Koalitionsfreiheit sowie das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen durch Art. 12 und 28 GRC grundrechtlich garantiert. Auseinandersetzungen mit dem Unionsrecht fanden im tarif- und arbeitskampfrechtlichen Kontext bisher vor allem im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit statt. Das Sekundärrecht enthält indessen – nicht zuletzt wegen der Bereichsausnahme für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht in Art. 153 Abs. 5 AEUV – keine Regelungen zu diesen Rechtsgebieten.

1. Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) gewährleistet Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie ihren Organisationen das Recht, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und bei einem anders nicht lösbaren Interessenkonflikt mit kollektiven Maßnahmen durchzusetzen. Parallel wird in Art. 12 Abs. 1 GRC die Vereinigungsfreiheit garantiert, die ein umfassendes Betätigungsrecht einschließt.[238] Beide Rechte stehen bewusst nebeneinander; dass das eine hinter das andere zurücktreten müsste,[239] ist weder dem Wortlaut noch dem Normzweck zu entnehmen. Die doppelte Gewährleistung dient vielmehr dem Zweck, die Garantien der GRC sowohl mit denen der EMRK wie mit denen der nationalen Verfassungen abzustimmen.

Vor Inkrafttreten der Charta am 1.12.2009 hatte der EuGH die Koalitionsrechte dem Grunde nach bereits als für die Union verbindlich anerkannt,[240] da sie in Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und anerkannten Regelungen

236 Vgl. *Hensche/Wolter* in: GS Zachert, S. 544 ff.; zur dogmatisch vorzugswürdigen Lösung einer reinen Güterabwägung unter Aufgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit siehe auch Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 37.

237 BAG 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, NZA 2019, 402 Rn. 20.

238 *Streinz* in: Streinz, GRC Art. 12 Rn. 9.

239 So etwa *Krebber* in: Calliess/Ruffert, GRC Art. 28 Rn. 3.

240 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124; 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159.

des Völkerrechts verankert sind.[241] Diese mehrfache Gewährleistung scheint für einen umfassenden Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene zu sprechen, muss jedoch in verschiedener Hinsicht relativiert werden.

Anwendbar sind Unionsgrundrechte nicht automatisch, sobald ihr sachlich-gegenständlicher Geltungsbereich berührt ist, sondern gemäß Art. 51 GRC erst dann, wenn auch der spezifische Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist.[242] Für die *Mitgliedstaaten* bedeutet dies, dass sie die GRC „bei der Durchführung von Unionsrecht" beachten müssen, also sobald eine Regelung oder Maßnahme in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt[243] oder Grundfreiheiten des Unionsrechts einschränkt[244]. Die Grenze einer Bindung von Mitgliedstaaten an die GRC war zunächst zwischen EuGH und BVerfG[245] umstritten, mittlerweile bildet sich aber ein Konsens heraus. Das BVerfG erkennt grundsätzlich an, dass auch solche nationalen Bestimmungen dem Anwendungsbereich der GRC unterliegen, bei denen dem nationalen Gesetzgeber noch Ausgestaltungsspielräume verbleiben, sofern das Unionsrecht diesen einen „hinreichend gehaltvollen Rahmen" setzt.[246] Das Koalitions- und Arbeitskampfrecht ist jedoch unionsrechtlich gerade nicht determiniert, so dass trotz der GRC-Gewährleistungen und des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich Prüfungsmaßstab für staatliche Regelungen und Maßnahmen bleibt.[247] Zu einer Anwendung der Unionsgrundrechte gelangt man aber unter Umständen in den Fällen, in denen Tarifverträge oder Arbeitskampfmaßnahmen in den Anwendungsbereich der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit fallen.

Art. 28 GRC gewährleistet das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, einschließlich Streiks, „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten". Welche Bedeutung diesem Verweis zukommt ist nicht abschließend geklärt. Der EuGH hatte entschieden, dass damit eine Schranke für das Recht auf Kollektivverhandlungen errichtet werde, weil Art. 28 im Einklang mit dem Unionsrecht und somit auch mit den Grundfreiheiten des AEUV ausgeübt werden müsse.[248] Das könnte so zu verstehen sein, als ob die Grundfreiheiten des AEUV eine Grenze der

241 *Kamanabrou,* EuZA 2010, 157, 165 f.
242 *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 53.
243 EuGH 26.2.2013 – C-167/10 (*Åkerberg Fransson*), NJW 2013,1415.
244 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZA 2017, 167.
245 BVerfG 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.
246 BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (*Recht auf Vergessen I*), NJW 2020, 300 Rn. 44; *Klein/Leist*, ZESAR 2020, 449, 450 f.; *Schlachter* in: FS Preis, S. 1157 ff.
247 Vgl. BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (*Recht auf Vergessen I*), NJW 2020, 300 Rn. 42 ff.; 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen II*), NJW 2020, 314 Rn. 77 ff.
248 EuGH 15.7.2010 – C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 43.

Grundrechtsausübung bilden, Kollektivverhandlungen und Arbeitskampfmaßnahmen also nur insoweit geschützt wären wie sie die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit von Unternehmen nicht beeinträchtigen. Damit wären alle grenzüberschreitenden unternehmerischen Maßnahmen wie Standortverlagerungen ins Ausland vor einer Beeinflussung durch Arbeitskampfmaßnahmen geschützt. Dabei dürfte es sich allerdings um eine Überinterpretation handeln.[249] Die Koalitionsbetätigungsfreiheit soll nicht als den Grundfreiheiten gegenüber nachrangig eingeordnet werden, also stets hinter diese zurücktreten müssen. Grundfreiheiten gehen Grundrechten nicht generell vor, sondern sind ihnen gegenüber gleichrangiger Bestandteil des Primärrechts.[250] Sie müssen wie die Grundrechte mit entgegenstehenden gleichrangigen Rechtspositionen abgewogen werden.[251] Auch die neben der Niederlassungsfreiheit von Arbeitskampfmaßnahmen betroffenen Grundrechte der unternehmerische Freiheit und des Eigentums (Art. 16 und 17 GRC) sind nicht absolut gewährleistet,[252] sondern müssen mit anderen Grundrechten in Einklang gebracht werden. Im Sinne einer Vorrangregelung zugunsten der Grundfreiheiten lässt sich der in Art. 28 GRC verankerte Verweis auf das Unionsrecht danach nicht interpretieren.

Zudem wird in Art. 28 GRC parallel zum Unionsrecht auf das nationale Recht verwiesen, dessen Regelungsgehalt so vom Unionsrecht anerkannt wird.[253] Nach Ansicht des EuGH werden die Koalitionsfreiheit und das mit ihr verbundene Arbeitskampfrecht mit diesem Verweis allerdings nicht aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen.[254] Eine solche Ausnahmeregelung für Tarifverträge, die der Gerichtshof für das Wettbewerbsrecht befürwortet,[255] sei auf Grundfreiheiten nicht übertragbar. Anders als im Wettbewerbsrecht würde die Niederlassungsfreiheit durch Tarifverträge nicht zwangsläufig beeinträchtigt.[256] Diese Argumentation ist allerdings zweifelhaft. Sachlogisch können allein rein innerstaatliche Standortverlagerungen, die der

249 Vgl. zur Kritik an der EuGH-Rechtsprechung: *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 70.

250 Der EGMR hat jüngst sogar betont, dass es sich bei den EU-Grundfreiheiten im Rahmen der EMRK nicht um ein mit den Menschenrechten gleichrangiges Recht handelt, EGMR.10.6.2021 – Nr.45487/17 (*LO and NTF v. Norway*) Rn. 118 (siehe dazu auch unter B.III.2.). Inwiefern sich diese Rechtsprechung, insbesondere wegen Art. 52 Abs. 3 GRC, auch auf das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten innerhalb des Unionsrechts auswirkt, bleibt abzuwarten.

251 EuGH 12.6.2003 – C-112/00 (*Schmidberger*), EuZW 2003, 592 Rn.81 f.; 15.7.2010 – C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn.52.

252 EuGH 23.3.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 49.

253 EuGH 23.2.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 27; NK-EuGRCh-*Hüpers/Reese*, Art. 28 Rn. 21.

254 EuGH 11.12.2007– C -438/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 53; C-271/08 – 15.7.2010 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 47.

255 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 (*Albany*), AuR 2000, 26 und C-219/97 (*Drijvende Bokken*).

256 EuGH, 15.7.2010 – C- 271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 47.

Niederlassungsfreiheit bereits gegenständlich nicht unterfallen, diese Grundfreiheit tatsächlich nicht beeinträchtigen. Ist die Grundfreiheit allerdings räumlich berührt, wird eine sie gegenständlich umfassende Tarifregelung typischerweise entweder mit Kosten oder organisatorischem Aufwand für das Unternehmen verbunden sein, also die Ausübung der Grundfreiheit weniger attraktiv machen können. Für eine Freistellung der Tarifautonomie vom Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit kann also dasselbe Argument geltend gemacht werden wie im Falle des Wettbewerbsrechts.

Systematisch handelt es sich dabei um eine Folge der zwischen Union und Mitgliedstaaten verteilten Zuständigkeit zur Regelung des Koalitions- und Arbeitskampfrechts. Gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV soll die Union diese Gegenstände nicht regeln, um die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in diesem Bereich zu schonen und die Unterschiedlichkeit der nationalen Regelungssysteme nicht unter Anpassungsdruck zu setzen.[257] Deshalb wird die Zulässigkeit kollektiver Betätigungen einschließlich des Streiks nach den Anforderungen des nationalen Rechts beurteilt und vom Unionsrecht in dieser Form gewährleistet.[258] Wenn das nationale Recht die Grundrechte und Freiheiten aller Beteiligten grundsätzlich gleichrangig ausgestaltet, könnte das nicht einmal durch eine hervorgehobene Bedeutung der Grundfreiheiten auf Unionsebene überwunden werden. Die Grundfreiheiten gelten damit dem Koalitionsbetätigungsrecht gegenüber weder absolut noch vorrangig. Die Tarifparteien müssen sie beim Abschluss von Kollektivverträgen nur insoweit beachten, wie dies nach nationalem Recht in der Abwägung mehrerer Grundrechte geboten ist. Der EuGH hat diese Konsequenz bisher allerdings noch nicht gezogen und dem Verweis auf das nationale Recht noch keine Relevanz für die Auslegung von Art. 28 GRC zuerkannt. Seiner Rechtsprechung zufolge verlangt vielmehr der ebenfalls in Art. 28 GRC enthaltene Verweis auf das Unionsrecht, dass das nationale Koalitionsgrundrecht „im Einklang mit dem Unionsrecht auszuüben ist".[259] Bei diesem Verständnis bleibt der Verweis auf das nationale Recht allerdings funktionslos. Wird es nur insoweit in Bezug genommen, wie es dem Unionsrecht inhaltlich entspricht, kann es die nationalen Kollektivsysteme nicht vor einer Vereinheitlichung durch das Unionsrecht schützen. Obwohl dem Normzweck von Art. 28 GRC damit nicht genüge getan wird, wird die Auslegung des EuGH nachfolgend weiter zugrunde gelegt.

257 *Bryde*, SR 2012, 2, 10.

258 *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 71.

259 EuGH 15.7.2010 – C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 43.

2. Niederlassungsfreiheit

In Abwägung mit der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH bereits vor Inkrafttreten der GRC entschieden, dass diese der Koalitionsfreiheit Schranken ziehen könne.[260] Danach kann sich ein Unternehmen bei einem Arbeitskampf zur Beeinflussung oder Verhinderung von grenzüberschreitenden Standortverlagerungen gegenüber der Gewerkschaft auf Art. 49 AEUV berufen. Die Vorschrift verbiete es auch Gewerkschaften als privaten Dritten, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu beschränken.

a) Anwendungsbereich

Die Niederlassungsfreiheit gewährt natürlichen Personen und Gesellschaften das Recht, sich überall in der Union dauerhaft wirtschaftlich zu betätigen und zu diesem Zweck eine primäre oder sekundäre Niederlassung zu errichten. Eine Niederlassung setzt die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit voraus.[261] Geschützt sind die Aufnahme und die Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit sowie die Gründung und Betätigung von Unternehmen nach Maßgabe der im Aufnahmestaat für dessen Staatsangehörige geltenden Bestimmungen. Daher wird den Mitgliedstaaten untersagt, die Errichtung einer Niederlassung auf ihrem Staatsgebiet für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten schwieriger zu gestalten als für die eigenen Staatsbürger. Weiter wird die Errichtung von Hindernissen und die Erschwerung des Wegzugs in einen anderen Mitgliedstaat (nicht dagegen innerhalb eines Mitgliedstaats oder in Drittstaaten) grundsätzlich verboten. Jede ungünstigere Behandlung ausländischer Unternehmen wegen der Staatsangehörigkeit in Form einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung ist unzulässig.[262]

Weiter hat der EuGH die Niederlassungsfreiheit über ihren Wortlaut hinausgehend im Sinne eines Beschränkungsverbotes ausgelegt.[263] Damit werden auch Maßnahmen unzulässig, die ausländische Unternehmen nicht nachteiliger treffen als inländische, also gerade nicht nach der Staatsangehörigkeit unterscheiden, sondern die Ausübung der Niederlassungsfreiheit lediglich weniger attraktiv machen. Würde etwa eine Regelung den grenzüberschreitenden Wegzug eines Unternehmens aus dem eigenen Staatsgebiet verteuern, träfe dieser Nachteil alle wechselwilligen Unternehmen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit gleichermaßen. Es würde damit aber Unternehmen unattraktiver gemacht, ihre unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit tatsächlich

260 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 66. Dazu: *Ulber/Wiegandt*, Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten (HSI-SR Bd. 24), 16 ff.

261 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 Rn. 70 (*Viking Line*), NZA 2008, 124.

262 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 121.

263 EuGH 30.11.1995 – C-55/94 (*Gebhard*), NJW 1996, 579 Rn. 37.

auszuüben, weil der Wegzug zusätzliche Kosten verursacht. Auch darin kann eine Hürde für die Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarkts liegen, die durch den weiten Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit verhindert werden soll. Jede beschränkend wirkende Regelung ist danach nur zulässig, soweit sie einer Rechtfertigungsprüfung standhalten kann.

b) Bindung der Tarifvertragsparteien

Der EuGH hat die Niederlassungsfreiheit bereits frühzeitig neben den Staaten auch an Privatrechtssubjekte adressiert.[264] Ursprünglich sollte damit lediglich sichergestellt werden, dass die private Rechtssetzung nicht schlicht die staatliche ersetzt, ohne dass auch dies als Eingriff in die Grundfreiheit eingeordnet werden könnte.[265] Eine solche Parallele wird bejaht, sobald private Rechtssetzung zugelassen wird, von der die Normunterworfenen in gleicher Weise unausweichlich fremdbestimmt werden wie von staatlichen Normen. Eine Regelung kraft privater Verbandsautonomie kann die Grundfreiheiten potenziell ebenso stark beinträchtigen wie staatliches Recht. Wichtigster Anwendungsfall waren die Regeln der internationalen Berufssportverbände, die eine Aufnahme, Änderung oder Beendigung der Tätigkeit von Berufssportlern für Sportvereine gegen Entgelt verbindlich vorgeben und von der Einhaltung dieser Bedingungen die Vergabe der Lizenzen abhängig machen, ohne die dieser Sport professionell nicht ausgeübt werden kann.

Die Übertragung dieser Einordnung auf Tarifparteien ist mit dieser Begründung aber nicht überzeugend.[266] Zwar werden auch in Flächentarifverträgen kraft privater Verbandsautonomie Regelungen getroffen, die für die unter ihren Geltungsbereich fallenden Unternehmen normativ gelten. Die Tarifparteien besitzen ihren Mitgliedern gegenüber aber keine vergleichbare Machtposition wie die Verbände des Berufssports. Die Tarifnormen gelten nur für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, d.h., die private Rechtssetzung durch die Verbände basiert auf mitgliedschaftlicher Legitimation. Diese Mitgliedschaft können die Unternehmen jederzeit ohne besondere Nachteile beenden, da ihnen, anders als Berufssportlern, die Berufsausübung auch ohne Verbandmitgliedschaft effektiv möglich ist. Auch für das Verhältnis der Tarifparteien zueinander liegt kein vergleichbares Machtgefälle vor. Wenn sich ein Unternehmen, das einer tariflichen Vereinbarung zur Standortsicherung zugestimmt hat, gegenüber der selbst begründeten Bindung auf den Schutz seiner Niederlassungsfreiheit beruft, setzt es sich damit in Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten. Der EuGH geht allerdings in der Entscheidung Kommission/

264 EuGH 19.2.2002 – C-309/99 (*Wouters*), EuZW 2002, 172.

265 EuGH 15.12.1995 – C-415/93 (*Bosman*), NJW 1996, 505 Rn. 84; 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 12, 58.

266 *Klein* in: Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EnzEuR-Bd. 7), § 10 Rn. 10.

Deutschland ohne Auseinandersetzung mit dieser Argumentation auch weiterhin von einer Bindung der Tarifparteien an die Grundfreiheiten aus.[267] Die Bedeutung dieser Entscheidung wird allerdings durch den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt relativiert: Im entschiedenen Fall verpflichtete der angegriffene Tarifvertrag den Staat als Arbeitgeber zur Durchführung der Entgeltumwandlung im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge bei öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen und damit zu einem Verzicht auf die unionsrechtlich vorgesehene Ausschreibung. Es stand also nicht eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten des Arbeitgebers in Frage, sondern eine Beeinträchtigung des sekundärrechtlichen Vergaberechts, das die Grundfreiheiten Dritter schützt. In dieser Konstellation liegt die Ähnlichkeit einer tariflichen Regelung mit einem staatlichen Gesetz deutlich näher als im hier untersuchten Fall, in dem der Vertrag allein die Interessen der anderen Vertragspartei regelt. Relevant wird dies allerdings ohnehin nur, wenn eine Maßnahme der Tarifparteien diese Grundfreiheiten beeinträchtigt. Das ist vorliegend allerdings fraglich.

Ein Standortsicherungstarifvertrag wird zwar eine Verlagerung verteuern und damit unattraktiver machen, doch handelt es sich dabei nicht um eine von außen auf die Entscheidung einwirkende Maßnahme, die die Entscheidung fremdbestimmt. Tarifverträge sind, selbst wenn sie durch einen Arbeitskampf ermöglicht werden, das Ergebnis von Verhandlungs- und Entscheidungsprozessen, an denen das Unternehmen entweder unmittelbar (Firmentarifvertrag) oder mittelbar (Verbandstarifvertrag) mitgewirkt hat. Anders als beim Regelwerk Internationaler Sportverbände gestalten jedenfalls Firmentarifverträge die Rechtsstellung der Betroffenen nicht heteronom von außen, sondern bedürfen der Mitwirkung der Betroffenen. Ob das für Verbandstarifverträge anders zu beurteilen wäre, kann hier offenbleiben, da die untersuchten Tarifklauseln typischerweise in Firmentarifverträgen vereinbart zu werden pflegen. Dass die Verpflichtungswirkung dieser Vereinbarung nicht vom betroffenen Unternehmen allein entschieden wurde, sondern unter dem Einfluss der Gewerkschaft (gegebenenfalls nach Druckausübung durch einen Arbeitskampf), ändert ihren autonomen Charakter nicht. Der EuGH hat in anderem Zusammenhang durchaus anerkannt,[268] dass ein Streik „Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit" von Unternehmen ist. Die unternehmerische Betätigung, die mithilfe der Tätigkeit von Beschäftigten verwirklicht wird, ist von vornherein mit der Ausübungsbedingung belastet, dass die Beschäftigten und ihre Vertretung um verbesserte Arbeitsbedingungen verhandeln und gegebenenfalls auch kämpfen dürfen. Diese Rechte sind nicht nur in der Verfassung der Mitgliedstaaten und im Völkerrecht anerkannt, sondern auch in den Art. 12 und 28

267 EuGH 15.7.2010 – C-271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 42.
268 EuGH 23.3.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 28.

GRC garantiert. Sie greifen damit nicht als von außen hinzutretende Maßnahme in die Niederlassungsfreiheit ein, sondern sind bereits eine ihrer immanenten Grenzen.

c) Rechtfertigung von Beschränkungen

Der EuGH hat bisher allerdings dennoch tarifliche Regelungen und die Durchführung von Arbeitskämpfen als (mögliche) Beschränkung der Grundfreiheiten eingeordnet.[269] Ihre Zulässigkeit hängt dann davon ab, ob diese Eingriffe zu rechtfertigen sind. Unter welchen Voraussetzungen dies gelingt, ist allerdings dem Normtext nicht zu entnehmen, da dieser nur ein Diskriminierungsverbot regelt. Der EuGH wendet deshalb seine generelle Rechtfertigungsdogmatik auch auf die Beschränkung von Grundfreiheiten an. Danach muss die Beschränkung ein legitimes, mit dem Unionsrecht zu vereinbarendes Regelungsziel verfolgen und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein; weiter muss sie zur Zielerreichung geeignet sein und darf nicht über das dafür erforderliche Maß hinausgehen.[270] Auch die Betätigungsfreiheit der Gewerkschaft kann eine Tarifregelung, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv machen könnte, nur dann rechtfertigen, wenn die Regelung oder Maßnahme diesen Rechtfertigungsanforderungen standhält.

Kollektivverträge zur Verhinderung oder Beschränkung einer grenzüberschreitenden Standortverlagerung müssen demnach zunächst dem – als legitim anerkannten – Regelungsziel des Arbeitnehmerschutzes dienen.[271] Davon ist nach den Ausführungen des EuGH in der *Viking*-Entscheidung nur auszugehen, wenn Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen gefährdet oder ernstlich bedroht sind.[272] Diese enge Sichtweise ist zwar mit dem Schutzzweck des Art. 28 GRC kaum zu vereinbaren, weil sie den Einschätzungs- und Ermessensspielraum der Sozialpartner[273] übermäßig einschränkt. Darauf kommt es jedoch im hiesigen Zusammenhang regelmäßig nicht an. Der EuGH hatte in der *Viking*-Entscheidung zwar Zweifel am Vorliegen dieser Voraussetzung. Diese Zweifel waren aber nicht genereller Natur, sondern gründeten auf den Ausführungen des vorlegenden Gerichts hinsichtlich einer möglichen Zusicherung des betroffenen Arbeitgebers, dass wegen des in Rede stehenden Umflaggens des streitge-

269 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 54; 15.7.2010 – C- 271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 42.

270 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 75.

271 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 80; kritisch dazu *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 79 m.w.N.

272 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 81.

273 Zur Anerkennung dieses Spielraums siehe: EuGH 8.9.2011 – C-297, 298/10 (*Hennigs*), EuZW 2011, 883 Rn. 65 m.w.N.

genständigen Schiffs kein Beschäftigungsverhältnis beendet werde.[274] Der EuGH forderte das vorlegende Gericht daher auf, zu prüfen, ob eine solche Zusicherung sich rechtlich als ebenso verbindlich wie die Klauseln eines Tarifvertrags erweist und geeignet ist, den Arbeitnehmern die Beachtung der Rechtsvorschriften und die Aufrechterhaltung der Bestimmungen des für ihr Arbeitsverhältnis geltenden Tarifvertrags zu garantieren.[275] Eine solche rechtsverbindliche Zusicherung wird in den hier untersuchten Fällen regelmäßig nicht vorliegen. Durch eine grenzüberschreitende Standortverlagerung oder Auslagerung sind Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen der Belegschaft typischerweise akut gefährdet, so dass die Verfolgung des vom EuGH verlangten Schutzzwecks regelmäßig plausibel dargetan ist.[276] Das gilt auch für einen Zeitpunkt, in dem konkret noch keine Entscheidung zum Ausspruch von Kündigungen getroffen worden ist, weil Standortverlagerungen gerade zum Zwecke der Gewinnsteigerung und Kostensenkung vorgenommen werden, die Reduzierung von Arbeitsplätzen oder Arbeitsbedingungen in solchen Fällen also vielleicht verschoben ist, aber nicht entfällt. Hierfür spricht auch, dass die Rechtsprechung die soziale Zielrichtung der Union, wie sie auch in Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 9 AEUV zum Ausdruck kommt, bei der Auslegung mittlerweile noch stärker gewichtet als früher.[277] Damit kommt dem Ziel der Sicherung von Arbeitsplätzen auch im Verhältnis zu den Grundfreiheiten eine erhöhte Bedeutung zu. So kann etwa eine gesetzliche Regelung, die eine Massenentlassung von der Zustimmung einer Behörde abhängig macht, grundsätzlich durch das Ziel, ein höheres Maß an tatsächlichem Schutz der Arbeitnehmer und ihrer Beschäftigung zu erzielen, gerechtfertigt werden.[278] Für Tarifverträge, die in Ausübung des von Art. 28 GRC geschützten Grundrechts zur Verbesserung des Schutzes der Arbeitnehmer geschlossen werden, muss dies ebenfalls gelten. Beanstandet hatte der EuGH im zitierten Urteil lediglich die konkrete Ausgestaltung der Regelung, da die darin für die Genehmigung durch die Behörde enthaltenen Kriterien zu allgemein und ungenau gefasst waren und daher über das für die Zielerreichung Erforderliche hinausgingen.[279]

Weiter muss das legitime Ziel auch mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgt werden, deren Wirkung nicht über das hinausgehen darf, was zur Zweckerrei-

274 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 81 ff.

275 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 82.

276 Ebenso: *Bayreuther* EuZA 2008, 395, 402; *Däubler* AuR 2008, 409, 416; *Franzen* in: FS Buchner, S. 231, 243; Däubler-*Heuschmid*, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 69; *Kania* ZESAR 2010, 112, 117; *Rebhahn* ZESAR 2008, 109, 116; *Zwanziger* RdA-Beilage 2009, 10, 20.

277 Vgl. EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZA 2017, 167 Rn. 76 ff.; 8.12.2020 – C-620/18 (*Ungarn/Parlament und Rat*), EuZW 2021, 547 Rn. 41 ff.; 8.12.2020 – C-626/18 (*Polen/Parlament und Rat*), Rn. 46 ff.

278 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZA 2017, 167 Rn. 94.

279 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZA 2017, 167 Rn. 95 ff.

chung erforderlich ist.[280] Dabei geht der EuGH davon aus, dass Kollektivmaßnahmen und Tarifverträge „eines der Hauptmittel der Gewerkschaft zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder“[281] darstellen. Deshalb kann auch die geforderte Abwägung mit den Grundfreiheiten nicht voraussetzen, dass die Marktfreiheiten der Kollektivbetätigung enge Grenzen setzen, ihrerseits also nur im jeweils geringstmöglichen Umfang eingeschränkt werden dürfen. Eine Grundrechtsausübung lediglich „nach Maßgabe“[282] der Grundfreiheiten ist nach diesem Maßstab nicht angemessen. Die notwendigen Schranken ziehen vielmehr das nationale Recht[283] und das Unionsrecht.

Das nationale Recht definiert die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Tarifverträge und Arbeitskämpfe. Werden sie nicht beachtet, ist damit ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit unverhältnismäßig und auch unionsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Beachtung aller Anforderungen des nationalen Rechts für die Rechtfertigungswirkung maßgebend ist.[284] Auch in der *Viking*-Entscheidung prüft der EuGH die Erforderlichkeit einer kollektiven Betätigung daran, ob die Gewerkschaft nach nationalem Recht nicht über andere, die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Maßnahmen verfügte, um den Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten.[285] Wenn das nationale Recht den Gewerkschaften keine andere Möglichkeit bietet als das Ergreifen von Arbeitskampfmaßnahmen, um nach vergeblichen Verhandlungen und einem gegebenenfalls gescheiterten Schlichtungsverfahren zu einem Tarifabschluss zu gelangen und so das angestrebte Maß an tatsächlichem Schutz der Arbeitnehmer zu erreichen, ist deren Erforderlichkeit zu bejahen.[286] Dass Streikmaßnahmen dem Unternehmen dabei keine unverhältnismäßigen Schäden zufügen dürfen, ist auch nach deutschem Arbeitskampfrecht vorausgesetzt.[287]

Darüber hinaus darf die Kollektivbetätigung auch das Sekundärrecht der Union nicht verletzen.[288] Das hatte der EuGH[289] damit begründet, dass die Mitgliedstaaten auch bei einer Regulierung des Arbeitskampfrechts auf Beachtung des Unionsrechts verpflichtet bleiben, also dabei ihre Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien nicht verletzen dürfen. Daran scheitert die Rechtfertigung der

280 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 84.
281 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 86.
282 *Rebhahn*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 22 (2008), S. 63, 68.
283 Vgl. EuGH 23.3.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 30.
284 Vgl. EuGH 23.3.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 25.
285 EuGH 11.12.2007 – C-435/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 87.
286 *Bayreuther*, EuZA 2008, 395, 402; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 116.
287 *Zwanziger* RdA-Beilage 2009, 10, 20.
288 EuGH 15.7.2010 – C- 271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 49, 50.
289 EuGH 18.12.2007 – C-341/05 Rn.108 (*Laval*), NZA 2008, 159.

Kollektivmaßnamen vorliegend jedoch schon deshalb nicht, weil insoweit keine einschlägigen Sekundärrechtsakte vorhanden sind. Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz, die von Beschäftigungssicherungsklauseln zu beachten wären, enthalten weder die Massenentlassungs-RL noch die personen- oder vertragstypenbezogenen Diskriminierungsverbote. Bestimmungen über die Grenzen von oder die unternehmerische Freiheit bei Standortverlagerungen, die von Standortsicherungsklauseln zu beachten wären, hat die Union nicht erlassen. Die Rechtmäßigkeitsprüfung vollzieht sich daher für nach nationalem Recht zulässige Kollektivmaßnahmen, die dem Arbeitnehmerschutz dienen, auf Unionsebene durch Abwägung der Kollektivbetätigungsfreiheit mit der Niederlassungsfreiheit.

III. Völkerrecht

Nicht nur das Grundgesetz und die Europäische Grundrechtecharta garantieren das Koalitions- und Arbeitskampfrecht, sondern auch mehrere völkerrechtliche Verträge.[290] Sie sind zwar lange ohne weitere Konsequenzen für die deutsche Rechtspraxis geblieben, weil die Rechtsprechung regelmäßig davon ausging, dem Völkerrecht seien in diesem Bereich grundsätzlich keine über das deutsche Recht hinausgehenden Gewährleistungen zu entnehmen;[291] in jüngerer Zeit gewinnt das Völkerrecht jedoch zunehmend an Bedeutung. Dafür waren die Rückanbindung der Auslegung der GRC an die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR ein wichtiger Anstoß. Da der EGMR seinerseits seine Auslegung verstärkt auch an der Interpretation anderer völkerrechtlicher Quellen orientiert, werden diese damit auch zunehmend Teil der Grundrechtsinterpretation auf nationaler und europäischer Ebene.[292]

1. Wirkung im nationalen Recht

Wie das Völkerrecht im nationalen Recht wirkt, insbesondere seine Verbindlichkeit für und Anwendbarkeit auf Privatpersonen, ist nach wie vor umstritten.[293] Für die hiesige Fragestellung kann die Meinungsverschiedenheit allerdings dahinstehen, da die Ratifizierung eines völkerrechtlichen Vertrags jedenfalls den Staat als Vertragspartei verpflichtet.[294] Dadurch sind alle staatlichen

290 Zu Art. 11 EMRK: BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695; BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543. Zu Art. 6 ESC: BAG 19.6.207 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

291 BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 15; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642; 20.12.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437.

292 *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 4.

293 Zu den Voraussetzungen: BVerfG 9.12.1970 – 1 BvL 7/66, juris Rn. 42.

294 *Treber* in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht § 14 Rn. 43.

Organe einschließlich der Gerichte zu seiner Beachtung und Anwendung verpflichtet. Die Gerichte müssen die Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts in Übereinstimmung mit dessen Methodik und unter Beachtung der völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staats vornehmen.[295] Das gilt auch für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte, sofern der Schutzstandard dadurch nicht eingeschränkt wird.

Die hierfür heranzuziehenden Bestimmungen des Völkerrechts werden ihrerseits konkretisiert durch die Gerichte oder Überwachungsgremien, welche die Verträge jeweils für die Überwachung der Vertragseinhaltung eingesetzt haben.[296] Zumindest der Rechtsprechung des EGMR wird dadurch eine faktische Orientierungsfunktion zugesprochen, die von deutschen Gerichten auch dann berücksichtigt werden muss, wenn sie nicht in einem gegen die Bundesrepublik gerichteten, und bereits deshalb gemäß Art. 46 EMRK verbindlichen Rechtsstreit entwickelt worden ist.[297] Die Orientierungswirkung bedeutet nicht, dass die vom EGMR vorgenommene Auslegung in das deutsche Recht übertragen werden muss.[298] Sie soll vielmehr bei der Entscheidung herangezogen werden, die Gerichte müssen sich mit ihr auseinandersetzen und etwaige Abweichungen nachvollziehbar begründen.[299] Der Hinweis allein, dass der völkerrechtliche Schutz über das nach dem Grundgesetz Gewährleistete nicht hinausgehe,[300] genügt dafür jedenfalls nicht. Freilich fordert das BVerfG mittlerweile, die Rechtsprechung des EGMR zu „kontextualisieren“,[301] um die Orientierungswirkung inhaltlich abzuschwächen und lediglich auf sog. Grundwertungen der EMRK zu begrenzen.

Zur Berücksichtigung solcher völkerrechtlichen Verträge, die zur Vertragsüberwachung kein Gericht, sondern ein Überwachungsgremium eingesetzt haben, hat das BVerfG im Zusammenhang mit Äußerungen des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (gemäß Art. 34 UN-Behindertenrechtskonvention) ausgeführt, dass sich ein nationales Gericht auch mit völkerrechtlich nicht verbindlichen Auffassungen eines zuständigen internationalen Vertragsorgans „in gutem Glauben argumentativ auseinandersetzen“ sollte.[302] Völlig bedeutungslos dürfen deren Auslegungsergebnisse im nationalen Recht auch schon deshalb nicht bleiben, weil das deutsche Zustim-

295 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407; BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.
296 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 130.
297 BVerfG 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, NJW 2011,1931 Rn. 89.
298 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 131.
299 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407.
300 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 Rn. 74; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 206.
301 BVerfG 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, NJW 2018, 2695 Rn. 132.
302 BVerfG 26.7.2016 – 1 BvL 8/15, NJW 2017, 53 Rn. 90.

mungsgesetz ihre Einsetzung und Beauftragung mit umfasst.[303] Auf die völkerrechtliche Verbindlichkeit ihrer Auslegungsergebnisse, die oftmals bestritten wird, kommt es daher im Ergebnis nicht an.[304] In der Praxis muss die Arbeitsgerichtsbarkeit auch zur Bestimmung von Umfang und Grenzen von Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht die Inhalte einschlägiger völkerrechtlicher Garantien ermitteln und zumindest prüfen, ob hier eine Angleichung möglich ist, ohne gegen die Auslegungsmethodik zu verstoßen oder das Schutzniveau der Verfassung zu unterschreiten.[305]

2. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ist die zentrale Rechtsgrundlage für bürgerliche und politische Menschenrechte in Europa. Erst in der Auslegung durch den EGMR wurde einigen dieser Rechte auch eine soziale Dimension zuerkannt; mittlerweile einschließlich der Koalitions- und Arbeitskampffreiheit. Innerhalb der EU kommt der EMRK eine herausgehobene Bedeutung zu, weil sie gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC den Mindestgewährleistungsgehalt von Unionsgrundrechten definiert. In Art. 11 Abs. 1 EMRK ist die Organisationsfreiheit garantiert, die den Vereinigungen ein Betätigungsrecht garantiert,[306] das der EGMR mittlerweile im Sinne eines Rechts auf Tarifverhandlungen[307] und Durchführung von Arbeitskämpfen[308] versteht. Diese Interpretation basiert auf einer vergleichenden Betrachtung einschlägiger völkerrechtlicher Gewährleistungen, mit deren Auslegung durch die vertraglichen Überwachungsgremien sich der EGMR für die Entwicklung seiner eigenen Rechtsprechung auch dann auseinandersetzt, wenn er im Ergebnis abweichend entscheidet.[309]

Art. 11 Abs. 1 EMRK gewährleistet allen das Recht, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten. Das schließt die Freiheit ein, sich in der Koalition zur Verfolgung der Interessen in Bezug auf die Erwerbsarbeit zu betätigen, und an gewerkschaftlichen Aktivitäten wie etwa Arbeitskämpfen teilzunehmen.[310] Da keine einschränkenden Voraussetzungen für die Organisation als Gewerkschaft aufgestellt worden sind, ist auch den Beteiligten an einer „Ad-hoc- Koalition" das Streikrecht garantiert. Die kollektive Koalitionsfreiheit gewährleistet den Gewerkschaften das Recht, sich für die In-

303 *Payandeh*, NVwZ 2020, 125 ff.
304 BVerfG 26.7.2017 – 1 BvL 8/15, NJW 2017, 53 Rn. 96.
305 Siehe dazu ausführlich *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 10.
306 EGMR 27.10.1975 – Nr. 4464/70 (*National Union of Belgian Police/Belgium*) Rn. 38.
307 EGMR 12.11.2008 – Nr. 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*), NZA 2010, 1425 Rn. 141 ff.; *Schlachter*, RdA 2011, 341, 344 f.; *Buchholtz* in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, § 10 Rn. 9 ff.
308 EGMR 21.4.2009 – Nr. 68959/01 (*Enerji Ypi-Yol Sen/Turkey*), NZA 2010, 1423.
309 *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 36.
310 EGMR 2.10.2014 – Nr. 10609/10 (*Matelly/France*) Rn. 55.

teressen ihrer Mitglieder einzusetzen.[311] Um welche Interessen es dabei gehen darf, ist nicht näher definiert worden; der EGMR umschreibt sie als „occupational interests",[312] die anscheinend alles einschließen, was im Bezug zur Arbeitstätigkeit steht, also über den technischen Begriff der Arbeitsbedingungen hinausgehen. Ausgeschlossen sind damit vorrangig Rechtsfragen und wohl auch rein politische Auseinandersetzungen ohne hinreichenden Bezug zu den Interessen bei der Erwerbsarbeit. Ausdrücklich unbegrenzt ist der persönliche Anwendungsbereich von Art. 11 EMRK, der jede Person schützt, unabhängig von Beruf, Status oder Vertragstyp.[313]

Eingriffe in die Rechte aus Art. 11 Abs. 1 EMRK können nach Maßgabe von Abs. 2 gerechtfertigt sein. Das setzt voraus, dass sie gesetzlich vorgesehen sind, ein berechtigtes Ziel verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Dass das Arbeitskampfrecht in Deutschland im Wesentlichen aus Richterrecht besteht, widerspricht diesen Anforderungen nicht, da eine Grundlage im geschriebenen Recht nicht zwingend verlangt wird, sofern die Rechtsgrundlage für die Betroffenen zugänglich und hinreichend vorhersehbar ist.[314] Die legitimen Eingriffsziele umfassen unter anderem die Rechte und Freiheiten Anderer, sehen also eine Abwägung zwischen den Grundrechten mehrerer Beteiligter vor. Für diese Abwägung kommt den Staaten ein grundsätzlich weiter Ermessensspielraum zu, der allerdings reduziert wird, wenn Einschränkungen den Kernbereich des geschützten Rechts betreffen;[315] sein Wesensgehalt darf nicht angetastet werden. Auch eine Abwägung mit den Grundfreiheiten der Union hat der EGMR als vom Ermessensspielraum des Staates gedeckt angesehen,[316] betont allerdings, dass es sich dabei im Rahmen der EMRK nicht um ein gleichrangiges Grundrecht handelt, sondern die Grundfreiheiten bei der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind.[317] Daher kann das Ausmaß wirtschaftlicher Folgen von Streikmaßnahmen als solches für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht ausschlaggebend sein.[318] Lediglich wirtschaftliche Rechte Dritter können einen Eingriff jedenfalls dann nicht rechtfertigen, wenn es nur um die wirtschaftlichen Folgen eines Streiks beim Kampfgegner geht.[319] Dass die fragliche Einschränkung in einer demo-

311 EGMR 3.5.2016 – Nr. 65397/13 (*Unite the Union/UK*) Rn. 53.
312 EGMR 10.1.2002 – Nr. 53574/99 (*UNISON/UK*), ECHR 2002-I, 511; 20.11.2018 – Nr. 44873/09 (*Ognevenko/Russia*) Rn. 55.
313 EGMR 9.7.2013 – Nr. 2330/09 (*Sindicatul Pastorul cel Bun/Romania*), NJOZ 2014, 1715 Rn. 145; *Ulber* in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, § 6 Rn. 424.
314 EGMR 2.10.2014 – Nr. 48408/12 (*Tymoshenko/Ukraine*), AuR 2015, 140 Rn. 80.
315 EGMR 8.4.2014 – Nr. 31045/10 (*RMT/UK*), NJOZ 2015, 1744 Rn. 87.
316 EGMR.10.6.2021 – Nr.45487/17 (*LO and NTF/Norway*) Rn. 114 f.
317 EGMR.10.6.2021 – Nr.45487/17 (*LO and NTF/Norway*) Rn. 118.
318 EGMR.10.6.2021 – Nr.45487/17 (*LO and NTF/Norway*) Rn. 117.
319 EGMR 8.4.2014 – Nr. 31045/10 (*RMT/UK*), NJOZ 2015, 1744 Rn. 82; 20.11.2018 – Nr. 44873/09 (*Ognevenko/Russia*) Rn. 73.

kratischen Gesellschaft notwendig sein muss, verweist auf die geforderte Verhältnismäßigkeit zwischen dem dringenden sozialen Eingriffszweck und dem dafür genutzten Eingriffsmittel.

3. Europäische Sozialcharta (ESC)

Die Europäische Sozialcharta (ESC) gilt seit der Ratifizierung im Jahre 2021 auch für Deutschland in der revidierten Fassung (RESC). Für das Koalitions-, Tarifvertrags und Arbeitskampfrecht aus den Art. 5, 6 Abs. 2 und Abs. 4 ergeben sich dadurch allerdings keine Besonderheiten, denn insoweit sind beide Fassungen identisch. Zwar hat die Bundesrepublik bei der Ratifizierung Auslegungserklärungen abgegeben, die Art. 6 RESC dahingehend verstehen wollen, dass er den in Deutschland geltenden Streikvoraussetzungen (das tarifliche regelbare Streikziel und der notwendig gewerkschaftsgetragene Arbeitskampf) nicht entgegensteht.[320] Praktische Auswirkungen kann dieser Vorbehalt aber nicht haben, da gemäß Art. B Abs. 1 RESC bei der Ratifizierung mindestens dieselben Verpflichtungen akzeptiert werden müssen, die bereits bei Anerkennung der ESC in ihrer ursprünglichen Fassung bestanden. Ein Unterzeichnerstaat soll sich gerade nicht den bereits anerkannten Verpflichtungen nachträglich wieder entziehen können. Entsprechend ändert sich an den bisherigen Streitfragen nichts.

Ob die RESC im nationalen Recht unmittelbar anwendbar ist,[321] kann vorliegend ebenfalls dahinstehen, da jedenfalls ihre Berücksichtigung durch die Rechtsprechung bei der Anwendung des nationalen Rechts geboten ist.[322] Dafür muss sich die Rechtsprechung jedenfalls mit der Interpretation der Charta auseinandersetzen.

Was gemäß Art. 6 Abs. 2 RESC Gegenstand von Kollektivvertragsverhandlungen sein kann, ist nicht explizit geregelt. Allerdings erfasst Art. 6 RESC generell alle Fragen, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber in dieser Eigenschaft betreffen, also nicht nur unmittelbare Arbeitsbedingungen, sondern auch die sozialen Verhältnisse bei der Arbeitsleistung. Bei den „gemeinsamen Beratungen" gemäß Art. 6 Abs. 1 RESC wurden auch wirtschaftliche Fragen zur Produktivität oder zur Unternehmensleitung einbezogen.[323] Art. 6 Abs. 2 RESC, der Kollektivverhandlungen garantiert, bezieht die Förderungspflicht

320 BT-Drucks. 19/20976, 55.

321 EuArbRK-*C. Schubert*, ESC Vor Art. 1 Rn. 24, 55.

322 BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, NZA 1984, 393; 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 334; 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 74; Schaub-*Treber*, § 191 Rn. 28; a.A.: LAG Berlin-Brandenburg 18.2.2016 – 5 Sa 1904/15 Rn. 26.

323 ECSR 27.1.2016 – CC Nr. 101/2013 (*CESP/France*) Rn. 121; 21.3.2018 – CC 116/2015 (*Matica Hrvatski Sindikata/Croatia*) Rn. 97.

des Staates auf die Regelung von Beschäftigungsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge, scheint also einen engeren Gegenstand zu betreffen. Daraus ist bislang aber nicht geschlussfolgert worden, dass aus den Vertragsverhandlungen bestimmte Gegenstände ausgenommen werden müssen. Vielmehr folgt aus dem Umstand, dass Verhandlungen zwischen den Interessenvertretern nicht auf einen bestimmten Typ von Vereinbarungen (wie z. B. Tarifverträgen) oder überhaupt auf den Abschluss von Verträgen zielen müssen, dass die Vertreter ihre Betätigung und deren mögliche Ergebnisse frei gestalten können. Insbesondere sind nicht nur solche Vereinbarungen erfasst, die die Arbeitsbedingungen der Mitglieder inhaltlich regeln wollen.

Das in Art. 6 Abs. 4 RESC gewährleistete Recht auf kollektive Maßnahmen ist jeweils den Arbeitnehmern und Arbeitgebern gewährleistet. Obwohl der Streik im Normtext ausdrücklich angesprochen ist, sind zulässige kollektive Maßnahmen darauf nicht begrenzt,[324] sondern ihre Auswahl ist grundsätzlich den Beteiligten freigestellt. Das Streikrecht steht nicht den Verbänden zu, sondern den Einzelnen, die es kollektiv ausüben dürfen. Seiner Funktion nach ist der Streik auf Interessenkonflikte zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern bezogen, jedoch nicht auf die Regelung von bestimmten Arbeitsbedingungen begrenzt.[325] Ob und inwieweit Arbeitskämpfe um unternehmerische Entscheidungen geführt werden dürfen, ist noch nicht entschieden worden. Solange es sich um Interessenkonflikte aus dem Arbeitsverhältnis handelt, spricht aber nichts für einen Ausschluss bestimmter Streikziele.[326] Auch von einem Tarifabschluss als Streikziel ist der Arbeitskampf nicht abhängig.[327] Da der Streik zur Lösung von Konflikten bei der beruflichen Betätigung der Mitglieder dient, kann jede Vereinbarung, die diesen Zweck verfolgt, damit durchgesetzt werden. Das umfasst alle berufsbezogenen Interessen, nicht nur solche, die sich auf einen Kollektivvertrag beziehen. Lediglich Streiks zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder rein politische Streiks werden von der Gewährleistung ausgenommen.[328] Der Staat ist zwar berechtigt, Rechte aus Art. 6 RESC zum Schutz der Rechte Dritter einzuschränken, muss dabei aber die von der Charta gezogenen Grenzen beachten.

Wollen Staaten die Zulässigkeit von Kollektivmaßnahmen einschränken, ist dies nur in den Grenzen von Art. G RESC zulässig, also insbesondere an den

324 *Evju*, AuR 2012, 276, 279.
325 ECSR Conclusions XIII-3 (1996), Netherlands Antilles S. 136.
326 A.A.: EuArbRK-*C. Schubert*, ESC Art. 6 Rn. 33.
327 ECSR Conclusions XXI-3 (2018) Germany Art. 6 § 4.
328 LAG Baden-Württemberg 20.2.1019 – 4 Sa 40/18 Rn. 183; *Paukner*, ZTR 2008, 130, 137; *Schlachter*, SR 2013, 77, 88.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden.[329] Die Einschränkung bedarf einer gesetzlichen Regelung und muss in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der Rechte und Freiheiten Anderer notwendig sein. Diese Voraussetzungen sind an die Formulierung in Art. 11 Abs. 2 EMRK angelehnt und dementsprechend zu interpretieren. Die wirtschaftlichen Belastungen, die typischerweise von einem Arbeitskampf ausgehen, genügen daher nicht, um Streikaktivitäten einzuschränken. Verfahrensvorgaben, die grundsätzlich eine Beschränkung des Streikrechts darstellen, sind zulässig, solange sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.[330] Das schließt auch die Pflicht zur Beachtung einer tariflichen Friedenspflicht ein, denn Beschränkungen aus Gesamtarbeitsverträgen erkennt Art. 6 Abs. 4 RESC ausdrücklich an.

Wenn der Staat die Zulässigkeit eines Streiks von der Verfolgung besonderer („tariflicher") Streikziele abhängig machen möchte, könnte auch das als Verfahrensregelung verstanden werden. Sie wäre jedoch mit Art. G nur vereinbar, falls die konkret betroffenen Konflikte zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern über ihre berufsbezogenen Interessen anders als durch Arbeitskampf gelöst werden können. Wenn die Rechtsordnung eine Lösung nicht tarifbezogener Konflikte durch Gerichtsverfahren ermöglicht, weil durchsetzbare Rechtsansprüche bestehen, ist die Einräumung des Arbeitskampfs als Konfliktlösungsinstrument nicht erforderlich. Bei Massenentlassungen wegen Betriebsstilllegung oder -verlegung, deren inhaltliche Berechtigung an den Maßstäben des KSchG gerade nicht gerichtlich überprüfbar ist,[331] fehlt es an einem alternativen Instrument zur Konfliktlösung; in solchen Fällen kann das Streikrecht als einzig verbleibendes Instrument vom nationalen Recht nicht ausgeschlossen werden.

4. ILO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und Nr. 98 über das Recht auf Kollektivverhandlungen

Das Übereinkommen Nr. 87 gibt allen im Arbeitsprozess Stehenden uneingeschränkt („ohne jeden Unterschied") die individuelle und kollektive Vereinigungsfreiheit einschließlich des Betätigungsrechts. Gemäß Art. 11 sind Staaten verpflichtet, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um diese Rechte zu gewährleisten. Dass die garantierte Betätigungsfreiheit auch ein Streikrecht einschließt, ist im Übereinkommen nicht ausdrücklich formuliert, wird aber von den ILO- Überwachungsgremien mit der Begründung be-

329 *Schlachter*, SR 2013, 77, 88 f.

330 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, AuR 2004, 149; LAG Baden-Württemberg 20.2.2019 – 4 Sa 40/18 Rn. 184.

331 Dazu: *Bepler* in FS Wißmann, S. 97, 112.

jaht, dass dies als Instrument zur Interessensdurchsetzung notwendig ist.[332] Die wichtigsten Instrumente, mit denen Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Konfliktfall durchgesetzt werden können, sind Maßnahmen zur Druckausübung. Diese müssen deshalb zugelassen werden, sofern sie nach vergeblichen Verhandlungsversuchen friedlich durchgeführt werden. Im Ergebnis wird das Streikrecht aus der Vereinigungsfreiheit hergeleitet, nicht aus dem Recht auf Kollektivverhandlungen; ein Bezug des Arbeitskampfs zur Kollektivvertragsfreiheit besteht nicht, die Verfolgung eines tarifvertraglich regelbaren Streikziels kann entsprechend nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung sein.[333] Staatliche Regulierungen sind zwar grundsätzlich möglich, dürfen aber nicht unverhältnismäßig sein und insbesondere die Inanspruchnahme geschützter Rechte keinesfalls faktisch ausschließen.[334]

332 ILO, General Survey 1994, Rn. 148; General Survey 2012, Rn. 117; *Zimmer* in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, § 5 Rn. 84 ff.; *Klein* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 22 ff.

333 *Servais*, SR 2017, 45, 51.

334 ILO CEACR, Report 2010 (UK), S. 209.

C. Maßnahmen der Standort- und Beschäftigungssicherung als Gegenstand von Tarifverträgen

Aus dem dargestellten rechtlichen Rahmen lässt sich für die Beurteilung der tarifvertraglichen Regelbarkeit von Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung ein mehrstufiges Prüfungsprogramm ableiten:

- Zunächst ist für jede Vereinbarung zu prüfen, ob sie Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG zum Gegenstand hat. Ist dies zu bejahen, so fällt sie grundsätzlich in den von der Tarifautonomie erfassten Bereich, d.h., die Tarifvertragsparteien können die Materie zumindest schuldrechtlich regeln.
- Normative Regelungen sind indessen nur möglich, wenn es sich um Inhalts-, Abschluss- bzw. Beendigungsnormen oder um Normen über betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Fragen handelt, was in einem weiteren Schritt zu prüfen ist.
- Steht die tarifvertragliche Regelbarkeit der Materie – sei es normativ oder schuldrechtlich – grundsätzlich fest, ist in einem abschließenden Schritt zu prüfen, ob der Regelung ausnahmsweise höherrangiges Recht, insbesondere die unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV), entgegensteht.

I. Grenze der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Wie bereits gezeigt, beschreibt Art. 9 Abs. 3 GG mit den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" eine Begrenzung der tariflich regelbaren Gegenstände.[335] Jenseits dieser Inhalte getroffene Absprachen können nicht mehr auf die Tarifautonomie als Ausdruck der Koalitionsbetätigungsfreiheit gestützt werden. Die hiesigen Untersuchungsgegenstände überschreiten diese Außengrenze der tariflichen Regelungsbefugnis jedoch nicht. Sie enthalten „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen", die in den Schutzbereich der Betätigungsfreiheit der Koalitionen fallen. Das gilt unabhängig davon, ob das Begriffspaar – wie hier vorgeschlagen – auf alle Bedingungen bezogen wird, welche die entgegengesetzten Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern berühren, oder – wie in der Rechtsprechung des BAG – auf alle Faktoren,

335 Siehe bereits unter B.I.1.a)aa) sowie unter B.I.2.d).

die im Zusammenwirken die Voraussetzungen und Bedingungen abhängiger Arbeit beeinflussen.

Beschäftigungsgarantien durch die Zusage eines *Verzichts auf betriebsbedingte Kündigungen* stellen eine tarifliche Beendigungsnorm dar, die alternativ sogar im Einzelarbeitsvertrag geregelt werden könnte. Sie enthalten also eine Arbeitsbedingung im engsten Sinne.

Eine *Zusage zur Aufrechterhaltung einer Mindestbeschäftigtenzahl* verpflichtet zur Anwendung einer quantitativen Besetzungsregel, deren grundsätzliche Zulässigkeit das BAG bereits seit langem anerkennt.[336] Sie regelt unmittelbar Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird, weil sie die Beschäftigten vor Arbeitsüberlastung schützen und weiterer Arbeitsverdichtung entgegenwirken soll.[337] Falls auf diese Weise auch Arbeitsgelegenheiten gesichert werden, die gegebenenfalls Dritten offenstehen könnten, handelt es sich dabei nur um einen Reflex des Beschäftigtenschutzes, dessen mögliches Auftreten die tarifliche Regelungskompetenz nicht beschränken kann.

Für die *Zusage von Standortgarantien*, die eine Schließung oder Verlagerung von Betrieben an einem bestimmten Standort zeitweilig ausschließen, gilt grundsätzlich nichts anderes.[338] Eine Betriebsschließung oder -verlagerung lässt den Beschäftigungsbedarf am Standort entfallen mit der Folge betriebsbedingter Kündigung der dort bisher Beschäftigten. Ein Verzicht auf diese Maßnahmen ist funktionell äquivalent zum Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen, unterliegt daher ebenso wie dieser der tariflichen Regelungskompetenz. Dagegen wird eingewendet, dass Standortentscheidungen der Nachfrage nach Arbeitskräften logisch vorgeschaltet und deshalb der tariflichen Regelung entzogen sein müssten.[339] Das kennzeichnet allerdings nicht den Regelungsgegenstand tariflicher Standortgarantien. Diese schützen tarifgebundene Beschäftigte, die bereits in einem Arbeitsverhältnis stehen, vor dessen Beendigung. Die logisch vorgeschaltete Entscheidung, eine wirtschaftliche Betätigung unter Einsatz von Beschäftigten ausüben zu wollen, hat der Arbeitgeber in diesem Falle bereits mit ihrer Einstellung getroffen. Bei der Erhaltung des Standortes handelt es sich daher nicht um eine der Beschäftigung vorgelagerte Frage, sondern um die Grundvoraussetzung der Erbringung abhängiger Arbeit

336 BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999,1157; siehe auch unter C.II.2.

337 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15.

338 *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 56 ff.; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 59 ff.

339 *Hartmann* in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Ausweitung der Tarifmacht, 16, 39.

und damit um eine Arbeitsbedingung „ersten Ranges“,[340] die tariflich geregelt werden kann.

Ein *Auslagerungsverzicht,* mit dem zugesagt wird, dass Maßnahmen zur rechtlichen Verselbständigung von Betrieben oder Betriebsteilen oder zu ihrer Übertragung auf einen anderen Inhaber zeitweilig unterbleiben, gestaltet gleichfalls unmittelbar die Arbeitsbedingungen Tarifgebundener. Bei derartigen Maßnahmen handelt es sich regelmäßig um einen Betriebsübergang gemäß § 613a BGB.[341] Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein, d.h., es ändert sich der Vertragspartner, also ein *essentiale negotii* des bestehenden Arbeitsvertrags. Zudem gelten die bestehenden Tarifverträge nach dem Betriebsübergang nicht mehr nach §§ 3, 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend, sofern der neue Betriebsinhaber nicht ebenfalls an den Tarifvertrag gebunden ist. Stattdessen werden die tariflichen Arbeitsbedingungen gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB in das Arbeitsverhältnis zum Erwerber transformiert. Damit ändern sie zwar nicht ihren kollektiven Charakter, wohl aber ihre Qualität, da sie nur statisch fortgelten. Im Falle kongruenter Tarifbindung von Beschäftigten und Erwerber können bisherige Tarifinhalte sogar durch gleiche Regelungsgegenstände im Erwerbertarifvertrag abgelöst werden, § 613a Abs. 1 S. 3 BGB. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Arbeitsbedingungen auf diese Weise verschlechtern.[342] Selbst wenn Beschäftigte gemäß § 613a Abs. 6 S. 1 BGB dem Betriebsübergang widersprechen, ändern sich ihre Arbeitsbedingungen, weil sie zwar ihren Vertragsarbeitgeber behalten, aber entweder ihren Arbeitsplatz wechseln oder ihn durch betriebsbedingte Kündigung verlieren. Eine tarifliche Regelung, die derartige Rechtsfolgen durch den Verzicht auf Auslagerungen verhindert, schützt mithin die aktuell geltenden Arbeitsbedingungen der tarifgebundenen Beschäftigten vor Verschlechterungen und regelt damit einen Faktor, der im Zusammenwirken mit anderen die Voraussetzungen und Bedingungen abhängiger Arbeit beeinflusst.

Investitionszusagen regeln die Arbeitsbedingungen der Tarifgebundenen dagegen nur indirekt, aber auch diese indirekte Wirkung genügt zur Begründung einer tariflichen Regelungsbefugnis. Sobald nicht nur eine betragsmäßige Investition zugesagt, sondern auch Investitionsziele konkret verabredet werden, werden damit auch Folgewirkungen auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse festgelegt. Wenn in neue Produktionsmittel oder in Digitalisierung investiert oder eine Anlagenerweiterung zugesagt wird, hat das konkrete Folgen für die Beschäftigungsumstände der dort Tätigen. Auch wenn mit einer Investitions-

340 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 220.

341 ErfK-*Preis*, § 613a BGB Rn. 37.

342 BAG 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922; a.A. *Klein,* EuZA 2014, 325 ff. (insbesondere 339 f.).

zusage unmittelbar Wirtschaftsbedingungen des Unternehmens beeinflusst werden, haben diese jedoch vorhersehbar notwendige Folgewirkungen auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse, regeln also mittelbar auch die Arbeitsbedingungen.

II. Normative Regelbarkeit

Mit der Einordnung der Untersuchungsgegenstände als Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen[343] i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG steht fest, dass sie jedenfalls Inhalt des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags sein können.[344] Ob sie darüber hinaus auch im normativen Teil geregelt werden können, ist von einer Zuordnung zu einem der in § 1 Abs. 1 TVG genannten Normtypen abhängig.

1. Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen

Eine normative Regelung zur Beschäftigungssicherung kann insbesondere durch den *Ausschluss oder die Beschränkung des Kündigungsrechts* des Arbeitgebers erfolgen. So können bspw. ordentliche betriebsbedingte Kündigungen vorübergehend vollständig ausgeschlossen werden.[345] Ebenso kann geregelt werden, dass bestimmte Sachverhalte als ordentlicher Kündigungsgrund ausscheiden.[346] Solche Regelungen sind Beendigungsnormen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG,[347] da sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses betreffen.[348]

Um eine Beendigungsnorm handelt es sich auch, wenn der Tarifvertrag – wie in den Beispielen (1) und (2) – ordentliche Kündigungen ausschließt, sofern sie nicht mit Zustimmung des Betriebsrats und/oder der Gewerkschaft erfolgen.[349] Die Rechtmäßigkeit solcher Klauseln hat das BAG ausdrücklich bestätigt.[350] Die in der Literatur gegen diese Entscheidung vorgebrachten Einwände[351] überzeugen nicht.[352]

---

343 Siehe unter C.I.

344 Siehe dazu bereits unter B.I.2.d).

345 BAG 24.2.2011 – 2 AZR 830/09, NZA 2011, 708 Rn. 21 m.w.N.; Däubler- *Klein*, TVG, § 1 Rn. 895; JKOS-*Krause*, § 4 Rn. 39.

346 Wiedemann-*Thüsing*, § 1 Rn. 641.

347 BAG 28.6.2001 – 6 AZR 114/00, NZA 2002, 331, 334 unter B.III.3.a) der Gründe; Henssler/Moll/Bepler-*Moll*, Teil 12 Rn. 39. Die negative Koalitionsfreiheit wird durch den Kündigungsausschluss in einer nur gegenüber Gewerkschaftsmitgliedern wirkenden Beendigungsnorm – entgegen *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 2236 – nicht verletzt, siehe dazu: Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 915.

348 Siehe auch bereits oben unter B.I.2.a).

349 Siehe bereits unter B.I.2.c).

350 BAG 24.2.2011 – 2 AZR 830/09, NZA 2011, 708 Rn. 21.

351 *Berger,* NZA 2015, 208 ff.

352 Siehe ausführlich: Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 906.

Durch die Zusage einer Mindestbeschäftigtenzahl, eines Standorterhalts, eines Auslagerungsverzichts oder einer Investition wird indessen weder der Inhalt noch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geregelt, weshalb solche Regelungen nicht Gegenstand einer Inhalts- oder Beendigungsnorm sein können.[353] Eine normative Regelung kommt aber durch eine Betriebsnorm in Betracht.

2. Betriebsnormen

Eine *Zusage zur Aufrechterhaltung einer Mindestbeschäftigtenzahl* kann als quantitative Besetzungsregel eingeordnet werden.[354] Quantitative Besetzungsregeln legen fest, wie viele Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer für eine bestimmte Tätigkeit mindestens einzusetzen sind.[355] Sie sollen einerseits Beschäftigung sichern und andererseits die Beschäftigten vor Arbeitsüberlastung schützen und weiterer Arbeitsverdichtung entgegenwirken.[356] Die Rechtsprechung hat die Zulässigkeit quantitativer Besetzungsregeln grundsätzlich anerkannt und sie zutreffend als Betriebsnormen qualifiziert.[357] Die klassischen Besetzungsregeln, insbesondere in den Flächentarifverträgen der Druckindustrie, waren zwar arbeitsplatzbezogen, indem sie z.B. die personelle Besetzung von Maschinen regelten.[358] Dies hatte jedoch keine rechtlichen, sondern tarifpolitische Gründe. Aus rechtlicher Sicht ist es unerheblich, ob die personelle Mindestbesetzung an einen Arbeitsplatz anknüpft oder an eine Abteilung oder den Betrieb. Auch eine quantitative Besetzungsregel, die eine Mindestpersonalstärke für den Betrieb oder Betriebsteile vorsieht (etwa durch die Festschreibung eines Personalschlüssels[359]), dient der Beschäftigungssicherung und dem Schutz vor Überlastung. Sie ist ebenfalls als Betriebsnorm zu qualifizieren,[360] weil sie die Organisationshoheit des Arbeitgebers steuert und eine Angelegenheit regelt, deren individualvertragliche Regelung wegen evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit ausscheidet.[361]

Ob auch die Zusage eines Standorterhalts, eines Auslagerungsverzichts oder einer Investition Gegenstand einer Betriebsnorm sein können, ist durch die

353 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 56 f.; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 67.

354 So wohl auch Däubler-*Heuschmid*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1025.

355 ErfK-*Franzen*, TVG § 1 Rn. 60; Henssler/Moll/Bepler-*Ulber*, Teil 5 (7) Rn. 1; Däubler- *Klein*, TVG, § 1 Rn. 854.

356 Vgl. BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999, 1157, 1159; LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15, juris Rn. 91; *Kohte,* RdA 2019, 347, 349.

357 BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999,1157; LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15, juris Rn. 91.

358 *Kohte,* RdA 2019, 347, 349.

359 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15.

360 Däubler-*Heuschmid*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1025.

361 Zu den Abgrenzungskriterien siehe bereits unter: B.I.2.b).

Rechtsprechung bislang nicht geklärt.[362] Die bisherigen Versuche[363] zur Abgrenzung des möglichen Regelungsgehalts betrieblicher Normen sind bei der Beantwortung dieser Frage nur begrenzt aussagekräftig, da sie vor allem auf eine Abgrenzung zwischen Inhalts- und Betriebsnormen ausgelegt sind. Das gilt insbesondere für das Kriterium der Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung, welches bei den zu untersuchenden Regelungsgegenständen ausnahmslos erfüllt wäre. Geeigneter scheint indessen der neuere Ansatz des BAG, der auf die Funktion des § 3 Abs. 2 TVG abstellt, das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft als Kollektiv zu regeln. Da die dogmatischen Grundlagen dieses „betrieblichen Rechtsverhältnisses" allerdings nicht näher konturiert sind, lässt auch dieser Ansatz keine eindeutigen Aussagen zu.

Wird indessen mit der hier vertretenen Ansicht auf die Konstruktion eines „betrieblichen Rechtsverhältnisses" verzichtet und stattdessen darauf abgestellt, dass die Normen die betriebliche Organisationshoheit des Arbeitgebers steuern,[364] können die genannten Zusagen eindeutig als Betriebsnorm eingeordnet werden.[365] Die Zusagen begrenzen die betriebliche Organisationshoheit des Arbeitgebers, indem sie ihn verpflichten, auf eine Schließung, Verlagerung oder Auslagerung des Betriebs zu verzichten oder eine Investition in den Betrieb zu tätigen.[366]

In der Literatur wird eine Regelung der in Rede stehenden Gegenstände durch Betriebsnormen hingegen überwiegend abgelehnt.[367] Betriebsnormen setzten die Existenz des Betriebs voraus und beträfen deshalb nicht die unternehmerische Vorfrage, welche Betriebe erhalten, geschlossen oder verlagert werden. Dieser Einwand überzeugt jedoch nicht. Er setzt eine Unterscheidung zwischen betrieblichen Fragen und den diesen vermeintlich vorgelagerten unternehmerischen Entscheidungen voraus.[368] Eine solche Differenzierung kennt das Tarifvertragsrecht nicht. Durch den Tarifvertrag wird immer der Arbeitgeber, also das Unternehmen, verpflichtet.[369] Dies gilt trotz der unglücklichen Formulierung des § 3 Abs. 2 TVG („gelten für alle Betriebe") auch für Betriebs-

362 Im Hinblick auf einen Outsourcing-Verzicht ausdrücklich offenlassend: BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, 808 Rn. 25.

363 Siehe bereits unter: B.I.2.b).

364 Siehe unter: B.I.2.b).

365 Ebenso: *Dieterich* in: FS Däubler, S. 451, 462; Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 889.

366 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 889.

367 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 57; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 67 f.; *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 35 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 397; Kempen/Zachert/*Kempen* § 3 Rn. 30; a.A. soweit ersichtlich nur *Dieterich* in: FS Däubler, S. 451, 462.

368 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 889.

369 Vgl. HWK-*Henssler*, TVG § 3 Rn. 7, 14; JKOS-*Oetker*, § 6 Rn. 11, 23; Schaub-*Treber*, § 204 Rn. 9.

normen. Der selbst nicht rechtsfähige Betrieb ist nur die Bezugsgröße für die Geltung der Normen; verpflichtet wird das Unternehmen als Rechtsträger.[370] Tarifvertragsnormen steuern damit völlig unabhängig von ihrem Inhalt immer Entscheidungen des Unternehmens. Die nach § 1 Abs. 1 TVG einer normativen Regelung zugänglichen „betrieblichen Fragen" bilden somit keine von den unternehmerischen Entscheidungen abgrenzbare Kategorie, sondern eine Unterkategorie. Entscheidungen über betriebliche Fragen sind immer auch unternehmerische Entscheidungen. Abzugrenzen ist also nicht zwischen betrieblichen Fragen und unternehmerischen Fragen, sondern zwischen Fragen, die den Betrieb betreffen, und solchen, die nicht den Betrieb betreffen. Sofern ein Betrieb existiert und der Arbeitgeber über dessen Schließung, Verlagerung oder Auslagerung entscheidet, handelt es sich in jedem Fall um Fragen, die den Betrieb betreffen. Fraglich könnte allenfalls sein, ob § 1 Abs. 1 TVG die Existenz eines Betriebs voraussetzt oder auch die Errichtung eines Betriebs eine betriebliche Frage ist. Auf diese Frage kommt es im Zusammenhang mit den untersuchten Zusagen aber nicht an, da Letztere an die Existenz des Betriebs anknüpfen und diese somit ebenfalls voraussetzen. Entgegen der herrschenden Ansicht in der Literatur kann die Zusage eines Standorterhalts, eines Auslagerungsverzichts oder einer Investition in einen Betrieb demnach nicht nur im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags, sondern auch als Betriebsnorm vereinbart werden.

3. Betriebsverfassungsrechtliche Normen

Durch betriebsverfassungsrechtliche Normen können die Rechte des Betriebsrats im Hinblick auf die Fragen der Standort- und Beschäftigungssicherung gestärkt werden. Möglich und in der Tarifpraxis verbreitet sind betriebsverfassungsrechtliche Normen, welche die in § 102 BetrVG vorgesehenen Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Falle einer Kündigung durch den Arbeitgeber erweitern und beispielsweise ein echtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vorsehen. Da solche Regelungen nach der Rechtsprechung des BAG nur zulässig sind, wenn sie eine Konfliktauflösung durch eine dritte Instanz vorsehen,[371] stellen sie jedoch in erster Linie eine verfahrensmäßige Absicherung des individuellen Kündigungsschutzes dar, ohne den Kündigungsschutz materiell grundlegend zu erhöhen.[372] Sie sind daher zur Standort- und Beschäftigungssicherung nur sehr bedingt geeignet. In einem Standortsicherungstarifvertrag bietet sich daher eher der bereits erörterte Weg an, betriebsbedingte Kündigungen grundsätzlich auszuschließen und von der Zustimmung des Betriebs-

370 Däubler-*Lorenz*, TVG, § 1 Rn. 67.
371 Siehe bereits unter B.I.2.c).
372 Vgl. Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 907.

rats und/oder der Gewerkschaft abhängige Ausnahmemöglichkeiten vorzusehen.[373]

Ebenfalls vorzufinden sind Tarifnormen, die dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht über die vorübergehende Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit einräumen und während der Laufzeit der Arbeitszeitverkürzung betriebsbedingte Kündigungen ausschließen oder einschränken. Die Wirksamkeit solcher Regelungen wurde in der Rechtsprechung anerkannt.[374] Sieht der Tarifvertrag indessen vor, dass die Betriebsparteien von den tariflichen Regelungen (z.B. über die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit oder über Sonderzahlungen) abweichen können, gegebenenfalls mit der Einschränkung, dass sie eine geeignete Form der Beschäftigungssicherung vereinbaren müssen, handelt es sich nicht um eine betriebsverfassungsrechtliche Norm, sondern um eine tarifliche Öffnungsklausel (§ 4 Abs. 3 Alt. 1 TVG, § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG). Eine betriebliche Regelung kann in diesen Fällen nur freiwillig zustande kommen.

Eine weitere Möglichkeit besteht schließlich darin, die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten auszudehnen. In der Literatur wird beispielsweise vorgeschlagen, Betriebsänderungen als solche der Mitbestimmung des Betriebsrats zu unterwerfen oder dem Betriebsrat hinsichtlich des Interessenausgleichs ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht einzuräumen, jedenfalls soweit es um die personellen, arbeitsmäßigen und sozialen Auswirkungen der Betriebsänderung geht.[375] Denkbar ist ferner eine Ausweitung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs der Betriebsänderung, beispielsweise durch Einbeziehung gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen.[376] Einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit solcher Tarifregelungen existiert bislang allerdings nicht.[377] Dies dürfte auch damit in Zusammenhang stehen, dass derartige Regelungen in der Tarifpraxis offensichtlich keine Verbreitung gefunden haben.

373 Siehe bereits unter C.II.1.

374 Siehe bereits unter B.I.2.c).

375 Däubler-*Heuschmid*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1021 m.w.N.; DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 186; *Fitting*, § 1 Rn. 260; ablehnend: Richardi-*Annuß*, Vorbem. § 106 Rn. 13.

376 Vgl. dazu BAG 4.6.2008 – 4 AZR 441/07, NJOZ 2009, 473.

377 Entschieden hat das BAG in diesem Kontext bisher nur, dass ein Verzicht auf den Tendenzschutz gemäß § 118 BetrVG und die mit diesem verbundene Einschränkung der §§ 106-113 BetrVG in einem Tarifvertrag zulässig ist, BAG 5.10.2000 – 1 ABR 14/00, NZA 2001, 1325.

III. Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Arbeitgebers und der Niederlassungsfreiheit

Aus der Erkenntnis, dass die untersuchten Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen Gegenstand von Tarifverträgen sein können, folgt noch nicht, dass diese Tarifverträge auch rechtswirksam sind. Gestaltungsgrenzen für die Tarifvertragsparteien ergeben sich aus höherrangigem Recht. Im Hinblick auf die Untersuchungsgegenstände kommen die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG sowie die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV als Gestaltungsgrenzen infrage.

1. Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Arbeitgeber

Wie im Grundlagenteil der Untersuchung bereits erläutert wurde, muss hinsichtlich der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien differenziert werden. Eine generelle Bindung an die Grundrechte des Arbeitgebers lässt sich nur beim Abschluss von Flächentarifverträgen begründen, weil der Arbeitgeber in diesen Fällen nur einen mitgliedschaftlich vermittelten Einfluss auf den Tarifvertragsinhalt hat.[378] Bei den hier untersuchten Vereinbarungen, die eine konkret beabsichtigte oder zumindest erwartete Personalreduzierung, Standortschließung bzw. -verlagerung oder Auslagerung ganz oder teilweise abwenden sollen, haben Flächentarifverträge jedoch praktisch keine Relevanz.[379] Auf eine nähere Untersuchung dieser Konstellation wird daher verzichtet.

a) Keine Kontrolle am Maßstab der Grundrechte bei annäherndem Kräftegleichgewicht der Tarifpartner

Bei Firmentarifverträgen und firmenbezogenen Verbandstarifverträgen scheidet eine Prüfung des Vertragsinhalts am Maßstab der Grundrechte des Arbeitgebers regelmäßig aus, da der Arbeitgeber selbst unmittelbaren Einfluss auf den Vertragsabschluss hat.[380] Eine Kontrolle an den Grundrechten kann deshalb nur ausnahmsweise infrage kommen, wenn es beim Abschluss des Tarifvertrags an einem annähernden Kräftegleichgewicht fehlte.

---

378 Siehe unter B.I.b)aa)(1).

379 Exemplarisch zeigen dies die jüngsten Beschäftigungssicherungstarifverträge der IG Metall. In diesen Flächentarifverträgen wird zwar ein Rahmen für Verhandlungen über Standortsicherungsmaßnahmen geregelt. Die eigentlichen Standortsicherungsverträge werden aber individuell auf Standortebene geschlossen.

380 Siehe unter B.I.b)aa)(2).

In Teilen der Literatur wird stattdessen eine Prüfung am Maßstab der Grenzen für einen zulässigen Grundrechtsverzicht vorgenommen.[381] Ein Grundrechtsverzicht ist logisch jedoch nur gegenüber einem Grundrechtsverpflichteten, also einem Träger von Staatsgewalt, überhaupt möglich. Stehen sich indes zwei Private gegenüber, ist keiner der Beteiligten verpflichtet, die Grundrechte des jeweils anderen zu beachten, weshalb auch keiner der Beteiligten gegenüber dem anderen auf die Beachtung seiner Grundrechte verzichten kann. Eine mittelbare Bindung an die Grundrechte entsteht im Privatrechtsverhältnis erst durch die aus den Grundrechten resultierenden staatlichen Schutzpflichten. Es stellt sich daher nicht die Frage nach einem wirksamen Grundrechtsverzicht, sondern nach einer staatlichen Schutzpflicht der Gerichte. Eine solche kann nur bestehen, wenn die Privatautonomie einen sachgerechten Interessenausgleich nicht gewährleistet, weil eine Seite ein so starkes Übergewicht hat, dass sie die Bedingungen faktisch einseitig bestimmen kann.[382]

Die Überprüfung von Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträgen an den Grundrechten der Arbeitgeber setzt demnach regelmäßig voraus, dass in einem ersten Schritt ein Kräfteungleichgewicht beim Abschluss des Tarifvertrags festgestellt wurde. Nur in einem solchen Fall bedarf es wegen der aus den Grundrechten folgenden Schutzpflichten einer Korrektur durch die an die Grundrechte gebundenen (Art. 1 Abs. 3 GG) Gerichte. Bei der Beurteilung des Kräftegleichgewichts können insbesondere die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen.[383]

aa) Kein Ungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers bei wirtschaftlich unausweichlich erscheinendem Anpassungsbedarf

Praktisch dürfte ein Kräfteungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers äußerst selten festzustellen sein. Die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens mag zwar im Einzelfall eine Verschlechterung der tariflichen Arbeitsbedingungen unausweichlich erscheinen lassen. Aus diesem Umstand ergibt sich jedoch keine besondere Verhandlungsmacht der Gewerkschaft. Der Arbeitgeber ist zwar auf ihre Zustimmung angewiesen, wenn er eine Verschlechterung der tarifvertraglichen Konditionen erreichen will. Die Gewerkschaft befindet sich ihrerseits jedoch ebenfalls in einer unausweichlichen Situation, da sie sich wirtschaftlich begründeten Anpassungsforderungen des Arbeitgebers nicht entziehen kann, ohne die Arbeitsplätze der Beschäftigten zu gefährden. Sie

381 Z.B. *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 67 ff.; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 90 ff.

382 BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 (*Bürgschaftsvertrag*), BVerfGE 89, 214.

383 BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (*Stadionverbot*), NJW 2018, 1667 Rn. 33.

steht daher nicht nur im Verhältnis zum Arbeitgeber, sondern auch gegenüber ihren Mitgliedern unter erheblichem Druck, zur Sicherung der Arbeitsplätze auf die Forderungen einzugehen.

Eine Einigung über die Rettung des Standorts oder des Unternehmens ist demzufolge für beide Seiten alternativlos. Die Unausweichlichkeit der Situation begründet daher kein Verhandlungsungleichgewicht zugunsten der Gewerkschaft. Im Gegenteil: Der drohende Arbeitsplatzabbau bzw. die drohende Standortschließung oder -verlagerung erhöht den Druck auf die Gewerkschaft, sich den Forderungen des Arbeitgebers zu beugen und über den Inhalt ungekündigter Tarifverträge zu verhandeln. Inwiefern die Forderungen des Arbeitgebers tatsächlich durch eine wirtschaftliche Schieflage begründet sind, ist für die Gewerkschaft oft kaum verlässlich zu beurteilen. Zudem können selbst Forderungen eines wirtschaftlich gesunden Unternehmens, die erkennbar nur auf eine Maximierung des Gewinns abzielen, nur bedingt abgewehrt werden, da auch unbegründete Drohungen zu Verunsicherungen bei den Beschäftigten führen und Druck auf die Gewerkschaft ausüben können. Vor diesem Hintergrund besteht typischerweise ein Kräfteungleichgewicht zulasten der Gewerkschaft, dessen Ursache – wie in jeder Tarifauseinandersetzung – die Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze ist.

bb) Kein Ungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers durch Streikdruck

Ein Kräfteungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers kann in der Regel auch nicht allein deshalb angenommen werden, weil der Tarifvertrag unter Streikdruck zustande gekommen ist. Die Gegenansicht, die bei einem Tarifvertragsschluss aufgrund eines Streiks einen unfreiwilligen Vertragsschluss annimmt,[384] basiert auf der unzutreffenden Annahme, dass der Arbeitgeber im Falle eines Streiks keine andere Wahl habe, als sich den Streikforderungen zu beugen. Diese Befürchtung ist schon unter rechtlichen Gesichtspunkten unbegründet, da die richterlichen Grundsätze zur Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts Paritätsstörungen vermeiden.[385] Die Annahme entbehrt ferner jeglicher empirischen Grundlage. Die Praxis zeigt vielmehr, dass sich Arbeitgeber auch im Falle eines Streiks keineswegs den Forderungen der Gewerkschaft widerstandslos beugen oder gar vor dem sozialen Gegenspieler kapitulieren.[386] Selbst am Ende eines erfolgreichen Streiks steht regelmäßig nur ein Kompromiss, für dessen Zustandekommen auch die Gewerkschaft Zugeständnisse machen musste, sei

384 Z.B. *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 68.

385 Siehe dazu im Einzelnen unter D.II.2.

386 So *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 68.

es durch Abstandnahme von Teilen der erhobenen Forderungen oder durch eine Reduzierung anderer tarifvertraglicher Leistungen. Das Streikrecht vermittelt überdies keine Erfolgsgarantie. Der Tarifvertrag wird nicht „erzwingbar", wie eine Betriebsvereinbarung, wenn der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt. Durch das Streikrecht wird lediglich die strukturelle Verhandlungsschwäche der Gewerkschaft ausgeglichen und damit überhaupt erst ein annäherndes Kräftegleichgewicht hergestellt, das einen ausgewogenen Ausgleich gegensätzlicher Interessen im Wege kollektiver Verhandlungen ermöglicht.[387] Streiks führen also nicht dazu, dass die Gewerkschaft die Inhalte des Tarifvertrags faktisch einseitig bestimmen kann, sondern stellen Kompromissbereitschaft her und verhindern, dass sich die Verhandlungsposition der Gewerkschaft auf „kollektives Betteln"[388] beschränkt und der Arbeitgeber den Tarifvertragsinhalt einseitig bestimmen kann.

Der Arbeitgeber muss sich dem durch den Streik und dessen wirtschaftliche Folgen erzeugten Druck also keineswegs widerstandslos beugen. Er kann in Verhandlungen mit der Gewerkschaft eigene Vorschläge zur Lösung des Konflikts unterbreiten oder selbst Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen. Letzteres wird jedoch oft nicht notwendig sein, da die Position der Gewerkschaft bei Standortauseinandersetzungen meist ohnehin schwach ist.[389] Eine erste Hürde ergibt sich bereits im Hinblick auf die für einen wirksamen Streik nötige Mobilisierung. Wenn bei den Beschäftigten die Befürchtung besteht, dass sie durch einen Streik die Zukunft des Unternehmens und somit auch ihres Arbeitsplatzes gefährden oder die beabsichtigte Schließung, Verlagerung oder Auslagerung beschleunigen, wird es der Gewerkschaft kaum gelingen, sie zur Streikteilnahme zu mobilisieren. Aus diesem Umstand ergibt sich eine faktische Binnenschranke des Streiks, welche die Durchsetzung von Forderungen verhindert, die für das Unternehmen wirtschaftlich nicht tragbar sind und die Zukunft des Unternehmens gefährden. Die Durchsetzung solcher Forderungen liegt zudem bereits unabhängig von der mangelnden Mobilisierungsfähigkeit der Beschäftigten regelmäßig nicht im Interesse der Gewerkschaft, die sich darüber bewusst sein wird, dass auch ein Streik die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in denen sich das Unternehmen befindet, nicht auszuräumen ver-

387 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19, NJW 2020, 3098 Rn. 14.

388 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1643 (in Anlehnung an *Blanpain*); dem folgend: BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19, NJW 2020, 3098 Rn. 14.

389 So auch *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 135 f.; dem folgend: ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 116.

mag.[390] Zu einem Streik wird es deshalb praktisch nur kommen, wenn Alternativen zur Schließung, Verlagerung oder Auslagerung bestehen.[391] Aber selbst in diesen Fällen wird die Streikmobilisierung oft schwierig sein, da die Drohung mit einer Schließung, Verlagerung oder Auslagerung auch dann zu einer Verunsicherung der Beschäftigten führen kann, wenn sie nur den Zweck verfolgt, die Gewerkschaft zu einer Absenkung der tarifvertraglichen Standards zu bewegen.

Ein weiterer Grund für die schwache Verhandlungsposition der Gewerkschaft liegt darin, dass in Auseinandersetzungen um eine Standortgarantie oder einen Auslagerungsverzicht durch einen Streik oft allenfalls vorübergehend wirksamer Verhandlungsdruck aufgebaut werden kann.[392] Mit Schließung oder Verlagerung des Standorts verliert der Streik regelmäßig seine Wirksamkeit, da die streikenden Beschäftigten ohnehin nicht mehr gebraucht werden.[393] Ähnlich ist es bei einer geplanten Auslagerung. Mit dem Übergang des Betriebs an den neuen Inhaber treten die Rechtsfolgen des § 613a BGB ein, der neue Inhaber tritt also in die Arbeitsverhältnisse ein, sofern die Arbeitnehmer dem nicht widersprechen. Ein Streik kann sich daher nur noch gegen den neuen Inhaber richten, mit dem jedoch nicht mehr über einen Auslagerungsverzicht, sondern nur noch über die Folgen des Betriebsübergangs, insbesondere nach Ablauf der Jahresfrist gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, verhandelt werden kann. Für eine Einigung zur Standort- und Beschäftigungssicherung besteht seitens der Gewerkschaft deshalb erheblicher Zeitdruck, weshalb sie regelmäßig zu Kompromissen gezwungen sein wird. Demgegenüber kann der Arbeitgeber mehr noch als sonst den Streik „aussitzen“[394] oder durch die Umsetzung der geplanten Maßnahme Fakten schaffen und somit dem Streik die Grundlage entziehen.[395]

In Anbetracht dieser Situation wird der Arbeitgeber durch einen Streik um einen Standort- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag nicht etwa zur „Kapitulation vor dem sozialen Gegenspieler“[396] gezwungen, sondern allenfalls zur

390 Prägnant: *Kühling/Bertelsmann,* NZA 2005, 1017, 1027: „Die Fähigkeit, ihren Forderungen notfalls mit Arbeitskampfmaßnahmen Nachdruck zu verleihen, hilft zudem wenig gegen die Marktgesetze“; ebenso: *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 136.

391 *Kühling/Bertelsmann,* NZA 2005, 1017, 1027.

392 *Brecht-Heitzmann,* NJW 2007, 3617, 3618 f.; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 135.

393 *Däubler,* NJW 2005, 30, 31.

394 Zu dieser Möglichkeit als Abwehrmittel des Arbeitgebers: BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 30.

395 *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 135.

396 *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 68.

Verhandlung mit dem sozialen Gegenspieler auf Augenhöhe. Seine Situation ist damit keine andere als in Verhandlungen mit anderen Vertragspartnern, wie z.B. Banken, Investoren, Kunden oder Zulieferern. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit steht immer unter dem Vorbehalt, dass der Unternehmer seine Vertragspartner von seinen Vorstellungen überzeugen kann. Muss der Unternehmer beispielsweise in Verhandlungen mit Investoren oder Kreditgebern von eigenen Vorstellungen Abstand nehmen, liegt darin keineswegs eine Verletzung, sondern eine Ausübung der unternehmerischen Freiheit. Grundrechtlich relevant wird die Vertragsgestaltung erst, wenn die andere Partei die Bedingungen faktisch einseitig diktieren kann, weil es an einem annähernden Kräftegleichgewicht fehlt. Ist diese Schwelle nicht erreicht, besteht kein Anlass für eine gerichtliche Korrektur, die ihrerseits in die Grundrechte der Beteiligten, insbesondere des Vertragspartners, eingreift und deshalb nur zu rechtfertigen ist, wenn sie zum Schutz der Grundrechte erforderlich und angemessen ist.

cc) Kontrolle am Maßstab des unantastbaren Menschenwürdekerns

Kann kein Kräfteungleichgewicht festgestellt werden, kommt eine gerichtliche Korrektur des Tarifvertragsabschlusses nur infrage, wenn der unantastbare Menschenwürdekern des Grundrechts betroffen ist, der auch vor vertraglichen Beschränkungen zu schützen ist.[397] Dieser Kern ist aber nur betroffen, wenn der personale Grundzug der unternehmerischen Freiheit betroffen ist. Unwirksam können daher Tarifverträge sein, welche die persönliche Berufswahl des Unternehmers einschränken, indem sie ihn zwingen, ein Unternehmen fortzuführen.[398] Allenfalls insoweit kann auch der Aussage zugestimmt werden, dass nicht durch Streikdruck erzwungen werden dürfe, was der einzelne Arbeitgeber nur persönlich für sich entscheiden und verantworten kann.[399]

Von einer Betroffenheit des personalen Grundzugs des Art. 12 Abs. 1 GG kann regelmäßig allenfalls bei kleineren und mittleren Unternehmen ausgegangen werden.[400] Bei Großunternehmen, insbesondere bei Kapitalgesellschaften, haben Standortentscheidungen indessen in der Regel keinen personalen Be-

397 Vgl. ErfK-*Schmidt*, GG Einl. Rn. 63.

398 I.d.S. auch *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 82 f.; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 116; Schaub-*Treber*, § 192 Rn. 9; *Kühling/Bertelsmann,* NZA 2005, 1017, 1025; *Münder,* RdA 2020, 340, 352.

399 So etwa LAG Hessen 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337 Rn. 22 unter Verweis auf ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 116, der im Gegensatz zum LAG Hessen jedoch zwischen Großunternehmen und mittelständischen Unternehmen differenziert und die Ansicht des LAG damit nicht teilt. Zutreffend wird die Aussage indessen vom LAG Baden-Württemberg 3.8.2016 – 4 SaGa 2/16, juris Rn. 84 zitiert.

400 Siehe bereits unter B.I.b)bb).

zug.[401] Die Grenze dürfte jedenfalls bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu ziehen sein, denn für diese Unternehmen hat das BVerfG angenommen, dass die Berufsfreiheit nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen ist.[402] Aber auch bei deutlich kleineren Unternehmen kann es bereits am personalen Bezug fehlen. Dies gilt insbesondere für Tochtergesellschaften großer Unternehmen, die unabhängig von ihrer Größe rein wirtschaftlichen Zwecken dienen und nicht der Persönlichkeitsentfaltung eines Menschen. Der entscheidende Anknüpfungspunkt ist also nicht die Unternehmensgröße, sondern vielmehr die Persönlichkeitsentfaltung der hinter dem Unternehmen stehenden Unternehmer. Vor diesem Hintergrund können gegen die Differenzierung auch unter Gleichheitsgesichtspunkten keine durchgreifenden Bedenken bestehen.[403]

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Grundrechtsfähigkeit der Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG. Der unabdingbare Kern der Berufsfreiheit gründet auf der Tatsache, dass die Berufswahl und die Berufsausübung wesentlicher Teil der freien Persönlichkeitsentfaltung des Menschen sind, und ist Ausfluss der Menschenwürdegarantie.[404] Ein vergleichbarer Schutz für juristische Personen lässt sich nicht begründen.

b) Ausnahmsweise Kontrolle nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte

aa) Prüfungsmaßstab

Lässt sich ausnahmsweise ein Kräfteungleichgewicht feststellen oder hält man eine Kontrolle am Maßstab der Grundrechte – entgegen der hier vertretenen Ansicht – generell für geboten, richtet sich die Grundrechtsprüfung nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, denn eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte scheidet mangels Ausübung von Staatsgewalt aus.[405] Das bedeutet, dass die Grundrechtsprüfung nicht – wie bei der Kontrolle staatlicher Eingriffe – auf eine möglichst konsequente Minimierung von freiheitsbeschränkenden Eingriffen zielt, sondern auf einen Ausgleich gleichberechtigter Freiheit.[406] Deshalb sind die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grund-

401 ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 116; *Patett*, Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, 133.

402 Siehe bereits unter B.I.b)bb).

403 A.A. LAG Hessen 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, NZA 2015, 1337 Rn. 22.

404 Vgl. BVerfG 19.11.1985 – 1 BvR 38/78, NJW 1986, 1536, 1538; 4.4.1984 – 1 BvR 1287/83, NJW 1984, 2341, 2343; 16.3.1971 - 1 BvR 52/66, NJW 1971, 1255, 1260; 14.12.1965 – 1 BvL 14/60, NJW 1966, 291, 292; Maunz/Dürig-*Scholz*, GG, Art. 12 Rn. 9.

405 *Spelge* ZTR 2020, 127, 130 m.w.N.

406 BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (*Stadionverbot*), NJW 2018, 1667 Rn. 32.

satz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[407] Es geht also nicht darum, Beeinträchtigungen der unternehmerischen Freiheit bzw. der Eigentumsfreiheit des Arbeitgebers einseitig zu minimieren, sondern um einen Ausgleich zwischen diesen Arbeitgebergrundrechten und den Grundrechten der Gewerkschaft und der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Ausgehend von diesem Prüfungsmaßstab ist allen Versuchen eine Absage zu erteilen, die jenseits des unantastbaren Menschenwürdekerns des Art. 12 Abs. 1 GG[408] bestimmte unternehmerische Entscheidungen einer tarifvertraglichen Regelung entziehen wollen. Auf diese Weise würden die kollidierenden Grundrechte gerade nicht in einen Ausgleich gebracht. Vielmehr würden die kollektive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft und das Grundrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG der unternehmerischen Freiheit im Hinblick auf die ausgenommenen unternehmerischen Entscheidungen völlig untergeordnet. Ein absoluter Vorrang kann der Berufsfreiheit des Arbeitgebers aber nur zukommen, wenn der personale Kern des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen ist.[409] In allen anderen Fällen ist ein gleichberechtigter Ausgleich der kollidierenden Freiheiten notwendig, der nicht zu einem unternehmerischen Gestaltungsspielraum *ohne* gewerkschaftlichen Einfluss führen kann, sondern nur zu einem Gestaltungsspielraum *trotz* gewerkschaftlichen Einflusses.

Dieser Befund wird bestärkt durch die Annahme des BVerfG und des BAG, dass die unternehmerische Freiheit und die Eigentumsfreiheit des Unternehmers in einem sozialen Bezug stehen und einer sozialen Bindung unterliegen.[410] Ausgehend von der Feststellung des BAG, dass sich die Tarifautonomie auch auf unternehmerische Entscheidungen erstreckt, wenn sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer Maßnahme nicht trennen lässt,[411] können Entscheidungen über Standortverlagerungen, -schließungen oder Auslagerungen sowie über standortrelevante Investitionen der Tarifautonomie nicht entzogen sein. Die Entscheidung über diese Fragen ist untrennbar mit weitreichenden sozialen Folgen für die Beschäftigten verbunden, auf die sogleich noch näher einzugehen ist.

Aus der unternehmerischen Freiheit können für die tarifvertragliche Gestaltung demzufolge keine absoluten gegenständlichen Grenzen abgeleitet wer-

407 BVerfG 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (*Stadionverbot*), NJW 2018, 1667 Rn. 32 m.w.N.
408 Siehe dazu bereits unter C.III.1.a)cc).
409 Siehe dazu bereits unter C.III.1.a)cc).
410 Siehe bereits unter B.I.b)bb) und cc).
411 BAG 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886, 889.

den.[412] Daraus folgt jedoch nicht, dass jede Beschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zulässig wäre. Der Grundsatz der praktischen Konkordanz verlangt einen schonenden Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen und steht jeder Lösung entgegen, bei der die Grundrechte eines Beteiligten völlig untergeordnet werden. Dem Arbeitgeber müssen daher trotz der tariflichen Regelung Gestaltungsspielräume bleiben.[413] Bildlich gesprochen, darf dem Arbeitgeber die Unternehmensführung durch den Tarifvertrag nicht aus der Hand genommen werden.[414]

Die konkreten Grenzen, die sich aus der mittelbaren Drittwirkung der unternehmerischen Freiheit ergeben, können nur im Wege einer einzelfallbezogenen Abwägung bestimmt werden. In diese Abwägung sind auf der einen Seite die Grundrechte des Arbeitgebers, insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG, einzustellen. Auf der anderen Seite sind die Grundrechte der Gewerkschaft und der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

In der Diskussion über Standortsicherungstarifverträge wird die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit teils überbetont, indem der Versuch der Einflussnahme auf einzelne unternehmerische Entscheidungen mit der Übernahme der Unternehmensführung oder dem Verlust jeglicher unternehmerischer Entscheidungsspielräume gleichgesetzt wird.[415] Unternehmerisches Handeln ist allerdings stets die Summe einer Vielzahl von Entscheidungen, die jeweils durch äußere Umstände und gegebenenfalls bestehende vertragliche Bindungen gegenüber Geschäftspartnern beeinflusst werden.[416] Der Erfolg eines Unternehmens hängt daher regelmäßig nicht von einzelnen Entscheidungen ab, sondern vom Zusammenwirken unterschiedlicher Faktoren und den auf dieser Grundlage getroffenen unternehmerischen Entscheidungen. Durch die Vereinbarung einer Standortgarantie oder eines Auslagerungsverzichts in einem Tarifvertrag wird lediglich die Entscheidung des Unternehmers über eine Standortschließung oder -verlagerung bzw. eine Auslagerung determiniert. Die Intensität der mit dieser Festlegung verbundenen Beeinträchtigung der

412 Däubler-*Heuschmid*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1018.

413 BAG 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, NZA 1990, 886, 889: „Die Unternehmensautonomie wäre nur unzureichend beachtet, wenn ihr die Tarifautonomie keinerlei tariffreien Betätigungsbereich lassen würde. Deshalb kann der Tarifautonomie nicht entnommen werden, dass sämtliche unternehmerische Entscheidungen tarifvertraglich geregelt werden können."; siehe dazu auch bereits unter B.I.1.b)bb.

414 Ähnlich: ErfK-*Schmidt*, GG Art. 12 Rn. 45: Tarifregelungen, welche die Unternehmensführung praktisch entziehen, sind unzulässig.

415 So z.B. LAG Hamm 31.5.2000 – 18a Sa 858/00, NZA-RR 2000, 535, 536 f.; besonders aufbauschend: *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 86, der Streiks um Standortsicherungstarifverträge gar zu einer Gefahr für die marktmäßige Wirtschaftsordnung hochstilisiert und Unternehmen davor schützen will, dass Dritte „rechtliche Verfügungsgewalt über den Betrieb als solchen und Grundlagenentscheidungen des Unternehmens gewinnen".

416 Ebenso Däubler-*Heuschmid*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1016.

unternehmerischen Freiheit lässt sich nicht abstrakt, sondern nur konkret für einen bestimmten Einzelfall feststellen. Tarifvertragliche Regelungen über Standort-, Outsourcing- und Investitionsfragen führen also nicht per se zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit, sondern geben zunächst lediglich eine Rahmenbedingung vor, auf deren Grundlage die weiteren Entscheidungen zu treffen sind. Nur wenn diese Rahmenbedingung jedes wirtschaftlich tragfähige Unternehmenskonzept ausschließt, begründet die tarifvertragliche Vereinbarung ausnahmsweise eine schwerwiegende Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit, da dem Unternehmen keine Entscheidungsalternativen mehr bleiben.

Weiter ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, dass die Beeinträchtigungen ihren Grund gerade in der Ausübung der unternehmerischen Freiheit haben. Diesen Umstand hat das BVerfG schon in seinem Mitbestimmungsurteil treffend formuliert:

> „Die Grundrechtsträger [der unternehmerischen Freiheit, Anm. d. Verf.] können die verbürgte Freiheit nur mit Hilfe anderer, der Arbeitnehmer, wahrnehmen, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind. Schon insoweit steht ihre Freiheit in »einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion« […]."[417]

Wenn die unternehmerische Freiheit nur mit Hilfe anderer ausgeübt werden kann, muss sie in einer Rechtsordnung, in der sich im Ausgang gleichberechtigte Grundrechtsträger gegenüberstehen, automatisch Beschränkungen unterliegen, da die gleichberechtigten Freiheiten miteinander kollidieren und einander gegenseitig beschränken. Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit sind daher dem Spannungsverhältnis, in dem sie ausgeübt wird, immanent und angesichts der strukturellen Überlegenheit des Arbeitgebers erforderlich, um die Grundrechtspositionen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angemessen zur Geltung zu bringen.

Der Eigentumsfreiheit des Arbeitgebers kommt neben der unternehmerischen Freiheit keine Bedeutung als Grenze der tariflichen Gestaltung zu. Bei Beschäftigungs- und Standortgarantien fehlt es regelmäßig bereits an einer Beeinträchtigung. Am ehesten können Regelungen zum Auslagerungsverzicht die aus Art. 14 Abs. 1 GG folgenden Rechte betreffen, weil sie die Verfügung über das Eigentum am Unternehmen bzw. an Teilen des Unternehmens beschränken. Da aber auch diese Regelungen die Zuordnungsverhältnisse und die Substanz unberührt lassen, wird – nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Sozial-

417 BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 365.

bindung des Eigentums – ein angemessener Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechten gewahrt.

Auf der Seite der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist zu berücksichtigen, dass Standort- und Auslagerungsentscheidungen für sie weitreichende Auswirkungen haben. Wird ein Standort geschlossen oder verlagert, hat dies für die Beschäftigten die betriebsbedingte Kündigung oder zumindest den Wechsel zu einem anderen Standort zur Folge.[418] Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer steht also die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Wahl des Arbeitsplatzes zur Disposition.[419] Das besondere Gewicht der betroffenen Position hat das BVerfG in seinem Beschluss zur Kleinbetriebsklausel treffend formuliert:[420]

> „Der Arbeitsplatz ist die wirtschaftliche Existenzgrundlage für [den Arbeitnehmer] und seine Familie. Lebenszuschnitt und Wohnumfeld werden davon bestimmt, ebenso gesellschaftliche Stellung und Selbstwertgefühl. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird dieses ökonomische und soziale Beziehungsgeflecht in Frage gestellt. Die Aussichten, eine ähnliche Position ohne Einbußen an Lebensstandard und Verlust von Nachbarschaftsbeziehungen zu finden, hängen vom Arbeitsmarkt ab.“[421]

Dieses erhebliche Gewicht der Position der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer lässt sich nicht durch einen Verweis auf die Vorschriften des KSchG und auf § 622 BGB relativieren.[422] Wegen des mit der Standortschließung bzw. -verlagerung einhergehenden Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit ist die Kündigung regelmäßig durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG bedingt. Eine Überprüfung der zugrundeliegenden unternehmerischen Entscheidung erfolgt im Kündigungsschutzprozess nicht. Die Vorschriften des KSchG bieten dem Arbeitnehmer im Falle einer Standortschließung daher regelmäßig keinen Schutz. Nichts Anderes gilt für die nach § 622 BGB einzuhaltende Kündigungsfrist, welche den Verlust des Arbeitsplatzes allenfalls zeitlich hinauszuzögern vermag, ihn aber nicht verhindert. Soweit überdies auf eine Kompensation durch Abfindungszahlungen verwiesen wird,[423] fehlt es bereits an einem von der individuellen Bereitschaft des Arbeit-

418 So auch *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 80; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1025.

419 Siehe dazu BVerfG 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667, 1667; wie hier: *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1025.

420 Darauf hinweisend auch *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1025.

421 BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470, 471.

422 So aber *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 81 f.

423 *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 81 f.

gebers unabhängigen Rechtsanspruch. Zudem ändern auch etwaige Abfindungsansprüche nichts am Verlust des Arbeitsplatzes und den damit verbundenen Folgen. Sie können allenfalls eine vorübergehende Kompensation für das verlorene Einkommen bilden.

Im Falle einer Betriebsveräußerung oder Ausgründung behält der Arbeitnehmer zwar zunächst seinen Arbeitsplatz. Er erhält jedoch einen neuen Vertragsarbeitgeber, sofern er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht gemäß § 613a Abs. 6 BGB widerspricht. Letzteres ist in den meisten Fällen keine echte Option, da der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit beim alten Arbeitgeber in der Regel zur betriebsbedingten Kündigung führt. Geht das Arbeitsverhältnis auf den neuen Betriebsinhaber über, sieht sich der Arbeitnehmer nicht nur einem veränderten Insolvenzrisiko ausgesetzt, sondern auch der Gefahr einer zukünftigen Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen, da insbesondere der Schutz der tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen gemäß § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB defizitär ist.[424]

Für die Gewerkschaft steht mit der Standortschließung oder -verlagerung bzw. mit der Auslagerung die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte[425] Anwendung der bestehenden Tarifverträge in den betroffenen Betrieben zur Disposition. Außerdem ist der aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Gestaltungsauftrag der Gewerkschaft betroffen, da auch die Fragen der Standort- und Beschäftigungssicherung zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zählen.[426]

Fragen der Standort- und Beschäftigungssicherung sind demzufolge vor allem für den Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von zentraler Bedeutung, da deren freie Arbeitsplatzwahl und Berufsausübung unmittelbar vom Erhalt des Standorts und der Arbeitsplätze abhängig sind. Auf Seiten des Arbeitgebers betreffen die Fragen hingegen zunächst nur einen unter vielen Faktoren, von denen der Erfolg des unternehmerischen Handelns abhängig ist. Die Ausübung der unternehmerischen Freiheit bleibt daher grundsätzlich trotz tarifvertraglicher Regelungen möglich. Sie unterliegt freilich zusätzlichen Bindungen, etwa hinsichtlich des Standorterhalts oder eines Verzichts auf Outsourcing, weshalb sich bestimmte unternehmerische Konzepte, insbesondere solche, die auf eine Personalkostenreduzierung durch Standortverlagerungen oder Outsourcing gerichtet sind, nicht mehr realisieren lassen. Diese Einschränkungen sind jedoch zum Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erforderlich und insbesondere vor

424 Siehe dazu Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 872; exemplarisch anhand einer Auseinandersetzung bei der Deutschen Telekom AG: *Schröder,* WSI-Mitteilungen 2007, 515, 517 f.

425 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 131.

426 Siehe dazu bereits unter C.I.

dem Hintergrund des sozialen Bezugs und der sozialen Funktion der unternehmerischen Freiheit grundsätzlich hinzunehmen. Von einem Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen kann erst dann nicht mehr gesprochen werden, wenn eine Anpassung an veränderte technologische oder wirtschaftliche Rahmenbedingungen nicht mehr möglich ist, so dass das Unternehmen nicht mehr wirtschaftlich geführt werden kann oder sogar in seiner Existenz bedroht wird. In einem solchen Fall würde nicht nur die unternehmerische Freiheit zu weitgehend beeinträchtigt, sondern die Regelung wäre auch nicht mehr geeignet, die Arbeitsplätze der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu schützen, da diese von der Existenz des Unternehmens abhängig sind. Die tarifvertragliche Regelung darf den Arbeitgeber demzufolge nicht daran hindern, zwingend notwendige Anpassungen vorzunehmen. Es gilt somit eine ähnliche Grenze, wie sie der EuGH für Beeinträchtigungen der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC zieht.[427]

Gemessen an diesem Maßstab sind tarifvertragliche Beschränkungen der unternehmerischen Entscheidungshoheit regelmäßig unbedenklich, wenn sie – wie in den eingangs genannten Beispielen (3), (4) und (5) – lediglich vorübergehend wirken oder unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen vorsehen. Dieses Verständnis liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BAG, welches eine bloße Verzögerung der Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung ebenfalls für zulässig erachtet hat:

> „Art. 12 GG schließt allenfalls Regelungen der Tarifvertragsparteien aus, die die »eigentliche« Unternehmerfreiheit beschränken […]. Dabei kann in diesem Zusammenhang allenfalls an die Betriebsschließung oder wesentliche Betriebseinschränkung gedacht sein. Diese bleiben dem Arbeitgeber im Grunde unbenommen, sie werden durch die tarifvertragliche Regelung allenfalls verzögert.“[428]

bb) Beurteilung einzelner Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen

Ausgehend von den dargestellten Maßstäben bestehen auch für den Fall, dass sich ausnahmsweise ein Kräfteungleichgewicht zulasten des Arbeitgebers feststellen lässt oder entgegen der hier vertretenen Ansicht[429] generell eine Kontrolle am Maßstab der Grundrechte für geboten gehalten wird, nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte keine grundsätz-

427 Vgl. EuGH 18.7.2013 – C-426/11 (*Alemo-Herron*), NZA 2013, 835 Rn. 34 f.; 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZA 2017, 167 Rn. 87; 27.4.2017 – C-680/15 (*Asklepios*), NZA 2017, 571 Rn. 22.

428 BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271, 274.

429 Siehe dazu bereits unter C.III.1.a).

lichen Bedenken gegen die Wirksamkeit der untersuchten Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen.

(1) Beschäftigungsgarantie

Gegen einen *Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen* können schon wegen der verbleibenden[430] Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung keine durchgreifenden Bedenken bestehen.[431] Nach der Rechtsprechung des BAG kann das Arbeitsverhältnis bei Ausschluss der ordentlichen Kündigung unter Einhaltung einer Auslauffrist außerordentlich gekündigt werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer anderenfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde.[432] Unzumutbare Belastungen des Arbeitgebers sind daher ausgeschlossen. Überdies werden in der Praxis für wirtschaftliche Notlagen oft Ausnahmen vom Kündigungsausschluss vereinbart, welche die Beeinträchtigungen für den Arbeitgeber zusätzlich abmildern.[433]

Die *Garantie einer Mindestbeschäftigtenzahl* kann regelmäßig zwei Ziele verfolgen: Sie kann erstens dem Schutz der Beschäftigten vor Arbeitsverdichtung und -überlastung aufgrund fehlenden Personals dienen. Zweitens kann sie die Verhinderung einer sukzessiven Standortgefährdung durch den Verzicht auf Neueinstellungen zum Ziel haben. Geschützt wird demnach sowohl die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als auch deren Arbeitsplatz. Soweit durch eine solche Regelung nur bestimmte unternehmerische Konzepte nicht mehr zu realisieren sind, muss die unternehmerische Freiheit grundsätzlich hinter die Interessen der Beschäftigten zurücktreten. Problematisch können vor dem Hintergrund der unternehmerischen Freiheit jedoch langfristige Festschreibungen werden, die eine Anpassung an veränderte Anforderungen verhindern und den Arbeitgeber zwingen, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beschäftigen, für die keine Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen (die oft erwähnten „Heizer auf der E-Lok"). Die Aufrechterhaltung solcher Arbeitsplätze ist dem Arbeitgeber zur Abfederung sozialer Härten oder zur Reduzierung von Belastungen während einer Übergangszeit für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum zumutbar. Längerfristige Regelungen müssen für derartige Anpassungen indessen Ausnahmen zulassen.

---

430 Zur Unabdingbarkeit der Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung siehe: BAG 27.6.2002 – 2 AZR 367/01, AP BAT § 55 Nr. 4 (unter II.3. der Gründe); 24.6.2004 – 2 AZR 215/03, AP BGB § 613 a Nr. 278 (unter B.II.3. der Gründe); 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, NZA 2005, 43, 49 (unter II.2.b der Gründe).

431 So auch ErfK-*Schmidt*, GG Art. 12 Rn. 45.

432 Siehe z.B. BAG 26.3.2015 – 2 AZR 783/13, NZA 2015, 866.

433 Siehe dazu etwa die Beispiele (1) und (2).

(2) Standortgarantie

Standortgarantien ergänzen in der Praxis meist den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen und sichern diesen vor dem Hintergrund der verbleibenden Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung ab. Würde lediglich ein Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen vereinbart, liefe dieser Schutz weitgehend leer, wenn der Arbeitgeber den ganzen Standort schließt und die Arbeitsplätze, d.h. die Beschäftigungsmöglichkeiten, dauerhaft entfallen oder an einen anderen Standort verlagert werden. Entsprechende Regelungen stellen also eine notwendige Ergänzung des individuellen Kündigungsschutzes dar und haben eine zentrale Funktion für den Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer.

Für den Arbeitgeber ergeben sich aus der Standortgarantie lediglich Bindungen hinsichtlich des Standorts. Damit scheiden zwar bestimmte unternehmerische Konzepte aus, es verbleibt jedoch regelmäßig ein hinreichender Gestaltungsspielraum, um das Unternehmen erfolgreich zu führen. Zudem werden in der Praxis nur vorübergehende Standortgarantien vereinbart, so dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Garantie die Möglichkeit hat, mit der Gewerkschaft über gegebenenfalls erforderliche Anpassungen zu verhandeln. Bedenken können deshalb vor dem Hintergrund der unternehmerischen Freiheit nur ausnahmsweise bestehen, wenn eine Fortführung des Standorts selbst vorübergehend nicht zumutbar ist, weil ein wirtschaftlicher Betrieb am Standort gerade *wegen* des Standorts nicht möglich ist. Praktisch dürfte dies am ehesten dann relevant werden, wenn der wirtschaftliche Betrieb des Standorts von Dritten abhängig ist. Lässt sich etwa im Falle des Beispiels (3) eines der Warenhäuser trotz hinreichender Bemühungen des Unternehmens nicht mehr wirtschaftlich betreiben, weil der Kundenverkehr wegen einer veränderten Verkehrsführung oder Wettbewerbssituation vor Ort weggefallen ist, könnte die Aufrechterhaltung dieses konkreten Standorts über einen längeren Zeitraum unzumutbar sein.

(3) Auslagerungsverzicht

Mit der Vereinbarung eines Auslagerungsverzichts soll verhindert werden, dass Arbeitsplätze im Unternehmen wegen der Auslagerung von Tätigkeiten wegfallen oder in ein anderes Unternehmen verlagert werden. Es geht folglich auch hier um den Schutz der Arbeitsplätze, die für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Grundlage für die Ausübung ihrer Berufsfreiheit bilden. Bei einem Verzicht auf Auslagerungen durch Betriebsveräußerungen kann überdies der Schutz der tariflich geregelten Arbeitsbedingungen und damit der Koalitionsfreiheit in den Vordergrund treten. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Auslagerung vor allem als Mittel der „Tarifflucht“

genutzt wird.[434] Grundsätzlich wird die unternehmerische Freiheit durch die Vereinbarung eines Auslagerungsverzichts nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, da Anpassungen ohne eine Auslagerung von Tätigkeiten oder Betrieben bzw. Betriebsteilen möglich bleiben. Die Zumutbarkeitsgrenze wird erst dann überschritten, wenn die Auslagerung von Tätigkeiten, Betriebsteilen oder Betrieben unverzichtbar ist und der Tarifvertrag diesbezüglich – anders als in Beispiel (5) – keine Ausnahmeregelung enthält.

(4) Investitionszusage

Investitionszusagen sollen einen wirtschaftlichen Anreiz für den Erhalt eines Standorts setzen. Der Arbeitgeber wird verpflichtet, festgelegte Investitionen an einem Standort zu tätigen, die sich nur amortisieren können, wenn der Standort erhalten bleibt. Die Schließung soll dadurch wirtschaftlich unattraktiv gemacht werden. Investitionszusagen können sowohl isoliert als eigenes Instrument der Standortsicherung eingesetzt werden oder ergänzend zu einer Standort- oder Beschäftigungsgarantie vereinbart werden, um diese abzusichern und die Zukunftsfähigkeit des Standorts auch über die Laufzeit des Tarifvertrags hinaus zu sichern. Sie dienen also ebenfalls dem Erhalt von Arbeitsplätzen und damit dem Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Zudem können sie – wie Beispiel (6) anschaulich zeigt – eine arbeitsplatzerhaltende bzw. beschäftigungsfördernde Verwendung der von den Beschäftigten durch eine Absenkung der tarifvertraglichen Standards aufgebrachten Sanierungsbeiträge absichern.

Die Intensität der mit der Investitionszusage verbundenen Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit ist von der konkreten Ausgestaltung abhängig. Die vereinbarten Investitionen dürfen das Unternehmen wirtschaftlich nicht überfordern und müssen Spielräume belassen, innerhalb derer das Unternehmen wirtschaftlich geführt und auf Herausforderungen reagiert werden kann. Je mehr sich die Arbeitnehmerseite durch Tarifabsenkungen an der Investitionssumme beteiligt, desto strenger dürfen die tariflichen Investitionsvorgaben sein, da der unternehmerische Gestaltungsspielraum in diesem Fall nicht einseitig beschränkt, sondern durch die Beteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überhaupt erst geschaffen wird. Praktisch dürften die Grenzen aus der Unternehmerfreiheit kaum relevant werden, da offenbar nur grobe Eckpunkte festgelegt werden, die dem Arbeitgeber weitreichende Spielräume belassen.[435]

---

434 Exemplarisch sei in diesem Zusammenhang die Auseinandersetzung um die Auslagerung von ca. 50.000 Beschäftigten der Deutschen Telekom AG in drei Service-Gesellschaften genannt, die darauf abzielte, das Entgelt um 12 % zu reduzieren und die wöchentliche Arbeitszeit von 34 auf 41 Stunden zu erhöhen, *Schröder*, WSI-Mitteilungen 2007, 515 ff.

435 Vgl. Beispiele (6) und (7).

(5) Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Tarifvertragliche Regelungen, welche die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen oder Betriebsänderungen erweitern,[436] zielen auf eine Standort- und Beschäftigungssicherung durch Verfahrensgestaltung. Der Betriebsrat soll in die Lage versetzt werden, bei anstehenden Entlassungen oder Betriebsänderungen die Interessen der Beschäftigten wirksam geltend zu machen. Geschützt wird damit ebenfalls die Berufsausübung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Zustimmungsvorbehalt für Kündigungen nur zulässig, wenn der Arbeitgeber gegen die ablehnende Entscheidung des Betriebsrats vorgehen kann, es muss also eine Konfliktlösung durch die Einigungsstelle, eine tarifliche Schlichtungsstelle oder die Arbeitsgerichte möglich sein.[437] Dem Betriebsrat darf also kein Vetorecht verschafft werden. Auch ein echtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG hat das BAG nur unter der Voraussetzung gebilligt, dass im Streitfalle die Einigungsstelle entscheidet.[438] Auf diese Weise werde sichergestellt, dass in jedem Fall eine Übereinstimmung zwischen den gegenläufigen Interessen des Arbeitgebers und der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer gewährleistet ist.[439] Folgt man dieser Rechtsprechung, kann für den Fall der Erweiterung der Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten nichts Anderes gelten, da es auch in diesen Fällen einer Konfliktauflösung durch eine unabhängige Instanz bedarf, um eine Übereinstimmung zwischen den gegenläufigen Interessen herbeizuführen. Eine Erstreckung der erzwingbaren Mitbestimmung auf den Interessenausgleich wäre demnach nur zulässig, wenn der Tarifvertrag – wie § 112 Abs. 4 BetrVG für den Sozialplan – eine Konfliktauflösung durch die Einigungsstelle oder alternativ durch eine tarifliche Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8 BetrVG) vorsieht.[440] Jedenfalls unter dieser Voraussetzung können auch vor dem Hintergrund der unternehmerischen Freiheit keine durchgreifenden Bedenken gegen eine tarifliche Erweiterung der Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten bestehen, denn die Einigungsstelle hat bei ihrer gerichtlich überprüfbaren Entscheidung nach billigem Ermessen (§ 76 Abs. 5 S. 3 und 4 BetrVG) die unternehmerische Freiheit angemessen zu berücksichtigen.[441]

---

436 Siehe dazu bereits C.II.3.

437 BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271, 273.

438 BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699.

439 BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699, 701.

440 So auch *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 260.

441 BKS-*Wankel/Schoof*, § 1 TVG Rn. 179; ebenso im Zusammenhang mit der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen: BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699, 701.

Darüber hinaus steht die unternehmerische Freiheit jedoch auch einem Vetorecht des Betriebsrats nicht generell entgegen. Soweit unternehmerische Maßnahmen nach den unter (1) bis (3) dargestellten Grundsätzen tarifvertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können, muss auch eine Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Form eines Vetorechts zulässig sein.[442] Die unternehmerische Freiheit wird durch eine solche Regelung weniger beeinträchtigt als durch eine Festlegung im Tarifvertrag, da dem Arbeitgeber die Möglichkeit bleibt, mit dem Betriebsrat eine einvernehmliche Lösung zu suchen. In der Rechtsprechung wird dies zumindest für die Fälle anerkannt, in denen eine durch Tarifvertrag eigentlich ausgeschlossene Maßnahme mit Zustimmung des Betriebsrats ausnahmsweise zulässig ist. In diesen Fällen verlangt das BAG keine Konfliktauflösung durch eine unabhängige Instanz.[443]

(6) Rechtsfolgen

Ist die Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarung ausnahmsweise am Maßstab der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zu prüfen[444] und führt die Vereinbarung nach den dargestellten Grundsätzen ausnahmsweise zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Arbeitgebergrundrechte, hat dies nicht automatisch deren Unwirksamkeit zur Folge. Aus der Schutzfunktion der Grundrechte folgt für die Gerichte lediglich die Pflicht, die Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung ihrer Rechte zu bewahren. Dabei ist stets ein schonender Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen herbeizuführen. Eine vollständige Verwerfung der zwischen den Tarifvertragsparteien getroffenen Vereinbarung kommt daher nur in Betracht, wenn die Arbeitgeberseite nicht auf andere Weise vor einer unzumutbaren Beeinträchtigung ihrer Grundrechtspositionen bewahrt werden kann. Besteht die Überschreitung der aus den Arbeitgebergrundrechten folgenden Grenzen nur darin, dass es an einer Ausnahmeregelung fehlt, die dem Arbeitgeber zwingend erforderliche Anpassungen ermöglicht, kann die Arbeitgeberseite jedoch regelmäßig schon durch die Einräumung eines außerordentlichen Kündigungsrechts vor einer unverhältnismäßigen Grundrechtsbeschränkung bewahrt werden. Ein solches Kündigungsrecht wird der Vereinbarung meist im Wege der Auslegung zu entnehmen sein. Nach der Rechtsprechung des BAG hat eine rechtskonforme Auslegung der tarifvertraglichen Vereinbarung stets Vorrang, denn die Tarifvertragsparteien wollten im Zweifel eine Regelung treffen, die mit zwingendem höherrangigem Recht in Einklang steht.[445] Eine

442 DKW-*Däubler*, § 1 Rn. 92.

443 Siehe dazu schon unter B.I.2.c); dazu auch Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 1005.

444 Siehe zum Regelfall unter C.III.1.a).

445 BAG 21.2.2013 – 6 AZR 524/11, NZA 2013, 625 Rn. 19; 20.6.2013 – 2 AZR 295/12, NZA 2014, 208 Rn. 51.

Verhinderung zwingend erforderlicher Anpassungen entspricht nicht dem Willen der Tarifvertragsparteien, da auf diese Weise die Arbeitsplätze gefährdet würden, zu deren Sicherung der Tarifvertrag gerade abgeschlossen wurde. Dieser übereinstimmende Wille der Tarifvertragsparteien ist bei der Auslegung des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrags gemäß §§ 133, 157 BGB zu berücksichtigen, selbst wenn er im Wortlaut keinen Niederschlag gefunden hat.[446] Aus diesem Grund ist der schuldrechtliche Teil eines Standortsicherungsvertrags dahingehend auszulegen, dass im Falle zwingend erforderlicher Anpassungen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Tarifvertrags besteht. Auf diese Weise werden zugleich die kollidierenden Grundrechte in einen Ausgleich gebracht. Mit der Ausübung des Kündigungsrechts nimmt der Arbeitgeber seine unternehmerische Freiheit wahr und kann sich von unangemessenen Beschränkungen lösen. Auf der anderen Seite entfallen mit der Kündigung des Tarifvertrags auch etwaige Gegenleistungen der Gewerkschaft. Es gelten wieder die ursprünglichen tarifvertraglichen Regelungen. Über eine etwaige Anpassung muss neu verhandelt werden. Damit wird eine neue tarifautonome Lösung des Konflikts möglich.

Ein außerordentliches Kündigungsrecht ergibt sich in den in Rede stehenden Situationen überdies aus § 314 BGB, der auch auf Tarifverträge anzuwenden ist.[447] Wenn der Arbeitgeber wegen der Standort- bzw. Beschäftigungssicherungsvereinbarung Anpassungen nicht vornehmen kann, die zur Vermeidung unverhältnismäßiger Grundrechtsbeeinträchtigungen erforderlich sind, kann ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Laufzeit nicht zugemutet werden. Es liegt daher ein wichtiger Grund vor, der ihn zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 314 Abs. 1 BGB berechtigt.

Ist die unzumutbare Beeinträchtigung der Arbeitgebergrundrechte darauf zurückzuführen, dass sich die Rahmenbedingungen für die Erhaltung des Standorts oder der Arbeitsplätze, von denen die Tarifvertragsparteien ausgegangen waren, schwerwiegend verändert haben (bspw. infolge der COVID-19-Pandemie), kann außerdem eine Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB vorliegen. Ob dieses Rechtsinstitut auf Tarifverträge anwendbar ist, ist umstritten.[448] Eine Vertragsanpassung durch Urteil, wie sie § 313 BGB primär vorsieht, muss wegen des damit einhergehenden Eingriffs in die Tarifautono-

446 Zur Auslegung des schuldrechtlichen Teils siehe etwa: Schaub-*Treber*, § 201 Rn. 3; ErfK-*Franzen*, TVG § 1 Rn. 95.

447 Däubler-*Deinert/Wenckebach*, TVG, § 4 Rn. 131 ff.; ErfK-*Franzen*, TVG § 1 Rn. 33; vgl. auch BAG 18.2.1998 – 4 AZR 363/96, AP TVG § 1 Kündigung Nr. 3.

448 Dazu Däubler-*Deinert/Wenckebach*, TVG, § 4 Rn. 177 ff. m.w.N.

mie allerdings in jedem Fall ausscheiden.[449] Es bliebe daher nur das Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB. Da dieses nach § 313 Abs. 1 BGB nur besteht, wenn dem Arbeitgeber ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann, unterliegt es letztlich denselben Voraussetzungen wie das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB. Auf die Anwendbarkeit des § 313 BGB kommt es deshalb im Ergebnis nicht an.

Praktisch dürfte eine Überschreitung der aus den Arbeitgebergrundrechten folgenden Grenzen also in aller Regel nicht zur Unwirksamkeit der Vereinbarung, sondern lediglich zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht für den Arbeitgeber führen. Die Frage nach den Auswirkungen der Unwirksamkeit einer Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarung auf etwaige Gegenleistungen der Gewerkschaft dürfte demzufolge eher akademischer Natur sein. Nach der Rechtsprechung des BAG führt die Unwirksamkeit einer Tarifbestimmung in der Regel entgegen der Auslegungsregel in § 139 BGB nicht zur Unwirksamkeit der übrigen tariflichen Bestimmungen.[450] Sollte die Rechtsprechung auch im Falle eines Standortsicherungsvertrags an diesen Grundsätzen festhalten, bliebe eine bspw. als Gegenleistung für eine Standortgarantie vereinbarte Tarifabsenkung von einer etwaigen Unwirksamkeit der Standortgarantie unberührt. Soll der Standort in einem solchen Fall entgegen der ursprünglichen Abrede geschlossen werden, kann die Gewerkschaft den Tarifvertrag allerdings gemäß § 314 Abs. 1 BGB außerordentlich kündigen. Der zur Kündigung berechtigende wichtige Grund besteht in diesem Fall darin, dass die mit der Tarifabsenkung bezweckte Sanierung gescheitert ist, weshalb der Gewerkschaft ein Festhalten an der vertraglichen Vereinbarung bis Ende der Laufzeit nicht zugemutet werden kann.[451]

2. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

a) Bindung der Tarifparteien beim Abschluss von Tarifverträgen

Wie im Grundlagenkapitel bereits erörtert wurde, sieht der EuGH grundsätzlich auch die Kollektivvertragsparteien bei ihren Vereinbarungen an Art. 49 AEUV gebunden, jedenfalls, wenn sie damit bewirken, dass die Grundfreiheiten am Vertrag unbeteiligter Dritter beschränkt werden.[452] Zwar ist anerkannt,

449 *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1614; ErfK-*Franzen*, TVG § 1 Rn. 36; wohl auch BAG 23.4.2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 36.

450 BAG 9.5.2007 – 4 AZR 275/06, NZA 2007, 1439; 16.11.2011 – 4 AZR 856/09, NZA-RR 2012, 308 Rn. 27.

451 Vgl. LAG München 24.5.2019 – 3 Sa 808/18, NZI 2019, 708.

452 Siehe unter B.II.2.b).

dass Art. 9 Abs. 3 GG die Tarifpartner in Deutschland besonders schützt.[453] Entgegen der hier vertretenen Ansicht erhält das nationale Recht in der EuGH-Rechtsprechung aber keine relevante Bedeutung, vielmehr müssen auch die nationalen Verfassungsbestimmungen „im Einklang mit dem Unionsrecht" ausgeübt werden. Im Falle einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit durch tarifliche Bestimmungen erfolgt das mittels Abwägung zwischen Art. 28 GRC und Art. 49 AEUV.

b) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Wie bereits festgestellt, haben Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen auf Unternehmen typischerweise finanzielle und organisatorische Auswirkungen, die dazu geeignet sind, eine geplante Standortverlagerung weniger attraktiv zu machen. Tatbestandlich liegt darin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Das trifft allerdings nur auf diejenigen Fälle zu, in denen die Standortverlagerung grenzüberschreitend in einen anderen Mitgliedstaat geplant war. Reine Inlandssachverhalte werden von Art. 49 AEUV ebenso wenig erfasst wie Verlagerungen in Drittstaaten.

Das Regelungsziel, das mit Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträgen verfolgt wird, besteht im Schutz der Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen der Beschäftigten an dem von der Verlagerung betroffenen Standort. Einige der hier untersuchten Tarifvereinbarungen beeinflussen die Verlagerungsentscheidung selbst, andere setzen lediglich Rahmenbedingungen, die diese Entscheidung beeinflussen. Die Herstellung von Arbeitnehmerschutz ist für die kollektive Interessenvertretung zentral und von Art. 28 GRC gewährleistet.

c) Rechtfertigung der Beschränkung

Den Maßstäben des EuGH zufolge ist eine Beschränkung durch ein legitimes Ziel dann gerechtfertigt, wenn sie das Ziel mit geeigneten Mitteln verfolgt, die die Grundfreiheiten nicht weitergehend einschränken als zur Zweckerreichung unbedingt erforderlich. Dabei hatte es der Gerichtshof beanstandet, wenn eine zur Zweckerreichung grundsätzlich geeignete tarifliche Regelung ihrerseits Regelungen des Unionsrechts „vollständig und auf unbestimmte Zeit ausschließt".[454] Eine Tarifnorm, die diese Effekte vermeidet, kann im Umkehrschluss besser als zur Erfüllung des Schutzzwecks erforderlich erwiesen werden. Das ist bei den vorliegend untersuchten Tarifbestimmungen durchweg der Fall, da die Tarifvereinbarungen in der Regel eine befristete Laufzeit besitzen.

453 EuGH 15.7.2010 – C- 271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 43.
454 EuGH 15.7.2010 – C- 271/08 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2011, 564 Rn. 53.

aa) Beschäftigungsgarantie

Eine Vereinbarung über den Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen beeinträchtigt unternehmerische Entscheidungen über eine Standortverlagerung kaum. Dem Arbeitgeber verbleibt stets das Recht zur außerordentlichen Kündigung, dessen Voraussetzungen gegenüber allen Beschäftigten, die bei einer Standortverlegung ins Ausland nicht mit wechseln wollen, regelmäßig vorliegen. Ein tariflicher Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen kann daher den angestrebten Arbeitnehmerschutz überhaupt nur dann deutlich verbessern, wenn er flankierend zu anderen Tarifbestimmungen hinzutritt.

Die tarifliche Garantie einer Mindestbeschäftigtenzahl am bisherigen Standort stellt eine auch materiell beschäftigungssichernd wirkende Klausel dar. Sie verhindert eine geplante Standortverlagerung zwar nicht, verteuert sie aber, da zugleich am bisherigen Standort im vereinbarten Umfang Arbeitsplätze erhalten werden müssen. Das kann eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zur Folge haben. Diese Beeinträchtigung wird allerdings regelmäßig dadurch abgeschwächt, dass sie für einen feststehenden Zeitraum von begrenzter Dauer vereinbart zu werden pflegt und von einem teilweisen Verzicht der Beschäftigten auf tarifvertragliche Rechte kompensiert wird. Angesichts der zentralen Bedeutung des Arbeitsplatzes – nicht nur für die wirtschaftliche Absicherung, sondern auch für die berufliche Verwirklichung der Betroffenen[455] – kommt dem Arbeitnehmerschutz die höhere Bedeutung zu.

bb) Standortgarantie

Eine Vereinbarung über die Garantie des Fortbestandes eines Unternehmensstandortes soll die geplante Standortverlagerung selbst ausschließen, betrifft im Falle einer grenzüberschreitend geplanten Verlagerung die Niederlassungsfreiheit also unmittelbar und zentral. Das Gewicht dieser Beeinträchtigung ist bei einer zeitlich begrenzten Geltungsdauer der Vereinbarung aber bereits deutlich reduziert. Dagegen besitzt das Interesse der Beschäftigten am Fortbestand ihres Arbeitsplatzes und der dort zugesagten Arbeitsbedingungen das bereits dargestellte zentrale Gewicht. Ohne einen zumindest zeitlich begrenzten Verzicht auf die Standortverlagerung kann dieses Interesse überhaupt nicht geschützt werden. Werden etwaige unzumutbare Folgen für die Unternehmen durch Vereinbarung von notwendigen Anpassungsmaßnahmen ausgeschlossen, gehen die Regelungen nicht über das zur Zielerreichung erforderliche hinaus. Der Arbeitnehmerschutz wiegt in diesen Fällen aus den bereits im Zusammenhang mit dem nationalen Recht ausgeführten Gründen[456] höher als die Niederlassungsfreiheit.

455 Siehe unter C.III.1.b)aa).
456 Siehe unter C.III.1.b)aa).

cc) Auslagerungsverzicht

Die Vereinbarung über einen Verzicht auf Auslagerung bisher am Standort ausgeführter Aufgaben auf ein anderes Unternehmen verhindert nicht unmittelbar die grenzüberschreitende Errichtung einer Niederlassung, ist aber in bestimmten Fällen geeignet, sie aufwändiger und damit weniger attraktiv zu machen. Da die darin liegende Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit aber von geringerem Gewicht ist als im Falle der Standortgarantie, setzt sie sich jedenfalls unter den genannten Voraussetzungen ebenso wenig gegen den Arbeitsplatzschutz durch wie diese.

dd) Investitionszusagen

Eine Tarifbestimmung, die Investitionszusagen zugunsten eines bestehenden inländischen Standorts regelt, kann die Niederlassungsfreiheit nur betreffen, wenn die zugesagten Beträge so hoch sind, dass deswegen die Errichtung einer Niederlassung im Ausland wirtschaftlich sinnlos würde. Direkte Auswirkungen auf die Errichtung einer Niederlassung im Ausland hat sie dagegen nicht, schränkt die Entscheidung des Unternehmens daher weniger stark ein. Zudem werden die zugesagten Investitionssummen typischerweise durch die Beschäftigten mitfinanziert, die auf tarifliche Leistungen teilweise verzichten. Dagegen ist das auf Arbeitnehmerseite betroffene Interesse am Schutz des Arbeitsplatzes, der durch Investitionen in den Standort zumindest indirekt gesichert wird, ebenso hoch wie zuvor beschrieben.

ee) Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats

Tarifliche Bestimmungen zur Erweiterung von Beteiligungsrechten der betrieblichen Interessenvertretung können die Errichtung einer Niederlassung im Ausland nicht verhindern, da das deutsche Recht die Einführung eines echten Veto-Rechts des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten nicht zulässt.[457] Die Tarifbestimmungen können daher die Entscheidung für eine Niederlassung nicht verhindern, sondern lediglich an die Einhaltung bestimmter Verfahren binden. Das Unternehmen erhält einerseits die Möglichkeit, seine Interessen auf dem Verhandlungsweg zu wahren, das Verfahren kann zudem von einer neutralen Instanz kontrolliert werden.

Regelmäßig werden betriebliche Beteiligungsrechte vor allem zu dem Zweck erweitert, in einer wirtschaftlich schwierigen Lage Abweichungen von Tarifbestimmungen unter Beachtung des Arbeitnehmerschutzes zu ermöglichen, ohne jeweils einen Änderungstarifvertrag herbeiführen zu müssen. Es handelt sich daher um flankierende Maßnahmen zu anderen tariflichen Vereinbarungen, die eine Anpassung getroffener Tarifbestimmungen an unvorhergesehene

457 Siehe unter C.III.b)bb)(5).

wirtschaftliche Erfordernisse ermöglichen sollen und damit die Belastungswirkung des Tarifvertrages für Unternehmen reduzieren und nicht erhöhen. Erweiterte Beteiligungsrechte des Betriebsrats stellen dabei sicher, dass die Anpassungen nicht über das hinausgehen, was mit dem Schutzzweck des Tarifvertrags noch vereinbar ist. Einen selbständigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit bilden solche Tarifbestimmungen daher typischerweise nicht. Sollten sie dennoch eigenständige Belastungswirkungen entfalten, sind diese jedenfalls von so geringer Bedeutung, dass der Arbeitnehmerschutz überwiegt.

D. Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung von Tarifverträgen zur Standort- und Beschäftigungssicherung

I. Grundsätzlicher Gleichlauf von tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit

Ausgehend von dem dargestellten rechtlichen Rahmen und den Ergebnissen des vorangegangenen Kapitels, wonach Entscheidungen über Standorte, Auslagerungen und Investitionen Gegenstand einer tarifvertraglichen Regelung sein können, dürften eigentlich keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen bestehen, die zur Durchsetzung solcher Tarifvertragsregelungen geführt werden. Es gilt der vom BAG anerkannte Grundsatz: Was tariflich regelbar ist, muss auch durch Arbeitskampf durchgesetzt werden können.[458] Dieser Grundsatz muss sowohl für den normativen als auch für den schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags gelten, da die Tarifautonomie auch den Abschluss schuldrechtlicher Vereinbarungen auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schützt und es bei deren Abschluss ebenfalls an einem annähernden Kräftegleichgewicht zwischen den Parteien fehlt.[459]

Nach einer Einzelfallentscheidung des BAG soll zwar eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Rücknahme von Kündigungen als Kampfziel ausscheiden.[460] Diese Aussage lässt sich jedoch nicht auf andere schuldrechtliche Vereinbarungen übertragen oder gar verallgemeinern, sondern kann allenfalls als Ausnahme zu dem Grundsatz, dass alle tariflich regelbaren Fragen auch erstreikbar sind, verstanden werden. Dies zeigt ein Blick auf die betreffenden Ausführungen des BAG:

> „Mit dem vorerörterten Grunde in Zusammenhang steht die Frage des Zieles der Arbeitsniederlegung. Es ging der Arbeitnehmerschaft nicht um den Abschluss neuer tariflicher Vereinbarungen zur Erzielung besserer Arbeitsbedingungen, sondern um die Rücknahme von Kündigungen, die aus betriebsbedingten Gründen ausgesprochen

458 BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, NZA 1984, 393, 400.
459 Siehe dazu bereits unter B.I.3.a).
460 BAG 14.2.1978 – 1 AZR 76/76, NJW 1979, 236, 238.

> worden waren. Diese Fragen sind der Regelung im normativen Teil eines Tarifvertrages nicht zugänglich. Sollte die Rücknahme von Kündigungen als schuldrechtliche Vereinbarung in einem Tarifvertrag vereinbart werden können […], so kann dieses Kampfziel jedenfalls nicht erstreikt werden. Die Beteiligten sind auf den Rechtsweg angewiesen. Es gehört zu den fundamentalen Prinzipien eines Rechtsstaates, dass die Rechtsgenossen von der eigenmächtigen Durchsetzung wirklicher oder vermeintlicher Rechte Abstand nehmen, soweit die Rechtsordnung dies nicht ausnahmsweise zulässt […]. Die Arbeitsniederlegungen der Kläger waren somit nicht gerechtfertigt und sind rechtlich als Arbeitsvertragsbruch zu werten."[461]

Entscheidend für die Beurteilung durch das BAG war also die Erwägung, dass die Durchsetzung von vermeintlichen oder tatsächlichen individuellen Rechten dem Verfahren vor den Arbeitsgerichten vorbehalten bleiben soll.[462] Das BAG hatte offenbar bereits Zweifel an der tariflichen Regelbarkeit und wollte mit seiner Formulierung ersichtlich ausschließen, dass die individuelle Rechtsdurchsetzung über Umwege zum Gegenstand einer kollektiven Auseinandersetzung gemacht wird.[463] Die Entscheidung stellt den Grundsatz, dass alle tariflich regelbaren Fragen auch erstreikbar sind, demzufolge nicht in Frage, sondern bestätigt ihn, denn anderenfalls hätte es keiner expliziten Begründung für eine Abweichung von diesem Grundsatz bedurft. Für die arbeitskampfrechtliche Bewertung ist es daher unerheblich, ob Fragen der Standort- und Beschäftigungssicherung nur im schuldrechtlichen oder auch im normativen Teil eines Tarifvertrags geregt werden können.[464]

---

461 BAG 14.2.1978 – 1 AZR 76/76, NJW 1979, 236, 238.

462 Siehe auch BAG 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, NZA 1988, 883; ebenso die h.M.: *Kissel*, § 24 Rn. 73 m.w.N.; ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 118; *Frieling* in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 63.

463 Richtigerweise muss allerdings differenziert werden, ob es um die dem staatlichen Gewaltmonopol unterliegende Durchsetzung feststehender Rechtspositionen geht oder um die Korrektur der Rechtslage (bspw. durch die Forderung einer Wiedereinstellung der gekündigten Arbeitnehmer), siehe *Otto*, § 5 Rn. 32. In letzterem Fall geht es nicht um die Rechtsdurchsetzung, sondern um eine Rechtsbegründung, die grundsätzlich tariflich regelbar ist, vgl. zur Differenzierung zwischen Begründung und Durchsetzung: *Kissel*, § 24 Rn. 73 ff.

464 Zu dieser Frage siehe unter C.II.

II. Zur These einer tariflichen Regelbarkeit ohne Erstreikbarkeit

In Teilen der Literatur wird indessen die Ansicht vertreten, dass der Gleichlauf von tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit im Hinblick auf tarifliche Regelungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung zum Schutze der unternehmerischen Freiheit eine Einschränkung erfahren müsse: Entscheidungen über Standorte, Auslagerungen und Investitionen sollen zwar tariflich regelbar, aber nicht erkämpfbar sein.[465] Dieser These ist auf Grundlage der Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung zu widersprechen.

1. Kein Ausgleich nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz

Wie sich gezeigt hat, lässt sich ein unantastbarer Kern der Berufsfreiheit, der vor jeder Einflussnahme der Gewerkschaft zu schützen wäre, nur begründen, sofern der personale Grundzug des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen ist.[466] Jenseits dieser Grenze ergeben sich aus Art. 12 Abs. 1 GG keine absoluten Grenzen. Die kollidierenden Grundrechte sind bei der richterlichen Rechtsfortbildung zur Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts vielmehr nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zur Geltung zu bringen, das heißt, es darf keines der betroffenen Grundrechte völlig leerlaufen.[467] Mit dieser Vorgabe ist die Annahme einer tariflichen Regelbarkeit ohne Streikrecht nicht zu vereinbaren. Unter dieser Prämisse würde kein Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechtspositionen hergestellt, da die Koalitionsfreiheit faktisch leerliefe.

Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch *kollektives Handeln* auszugleichen und dadurch ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.[468] Dieses annähernde Kräftegleichgewicht wird jedoch nicht bereits allein durch kollektives Handeln hergestellt. Zwar mag die Verhandlungsposition einer Gewerkschaft besser sein als diejenige eines einzelnen Arbeitnehmers, ohne die Möglichkeit ihren Forderungen durch Streik Nachdruck zu verleihen, ist aber auch die Gewerkschaft auf das freiwillige Entgegenkommen des Arbeitgebers angewiesen. Tarifverträge böten unter diesen Voraussetzungen

465 *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 88; *Franzen* ZfA 2005, 317, 335 f.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 345; *Willemsen/Mehrens,* NZA 2018, 1382, 1383.

466 Siehe dazu bereits unter B.I.1.b)bb) und C.III.1.a)cc).

467 Siehe unter B.I.1.b)aa)(3).

468 St. Rspr.: BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549, 2551; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754, 756; 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 Rn. 146.

nicht die Chance eines sachgerechten Interessenausgleichs, sondern beruhten auf dem einseitigen Willensentschluss der Arbeitgeberseite, sofern sie überhaupt zustande kämen.[469] Allein das Recht zum *kollektiven Verhandeln* gleicht die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer folglich nicht aus, sondern verlagert sie auf die kollektive Ebene. Das BAG hat Tarifverhandlungen ohne Streikrecht deshalb zutreffend als „*kollektives Betteln*" bezeichnet.[470]

Die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite kann erst durch die Anerkennung des Streikrechts, also eines *kollektiven Druckmittels*, ausgeglichen werden. Erst wenn die Gewerkschaft ihren Forderungen durch die Androhung oder Zufügung wirtschaftlicher Schäden Nachdruck verleihen kann, ist sie nicht mehr allein auf das Wohlwollen der Arbeitgeberseite angewiesen, sondern in der Lage auf Grundlage eines annähernden Kräftegleichgewichts zu verhandeln. Das Streikrecht ist also eine notwendige Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie. Ohne dieses Recht fehlt es an der für die Koalitionsfreiheit grundlegenden Parität der Tarifvertragsparteien.[471] Dieser Umstand wurde jüngst auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung herausgearbeitet. In zwei Kammerbeschlüssen aus dem Jahr 2020 werden die früheren Aussagen zum Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch kollektives Handeln präzisiert.[472] Es wird betont, dass sich ein Arbeitgeber auch gegenüber einer tariffähigen Gewerkschaft in einer Position der strukturellen Überlegenheit befindet, die auf seiner Verfügungsgewalt über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze beruht.[473] Weiter wird hervorgehoben, dass die Gewerkschaften in der Lage sein müssen, durch den Einsatz von Arbeitskampfmitteln ausreichend Druck auf die Arbeitgeberseite zu erzeugen, um ihre Positionen auf Augenhöhe verhandeln zu können.[474] Ohne Streiks oder gleich effektive Eskalationsstufen zur Herstellung von Kompromissfähigkeit seien Kollektivverhandlungen nur „kollektives Betteln".[475]

Ausgehend von dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung können tarifvertragliche Regelbarkeit und Erstreikbarkeit nicht auseinanderfallen. Ohne die Anerkennung des Streikrechts verfehlt die Tarifautonomie ihren Zweck, da die strukturelle Unterlegenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und

469 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1643 f.
470 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1643.
471 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 32.
472 *Klein*, NJW 2020, 3069 Rn. 19.
473 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 32; 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 10.
474 BVerfG 19.6.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 Rn. 32.
475 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, NZA 2020, 1118 Rn. 14.

Arbeitnehmern auf kollektiver Ebene fortbesteht. Dies gilt gerade auch im Zusammenhang mit Standortschließungen, Standortverlagerungen oder Auslagerungen.[476] Gegenstände, die tariflich regelbar, aber nicht erkämpfbar sind, sind faktisch der Tarifautonomie entzogen, da über sie nicht auf Augenhöhe verhandelt werden kann, weil die für die Tarifautonomie grundlegende Parität zwischen den Tarifvertragsparteien fehlt. Mit der Anerkennung einer tariflichen Regelbarkeit bei gleichzeitigem Ausschluss der Erstreikbarkeit wird also nicht – wie es auf den ersten Blick erscheinen mag – nur ein Aspekt der Tarifautonomie eingeschränkt,[477] sondern das grundlegende Element der Tarifautonomie aufgegeben, die Parität zwischen den Tarifvertragsparteien. Die Grundrechtsposition aus Art. 9 Abs. 3 GG wird damit faktisch völlig verdrängt. Dies zeigt ein Blick auf das von der Gegenansicht erzielte Ergebnis: Danach kann der Arbeitgeber ohne Arbeitskampfdruck in einem Tarifvertrag schuldrechtlich verpflichtet werden, eine beabsichtigte Betriebsänderung zu verschieben oder zu unterlassen.[478] Diese Möglichkeit besteht allerdings bereits unabhängig von den Gewährleistungen des Art. 9 Abs. 3 GG. Sie ist Ausfluss der Privatautonomie. Die Tarifvertragsparteien können innerhalb der allgemeinen Grenzen des Vertragsrechts schuldrechtliche Verträge schließen und auf diese Weise gegenseitige Verpflichtungen begründen. Gegen die Zulässigkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung einer Standort- oder Beschäftigungsgarantie, eines Auslagerungsverzichts oder einer Investitionszusage können demzufolge schon vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit keine grundsätzlichen Bedenken bestehen.

2. Widerspruch zur Systematik des Tarif- und Arbeitskampfrechts

Da ein Ausgleich zwischen den gegenläufigen Grundrechtspositionen ausgehend von den Ausführungen im vorherigen Abschnitt nicht im Wege der Aberkennung des Streikrechts für bestimmte Regelungsgegenstände erfolgen kann, bleibt für eine Auflösung der Grundrechtskollision nur das Tarifrecht. Diese Grundannahme liegt auch der bisherigen Rechtsprechung des BAG zur Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts zugrunde, mit der sich die These einer tariflichen Regelbarkeit ohne Streikrecht nicht vereinbaren lässt. Eine gegenständliche Beschränkung des Streikrechts besteht nach ständiger Rechtsprechung lediglich insofern, als Arbeitskämpfe nur zur Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele geführt werden dürfen.[479] Das Arbeitskampfrecht knüpft damit an die tarifrechtliche Bewertung an. Diese Akzessorietät des Arbeitskampfrechts stellt die zentrale Säule der richterlichen Ausgestaltung des Arbeits-

476 Siehe dazu bereits unter C.III.1.a)aa) und bb).

477 I.d.S. *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 75, der darin einen Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechten erblickt.

478 So z.B. *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 88.

479 Vgl. dazu bereits unter B.I.3.a).

kampfrechts dar und bedingt weitere Grenzen des Streikrechts. So ist die gewerkschaftliche Streikverantwortlichkeit unmittelbar aus der Tarifbezogenheit des Streiks zu erklären und auch die Friedenspflicht als Streikgrenze eine Folge der Tarifbezogenheit und des Grundsatzes pacta sunt servanda.[480] Da der Arbeitskampf funktional auf die Tarifautonomie bezogen ist[481] und eine Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie darstellt, muss die Akzessorietät zwischen Arbeitskampf- und Tarifrecht in jeder Hinsicht bestehen. Der Gleichlauf von tariflicher Regelbarkeit und Erkämpfbarkeit ist eine Konsequenz der Hilfsfunktion des Arbeitskampfs zur Sicherung der Tarifautonomie.[482]

Jenseits der Anknüpfung an die tarifrechtliche Bewertung bieten die vom BAG in ständiger Rechtsprechung herangezogenen Arbeitskampfregeln keine Anknüpfungspunkte für eine Berücksichtigung der unternehmerischen Freiheit im Hinblick auf das Kampfziel. Die Richtlinie für die richterrechtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts bildet das Ziel, zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Gleichgewicht herzustellen, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherzustellen.[483] An diesem Paritätsprinzip sind die einzelnen Kampfregeln ausgerichtet. Sie zielen darauf ab, ein Kräfteungleichgewicht zugunsten einer Seite zu verhindern. Dies gilt auch für die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie ermöglicht zwar eine Berücksichtigung der Grundrechte des Arbeitgebers, allerdings nicht im Hinblick auf das Streikziel. Geprüft wird vielmehr, ob das eingesetzte Kampfmittel zur Erreichung des Kampfziels geeignet und erforderlich war und angemessen eingesetzt wurde.[484] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist daher lediglich darauf angelegt, eine Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit durch ein Verhandlungsübergewicht der Gewerkschaft auszuschließen. So muss die Art der Kampfführung den Regeln eines fairen Kampfes entsprechen und darf insbesondere nicht auf die Existenzvernichtung des Gegners abzielen.[485] Ferner muss die Aufrechterhaltung von Notdienst- und Erhaltungsarbeiten während des Arbeitskampfs gesichert sein.[486] Eine Rolle kann im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ferner spielen, ob das eingesetzte Arbeitskampfmittel – wie bspw. das Streikrecht – mit eigenen Opfern des Angreifers verbunden ist und ob dem Gegner effektive Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.[487] Ein völliger Ausschluss des Streikrechts aufgrund der kollidierenden

480 Gagel-*Klein*, SGB III Vor § 160 Rn. 22, 27.
481 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 111.
482 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 52.
483 Vgl. BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 20.
484 Siehe bereits unter B.I.3.d).
485 BAG 11.5.1993 – 1 AZR 649/92, NZA 1993, 809, 810 f.
486 BAG 30.3.1982 – 1 AZR 265/80, NJW 1982, 2835, 2836; 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, NZA 1995, 958, 959 f.
487 BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 Rn. 46.

Grundrechtspositionen des Arbeitgebers scheidet regelmäßig aus, da das Streikrecht erforderlich ist, um überhaupt ein annäherndes Kräftegleichgewicht zu begründen. Sollte das Streikrecht ausnahmsweise zu einer Paritätsstörung zulasten des Arbeitgebers führen, ist diese durch die Anerkennung entsprechender Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers oder eine angemessene Beschränkung des Streikrechts zu lösen.[488]

Die richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskampfrechts verfolgen also einen prozeduralen Ansatz. Sie sollen die Parität zwischen den Tarifvertragsparteien sichern und auf diese Weise die Aushandlung eines angemessenen Interessenausgleichs ermöglichen. Mit diesem prozeduralen Ansatz erfährt auch die unternehmerische Freiheit einen rechtlichen Schutz. Der Arbeitgeber wird vor einer (wohl eher theoretischen[489]) Verhandlungsübermacht der Gewerkschaften geschützt, aufgrund derer er gezwungen wäre, die Forderungen der Gewerkschaften ohne Möglichkeiten der Gegenwehr zu akzeptieren. Mit der Herstellung eines annähernden Kräftegleichgewichts wird in der Regel zugleich eine unangemessene Beeinträchtigung der kollidierenden Grundrechte vermieden, da keine Partei in der Lage ist, der jeweils anderen Partei einseitig die Vertragsbedingungen zu diktieren.

3. Sachgerechte Lösung der Grundrechtskollision im Tarifrecht

Angesichts der durch das Arbeitskampfrecht hergestellten Verhandlungsparität zwischen den Tarifvertragsparteien bergen Tarifverträge grundsätzlich die Chance eines sachgerechten Interessenausgleichs (Richtigkeitschance des Tarifvertrags[490]), aufgrund dessen es auf keiner Seite zu unzumutbaren Grundrechtsbeeinträchtigungen kommt. Eine Inhaltskontrolle am Maßstab der Grundrechte ist daher nur im Ausnahmefall geboten.[491] Ist ausnahmsweise zum Schutz der kollidierenden Grundrechtspositionen des Arbeitgebers eine Beschränkung der Tarifautonomie erforderlich, kann diese angesichts der Struktur des Tarifvertrags- und Arbeitskampfrechts nur im Tarifvertragsrecht erfolgen. Hierfür sprechen neben dem bereits ausgeführten Umstand, dass die tarifliche Regelbarkeit die Erstreikbarkeit bedingt,[492] zwei weitere Gründe. Erstens erfolgt die spezifische Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit erst durch die zwischen den Tarifvertragsparteien geschlossene Vereinba-

488 So hat das BAG dem Arbeitgeber etwa ein Recht zur Abwehraussperrung zuerkannt, um auf Paritätsstörungen durch besondere Kampftaktiken der Gewerkschaft zu reagieren: BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642.

489 Siehe zur typischerweise schwachen Verhandlungsposition der Gewerkschaft bereits unter C.III.1.a) bb).

490 Vgl. zu diesem Begriff: Kempen/Zachert-*Kempen*, TVG, Grundl. Rn. 118 ff.

491 Siehe dazu bereits unter B.I.1.b)aa).

492 Siehe bereits unter D.II.1. und 2.

rung.[493] Zwar geht auch von dem zur Durchsetzung dieser Vereinbarung geführten Streik zweifellos eine Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit aus. Diese ist jedoch jeder Arbeitskampfmaßnahme immanent und beeinträchtigt die unternehmerische Freiheit nicht nachhaltig. Endet der Streik bspw. erfolglos ohne den Abschluss eines Tarifvertrags, kann der Arbeitgeber die beabsichtigten Maßnahmen wie geplant umsetzen. Eine spezifische und nachhaltige Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsgewalt über Standorte, Auslagerungen, Investitionen und Arbeitsplätze erfolgt erst durch den Abschluss eines Tarifvertrags, der bestimmte unternehmerische Maßnahmen ausschließt oder beschränkt. Die maßgebliche Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers ist also vom Ergebnis der Tarifverhandlungen und den damit verbundenen Bindungen des Arbeitgebers abhängig. Aus diesem Grund ist es folgerichtig, wenn die grundrechtliche Überprüfung an diesem Punkt ansetzt.

Zweitens ermöglicht das Tarifrecht – wie unter C. bereits herausgearbeitet wurde – eine sachgerechte Auflösung der Grundrechtskollision nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz. Die Lösung des Konflikts bleibt zunächst den Tarifvertragsparteien überlassen. Nur in den Fällen, in denen die Tarifautonomie nicht zu einem angemessenen Interessenausgleich führt, erfolgt eine Korrektur durch die Gerichte, die dann die kollidierenden Grundrechtspositionen in einen Ausgleich bringen können.

Im Arbeitskampfrecht gelten für Forderungen, die auf die Durchsetzung einer Standort- oder Beschäftigungsgarantie, eines Ausgliederungsverzichts oder einer Investitionszusage gerichtet sind, demnach dieselben Grundsätze wie für andere Forderungen, die auf ein tariflich regelbares Ziel gerichtet sind. Es findet folglich keine gerichtliche Kontrolle des Umfangs der Streikforderungen statt.[494] Als rechtmäßiges Kampfziel scheidet eine Streikforderung vielmehr erst dann aus, wenn sie unbeschadet ihres Umfangs rechtswidrig ist.[495] Es ist daher unerheblich, wenn die Forderung nach einer Beschäftigungs- oder Standortgarantie, einem Auslagerungsverzicht oder einer Investitionszusage nicht die zum Schutz der unternehmerischen Freiheit erforderlichen Einschränkungen enthält, die unter C. herausgearbeitet wurden. Wie das BAG in seinem Urteil zum Tarifsozialplan zutreffend ausgeführt hat, „rechnet [die Forderung] mit dem Widerstand der Arbeitgeberseite“ und „geht aus den ver-

493 Vgl. i.d.S. auch BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 100: „Mit der Rechtskontrolle schon des Umfangs der Streikforderung würde deshalb eine nur potenzielle Norm in Unkenntnis ihrer späteren Konkretisierung auf eine mögliche Grundrechtswidrigkeit überprüft.“.

494 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 98 ff.

495 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 101.

schiedensten Motiven regelmäßig über dasjenige Maß hinaus, bei dessen Erreichen die Gewerkschaft zum Tarifabschluss bereit ist".[496]

III. Streiks zur Abwehr tariflicher Verschlechterungen

Verhandlungen über Beschäftigungs- und Standortsicherungstarifverträge finden in der Praxis selten isoliert statt. Das Unternehmen strebt regelmäßig Kosteneinsparungen an, während die geplanten Auslagerungs-, Verlagerungs- oder Schließungsentscheidungen lediglich ein mögliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellen, das durch geeignete Alternativen ersetzbar ist. Die Arbeitgeberseite macht einen Verzicht auf die beabsichtigte Standortverlagerung oder -schließung oder die geplante Auslagerung von Tätigkeiten deshalb in diesen Fällen meist von einer Verschlechterung der geltenden tarifvertraglichen Standards abhängig. So wird als Gegenleistung für einen Verzicht auf die geplante unternehmerische Maßnahme etwa gefordert, tarifvertragliche Zulagen und Sonderzahlungen abzusenken oder zu streichen, Tarifentgelte zu reduzieren oder Entgelterhöhungen auszusetzen oder die tariflich geregelte Arbeitszeit ohne Lohnausgleich zu verlängern oder zu verkürzen.[497] Dass diese Gegenstände tarifvertraglich regelbar und erstreikbar sind, steht nicht zur Diskussion. Selbst wenn der in der Literatur vertretenen These gefolgt würde, dass Tarifverträge über Standort-, Auslagerungs- und Investitionsentscheidungen kein rechtmäßiges Streikziel sein können, könnte dies das Streikrecht zur Abwehr von Forderungen des Arbeitgebers, die auf eine Verschlechterung der tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen gerichtet sind, nicht ausschließen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die betroffenen Mantel- und Entgelttarifverträge in der Praxis meist ungekündigt fortbestehen. Die Gewerkschaft ist daher grundsätzlich an die aus den ungekündigten Tarifverträgen folgende relative Friedenspflicht gebunden. Damit stellt sich die Frage, ob diese Friedenspflicht einem Streik zur Abwehr der vom Arbeitgeber erhobenen Forderungen entgegensteht.

Eine Verletzung der Friedenspflicht wäre ausgeschlossen, wenn die Drohung mit der Standortverlagerung oder -schließung oder Auslagerung ihrerseits als Verletzung der Friedenspflicht einzustufen wäre, denn unter dieser Prämisse wäre die Abwehrmaßnahme nach allgemeiner Ansicht zulässig.[498] Die Einord-

496 BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 100.
497 Zu Beispielen aus der Praxis siehe: Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 887.
498 Siehe bereits unter B.I.3.b).

nung der Ankündigung des Arbeitgebers als Arbeitskampfmittel wird in der Literatur allerdings überwiegend abgelehnt.[499] Sie kann schon mangels einer allgemeingültigen Definition des Arbeitskampfs nicht überzeugend gelingen. Aus der fehlenden Einordnung als Arbeitskampfmittel folgt allerdings noch nicht, dass die Friedenspflicht einem Streik zur Abwehr der Forderungen des Arbeitgebers entgegenstehen muss.

Krause lehnt eine Verletzung der Friedenspflicht ab, wenn die Drohung mit einer Standort- oder Investitionsverlagerung von der Arbeitgeberseite instrumentalisiert wird, um eine Absenkung der tariflichen Standards während der Laufzeit des jeweiligen Tarifvertrags durchzusetzen.[500] Er begründet diese Ansicht vor allem mit dem Zweck der Friedenspflicht und dem für das Arbeitskampfrecht grundlegenden Paritätsprinzip. Die Friedenspflicht solle den Arbeitgeber davor bewahren, während der Laufzeit des Tarifvertrags mit Arbeitskampfmaßnahmen überzogen zu werden, die auf eine Verbesserung der vereinbarten Bedingungen abzielen.[501] Sie greife nach ihrem Schutzzweck deshalb nicht ein, wenn der Arbeitgeber selbst durch Drängen auf eine Verschlechterung der getroffenen Vereinbarungen die Einhaltung des Tarifvertrags infrage stelle.[502] Für diese Interpretation der Friedenspflicht spreche auch der Paritätsgrundsatz, der bei einer Verstärkung des Druckpotenzials der Arbeitgeberseite eine angemessene Reaktionsmöglichkeit der Arbeitnehmerseite gebiete.[503]

Diese Argumentation überzeugt. Die Friedenspflicht findet ihre Grundlage im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags.[504] Sie ist Ausfluss des Grundsatzes pacta sunt servanda. Da sie in der Regel nicht ausdrücklich vereinbart wird, kann ihre Reichweite nur im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der Interessenlage, des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitten bestimmt werden (§§ 133, 157 BGB). Mit dem Abschluss des Tarifvertrags gehen die Tarifvertragsparteien für die festgelegte Laufzeit oder bis zur Kündigung des Tarifvertrags eine vertragliche Bindung ein. Es kann daher – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – angenommen werden, dass sie sich für die Dauer dieser vertraglichen Bindung verpflichten wollten, auf Arbeitskampfmaßnahmen zu verzichten, die den vereinbarten Inhalt infrage stellen. Demgegenüber lässt sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht begründen, dass beide Tarifvertragsparteien auch auf Arbeitskampfmaßnahmen verzichten wollten, die auf eine Verteidigung der getroffenen Vereinbarungen

499 *Franzen*, ZfA 2005, 35, 317 ff.; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 103 ff.
500 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 108
501 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 107.
502 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 107.
503 *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 108.
504 Siehe bereits unter B.I.3.b).

gerichtet sind.[505] Die schuldrechtliche Friedenspflicht berechtigt und verpflichtet beide Vertragsparteien gleichermaßen. Sie schließt es aus, den Vereinbarungsinhalt während der Vertragslaufzeit revidieren zu wollen. Da die Vereinbarung den Verhandlungsgewinn beider Seiten repräsentiert, ist auch der Verhandlungsgewinn beider Seiten dadurch abgesichert. Der Arbeitgeber kann sich daher nicht auf die Friedenspflicht berufen, wenn er seinerseits den Verzicht auf eine beabsichtigte Standortverlagerung oder -schließung oder eine geplante Auslagerung von einer Verschlechterung geltender tarifvertraglicher Standards abhängig macht. Er übt mit seiner Ankündigung bewusst Druck auf die Gewerkschaft aus, um deren Entgegenkommen zu erzwingen und gibt damit selbst den in den Tarifverhandlungen erzielten Konsens auf.[506] Eine Berufung auf die Friedenspflicht muss in einer solchen Situation jedenfalls an dem Grundsatz von Treu und Glauben in seiner Ausprägung als Verbot widersprüchlichen Verhaltens scheitern: Wer die getroffenen Vereinbarungen unter Ausübung von Druck in Frage stellt, kann sich nicht zugleich auf die aus den Vereinbarungen folgende Friedenspflicht und damit auf die Einhaltung der getroffenen Vereinbarungen berufen.[507]

Diesem Ergebnis steht die Rechtsprechung des BAG nicht entgegen, wonach aus Verhandlungen über der Friedenspflicht unterliegende Forderungen oder deren Einbeziehung in das Schlichtungsverfahren nicht der Schluss gezogen werden kann, dass sich die Gegenseite nicht mehr auf eine Friedenspflichtverletzung berufen wird.[508] In den hier in Rede stehenden Fällen verhandelt die Arbeitgeberseite nicht bloß über der Friedenspflicht unterliegende Forderungen, sondern übt bewusst Druck auf die Arbeitnehmerseite aus, um eine Änderung der Tarifverträge zu erzwingen.

Die Gewerkschaft kann daher unabhängig von der Frage, ob Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträge erstreikbar sind, einen Abwehrstreik gegen die von der Arbeitgeberseite in Bezug auf bestehende Tarifverträge erhobenen Forderungen und für einen möglichst weitgehenden Erhalt der geltenden Tarifregelungen führen, wenn die Arbeitgeberseite mit der Androhung von Standortverlagerungen bzw. -schließungen oder Auslagerungen versucht, ihr Entgegenkommen in den Verhandlungen zu erzwingen.[509]

505 So wohl auch *Kissel*, § 26 Rn. 94: Keine Verletzung der Friedenspflicht, wenn der Arbeitskampf auf die Abwehr eines Angriffs abzielt, gleichgültig, ob dieser rechtswidrig oder rechtmäßig ist.

506 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 885.

507 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 885.

508 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 48.

509 Däubler-*Klein*, TVG, § 1 Rn. 885; BKS-*Wankel*, TVG § 1 Rn. 344, 430; *Krause*, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 107 f.

IV. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Wie bereits gezeigt, kann die Erschwerung einer grenzüberschreitenden Standortverlagerung den Wegzug des betroffenen Unternehmens aus dem Staatsgebiet des Sitzstaates[510] weniger attraktiv machen und deshalb als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eingeordnet werden.[511] Diese Wirkung wird unionsrechtlich nicht nur der tariflichen Regelung selbst zugeschrieben, sondern auch dem zu ihrer Durchsetzung eingesetzten Arbeitskampf.[512] Arbeitskampfmaßnahmen unterliegen demselben Prüfprogramm hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten wie Tarifverhandlungen selbst.[513]

Dabei wurden Kampfmaßnahmen als Beschränkung eingeordnet, wenn sie „auf den Abschluss eines Tarifvertrags gerichtet" waren, der „von den Mindestbedingungen einer Richtlinie nach oben abweicht" und dadurch die Ausübung der Grundfreiheit weniger attraktiv machen kann.[514] Das Vereinbarungsziel einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen allein war danach nicht entscheidend für eine Bejahung der Beschränkungswirkung; diese wurde vielmehr gerade aufgrund der hinzutretenden Abweichung von den Vorgaben des Sekundärrechts angenommen. An einer derartigen Abweichung fehlt es jedoch im hier untersuchten Zusammenhang. Standort- und Beschäftigungssicherungsbedingungen sind unionsrechtlich nicht geregelt oder gar vereinheitlicht, ein Arbeitskampf um dahingehende Tarifregelungen unterläuft keinen vorgegebenen unionsrechtlichen Standard.

Dennoch verursachen Kampfmaßnahmen für die betroffenen Unternehmen Kosten, die bereits für sich genommen geeignet sein könnten, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv zu machen. Gegen diese Einordnung spricht die neuere, stärker differenzierende Rechtsprechung, die einen Streik mittlerweile als Instrument einordnet, das „zur normalen Ausübung der Tätigkeit eines Unternehmens gehört".[515] Da die Streikmaßnahmen eine Reaktion auf erhebliche Umstrukturierungsmaßnahmen des Unternehmens darstellten, galt dies sogar für einen nach nationalem Recht rechtswidrigen wilden Streik. Obwohl diese Aussagen keine Abwägung mit den Grundfreiheiten betrafen, kann die dortige Einordnung der Streikmaßnahmen auch im Ver-

510 EuGH 30.11.1995 – C-55/94 (*Gebhard*), NJW 1996, 579 Rn. 37.
511 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 45.
512 EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159 Rn. 96.
513 Vgl. EuGH 23.3.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 28: der Streik „bleibt […] eine der möglichen Erscheinungsformen von Kollektivverhandlungen".
514 EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159 Rn. 99.
515 EuGH 17.4.2018 – C- 195/17 (*Krüsemann*), NJW 2018, 1592 Rn. 40–42; 23.3.2021 – C-28/20 (*Airhelp*), NJW-RR 2021, 560 Rn. 30.

hältnis zu Art. 49 AEUV nicht bedeutungslos bleiben. Arbeitskämpfe zur Abwehr von unternehmerischen Umstrukturierungsentscheidungen sind das Risiko jeder unternehmerischen Betätigung, wenn die Rechtsordnung Arbeitskämpfe zur Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen anerkennt. Das akzeptiert auch das Unionsrecht, so dass die mit Arbeitskämpfen notwendig verbundene finanzielle und organisatorische Belastung betroffener Unternehmen keine selbstständig zu gewichtende Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit darstellen dürfte. Wird dem Arbeitskampf dennoch eine eigenständige Beeinträchtigungswirkung zugeschrieben, hat sie aber jedenfalls lediglich ein geringes Gewicht; maßgeblich ist vielmehr die von den Tarifinhalten ausgehende Wirkung.

Selbst bei Annahme einer eigenständigen Belastungswirkung werden Maßnahmen des Arbeitskampfes nicht automatisch unzulässig, sondern können gerechtfertigt werden, sofern sie ein rechtmäßiges Ziel mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgen.[516] Konkrete Anforderungen hat der EuGH für diese Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht aufgestellt, sondern sie weitgehend den nationalen Gerichten übertragen.[517] Als rechtmäßiges Ziel von Arbeitskampfmaßnahmen zur Sicherstellung von Arbeitsbedingungen auf einem bestimmten Niveau wurde der Arbeitnehmerschutz anerkannt.[518]

Die Rechtfertigungswirkung hängt damit nur noch davon ab, dass die Kampfmaßnahme zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich ist. Dafür untersucht der EuGH jedoch nicht die jeweilige Kampfmaßnahme auf ihre Erforderlichkeit zur Erzielung eines Tarifabschlusses, sondern den angestrebten Tarifabschluss auf seine Erforderlichkeit zur Gewährleistung von Arbeitnehmerschutz.[519] Dies ist bei der Bedrohung von Arbeitsplätzen und Arbeitsbedingungen durch Standortschließungen oder -verlagerungen in der Regel zu bejahen. Anders als im Sachverhalt, der der *Laval*-Entscheidung zugrunde lag,[520] gibt es für den Schutz vor Standortverlagerungen keine unionsrechtlichen Garantien für Mindestbedingungen, die gegebenenfalls als „milderes Mittel" zur Gewährleistung von Arbeitnehmerschutz verstanden werden könnten. Auch im nationalen Recht gibt es keine Instrumente zur Garantie von Arbeitsplätzen und Arbeitsbedingungen, sondern allenfalls Beteiligungsmöglichkeiten für eine Kompensation der mit der Standortschließung verbundenen Nachteile. Mildere Mittel als Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung von Tarifverträgen zur Beschäftigungssicherung sind daher nicht vorhan-

516 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 75.
517 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking Line*), NZA 2008, 124 Rn. 80, 84, 87.
518 EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159 Rn. 107; siehe dazu bereits unter B.II.2.c).
519 EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159 Rn. 108.
520 EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159 Rn. 108.

den. Zur Abwendung oder jedenfalls Milderung der Beeinträchtigung der Interessen ihrer Mitglieder kann die Gewerkschaft den Abschluss einer entsprechenden Tarifvereinbarung verlangen und – wenn dies weder auf dem Verhandlungswege noch im Falle einer vereinbarten Schlichtung einvernehmlich gelingt – auch durch Arbeitskampf durchzusetzen versuchen.

V. Vermeidung von Völkerrechtsverletzung

Auch die oben dargestellten Quellen des Völkerrechts gehen grundsätzlich davon aus, dass Kollektivvereinbarungen prinzipiell mit Kollektivmaßnahmen durchgesetzt werden dürfen. Art. 6 Abs. 4 ESC macht die Zulässigkeit einer Kampfmaßnahme nicht einmal davon abhängig, dass die Interessen der Beteiligten gerade in einer tariflichen Vereinbarung geregelt werden sollen. Das Streikrecht ist danach gerade nicht vom Vorhandensein eines kollektivvertraglich regelbaren Streikziels abhängig, Streikmaßnahmen dürfen ganz generell zur Durchsetzung von Interessen aus dem Arbeitsverhältnis ergriffen werden, solange sie ihr Ziel in verhältnismäßiger Weise verfolgen. Zwar sind Arbeitskämpfe über Rechtsfragen oder rein politische Inhalte nicht geschützt, die Erstreikbarkeit bestimmter Vereinbarungsinhalte wird aber weitergehend nicht kontrolliert. Die hier vertretene Auffassung, der zufolge alle vertraglich regelbaren Inhalte grundsätzlich erstreikbar sind, ist mit den völkerrechtlichen Garantien besser vereinbar als die Gegenmeinung und deshalb auch nach den Grundsätzen völkerrechtsfreundlicher Auslegung vorzugswürdig.

E. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen gegen Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung

Im letzten Kapitel des ersten Teils der Untersuchung sind die Rechtsfragen zu beleuchten, die sich im Hinblick auf die Durchsetzung der geschlossenen Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen und die möglichen Sanktionen bei Verstößen gegen die Vereinbarungen stellen. Soweit es sich bei den Regelungen um Inhalts- oder Beendigungsnormen handelt,[521] ergeben sich insofern keine Besonderheiten. Die Durchsetzung erfolgt in der Regel individuell durch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.[522] Bei den hier in Rede stehenden Klauseln, die betriebsbedingte Kündigungen ausschließen oder einschränken, erfolgt die Durchsetzung demzufolge im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses.[523] Auch die Durchsetzung der untersuchten betriebsverfassungsrechtlichen Normen[524] bedarf an dieser Stelle keiner vertiefenden Erörterung.[525] Eine nähere Betrachtung verdient indessen die Durchsetzung von schuldrechtlichen Vereinbarungen und Betriebsnormen auf dem Gebiet der Standort- und Beschäftigungssicherung.

I. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei schuldrechtlichen Vereinbarungen

Praktisch relevant ist im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand insbesondere die Durchsetzung schuldrechtlicher Vereinbarungen aus einem Tarifvertrag.

521 Siehe dazu unter C.II.1.

522 Siehe dazu bereits unter B.I.2.a).

523 Im Insolvenzfall läuft der Schutz dieser Tarifregelungen jedoch leer, da dem Insolvenzverwalter nach § 113 InsO ein Sonderkündigungsrecht zusteht. Dieses gilt auch in solchen Fällen, in denen betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen und nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Betriebsrats oder der Gewerkschaft zulässig sind, LAG Düsseldorf 18.11.2015 – 4 Sa 478/15, ZIP 2016, 737.

524 Siehe dazu unter C.II.3.

525 Zur Durchsetzung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte siehe die Ausführungen von *Klocke* im zweiten Teil des Gutachtens unter D.

1. Durchführungs- bzw. Unterlassungsanspruch

Wird eine Standortgarantie, ein Auslagerungsverzicht oder eine Investitionszusage im schuldrechtlichen Teil eines Firmentarifvertrags vereinbart, hat die Gewerkschaft als Tarifvertragspartei nach allgemeinen Grundsätzen das Recht von dem vertragsschließenden Arbeitgeber die zugesagte Leistung, die auch in einem Unterlassen bestehen kann, zu fordern (§ 241 Abs. 1 BGB). Die schuldrechtlich vereinbarte Verpflichtung des Arbeitgebers, eine Schließung, Verlagerung oder Auslagerung zu unterlassen, stellt eine selbstständige Unterlassungspflicht im Sinne des § 241 Abs. 1 BGB dar.[526] Für die klageweise Durchsetzung dieses selbstständigen Unterlassungsanspruchs wird teils verlangt, dass die Voraussetzungen des § 259 ZPO vorliegen.[527] Es muss also die Gefahr künftiger Zuwiderhandlungen zu besorgen sein. Plant oder ergreift der Arbeitgeber konkrete Maßnahmen, die gegen die Standortgarantie oder den Auslagerungsverzicht verstoßen, kann die Gewerkschaft demnach auf Unterlassung klagen.[528] Der Anspruch besteht allerdings nur, solange die Maßnahme nicht abgeschlossen ist. Ein Beseitigungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch nach Abschluss der tarifvertragswidrig durchgeführten Maßnahme ergibt sich aus dem vertraglichen Unterlassungsanspruch nicht. Mit Abschluss der Maßnahme wird deren Unterlassung vielmehr unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Ansprüche der Gewerkschaft können sich ab diesem Zeitpunkt allenfalls noch aus dem Leistungsstörungsrecht ergeben.[529] Der vertragliche Unterlassungsanspruch bleibt damit hinter dem (negatorischen) Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zurück, der den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB durch einen zukunftsbezogenen Unterlassungsanspruch ergänzt. Ebenso unterscheidet sich der vertragliche Anspruch von dem von der Rechtsprechung[530] anerkannten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Betriebsrats bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten, der im Ergebnis einen negatorischen Schutz des Mitbestimmungsrechts bewirkt. Einer Übertragung der von der Rechtsprechung für den Fall einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats entwickelten Grundsätze auf die tarifvertraglichen Unterlassungsansprüche stehen strukturelle Unterschiede entgegen. Während dem Arbeitgeber das mitbestimmungswidrige Verhalten gesetzlich verboten ist, ist er zur Schließung, Verlagerung oder Auslagerung seines Betriebs grundsätzlich berechtigt. Die Rechtssphäre des Arbeitgebers wird nicht durch Gesetz, sondern erst durch die vertraglich vereinbarte Unterlassungspflicht einge-

526 Zu diesem Begriff siehe: MüKoBGB-*Bachmann*, § 241 Rn. 20 ff.; Staudinger-*Olzen*, § 241 Rn. 136 ff.

527 BGH 10.1.1956 – I ZR 14/55, GRUR 1956, 238; Staudinger-*Olzen*, § 241 Rn. 138; a.A. MüKoBGB-*Bachmann*, § 241 Rn. 22; differenzierend: MüKoZPO/*Becker-Eberhard*, ZPO, § 259 Rn. 7 m.w.N. zum Streitstand.

528 Henssler/Moll/Bepler-*Hexel/Bork*, Teil 5 (19) Rn. 14.

529 Siehe dazu unter E.I.2.

530 Grundlegend: BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, NZA 1995, 40; zuletzt 23.3.2021 – 1 ABR 31/19, NZA 2021, 959 Rn. 84.

schränkt.[531] Inhalt und Reichweite des Anspruchs ergeben sich daher ausschließlich aus den vertraglichen Vereinbarungen und können nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erweitert werden.

Hat der Arbeitgeber sich schuldrechtlich zu einer bestimmten Investition verpflichtet, kann die Gewerkschaft verlangen, dass er diese Investition tätigt. Im Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzung dieses Erfüllungsanspruchs ist zu beachten, dass die Investitionszusage hinreichend bestimmt sein muss, da anderenfalls Schwierigkeiten bei der Formulierung des Klageantrags drohen. Da es an einschlägiger Rechtsprechung zur Durchsetzung solcher Investitionszusagen fehlt, lassen sich keine verlässlichen Anforderungen an die Bestimmtheit feststellen. Empfehlenswert ist es in jedem Fall die Zusage so präzise wie möglich zu vereinbaren. Sollen z.B. neue Anlagen errichtet oder bestehende modernisiert werden, sollten die Anlagen bzw. die Modernisierungsmaßnahmen konkret bezeichnet werden. Angesichts der verbleibenden Rechtsunsicherheiten ist es zudem empfehlenswert, die Investitionszusage durch ergänzende Vereinbarungen abzusichern (vgl. Beispiel (6)). Werden ergänzende Verfahrensvorschriften getroffen, ist zu beachten, dass die vorgesehenen Verfahrensschritte auch tatsächlich umgesetzt werden, wenn sie zur Voraussetzung für etwaige Rückforderungsansprüche der Beschäftigten gemacht werden, da Klagen der Beschäftigten anderenfalls an der fehlenden Erfüllung der tariflichen Tatbestandsvoraussetzungen zu scheitern drohen.[532]

Je nach Inhalt des Tarifvertrags können sich aus einer Investitionszusage auch nach deren Erfüllung weitere Ansprüche ergeben. So hat das LAG Niedersachsen im Zusammenhang mit der in Beispiel (7) wiedergegebenen Tarifregelung entschieden, dass der Arbeitgeber nicht nur zur Vornahme der zugesagten Investitionen und Schaffung von 220 Arbeitsplätzen in einem neu aufzubauenden Betriebsteil verpflichtet ist, sondern dieser Betriebsteil für die Dauer der Laufzeit des Tarifvertrags auch nicht im Wege des Betriebsübergangs auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft übertragen werden darf.[533] Aus einer Investitionszusage kann sich folglich auch ein Unterlassungsanspruch ergeben, um Maßnahmen des Arbeitgebers zu unterbinden, die dem mit der Investitionszusage verfolgten Ziel zuwiderlaufen. Wie weit die Pflichten des Arbeitgebers im Einzelfall reichen, muss durch Auslegung der tariflichen Vereinbarungen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 157 BGB) bestimmt werden.

531 Vgl. Staudinger-*Olzen*, BGB § 241 Rn. 137.
532 Vgl. in diesem Zusammenhang zu Beispiel (6): LAG Düsseldorf 5.12.2014 – 10 Sa 605/14, juris Rn. 69.
533 LAG Niedersachsen 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10.

Der Arbeitgeber verpflichtet sich durch die untersuchten Vereinbarungen jeweils zu nicht vertretbaren Handlungen. Dies gilt auch für die untersuchten Investitionszusagen, da er der Gewerkschaft nicht die Zahlung eines Geldbetrags verspricht, sondern die Tätigung einer Investition ins eigene Unternehmen. Die Vollstreckung erfolgt demzufolge nach § 888 ZPO, der Arbeitgeber kann also durch Zwangsgeld oder Zwangshaft zur Vornahme der geschuldeten Handlung angehalten werden. Die Verpflichtung zur Unterlassung von Maßnahmen, die gegen die getroffenen Vereinbarungen verstoßen, kann nach § 890 ZPO vollstreckt werden. Dem Arbeitgeber kann also für den Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld oder Ordnungshaft angedroht werden.

Bei Vorliegen eines hinreichenden Verfügungsgrundes kann die Gewerkschaft die aus den untersuchten schuldrechtlichen Vereinbarungen folgenden Ansprüche auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 935, 940 ZPO) durchsetzen.[534] Ein Verfügungsgrund liegt vor, wenn die objektiv begründete Gefahr besteht, dass die Rechtsverwirklichung im Hauptsacheverfahren durch eine Veränderung des Status quo vereitelt oder erschwert werden könnte.[535] Davon ist bei einer Unterlassungsverpflichtung auszugehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine bevorstehende Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung vorliegen.[536] Solche Anhaltspunkte liegen etwa vor, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat über anstehende Betriebsänderungen unterrichtet, die gegen die tarifliche Vereinbarung verstoßen. Auch Ankündigungen gegenüber Beschäftigten oder Aktionären oder Verhandlungen mit Investoren können auf eine bevorstehende Zuwiderhandlung hindeuten. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund dürfen nicht überhöht werden, da die Gewerkschaft nur eingeschränkte Möglichkeiten hat, von bevorstehenden Verstößen gegen die tarifvertraglichen Vereinbarungen Kenntnis zu erlangen.

Für einzelne Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer und Betriebsräte ergeben sich aus der schuldrechtlichen Vereinbarung im Tarifvertrag keine eigenen Rechte, es sei denn, die Vereinbarung ist als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) auszulegen, wovon bei den hier in Rede stehenden Vereinbarungen allerdings regelmäßig nicht auszugehen sein wird.

2. Schadensersatzansprüche

Verletzt der Arbeitgeber die vertraglichen Pflichten, die er im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags übernommen hat, kommen Schadensersatzansprüche der Gewerkschaft in Betracht (§§ 280 ff. BGB). Praktisch relevant können

534 LAG Niedersachsen 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10; Henssler/Moll/Bepler-*Hexel/Bork*, Teil 5 (19) Rn. 14.
535 MüKoZPO-*Drescher*, § 935 Rn. 15.
536 MüKoZPO-*Drescher*, § 935 Rn. 17.

diese vor allem bei der Verletzung vertraglich vereinbarter Unterlassungspflichten werden. Mit der Schließung, Verlagerung oder Auslagerung des Betriebs wird die Erfüllung der tarifvertraglich vereinbarten Unterlassungsansprüche gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, weil der Arbeitgeber die bereits ergriffenen Maßnahmen nicht mehr unterlassen kann. Da Beseitigungs- oder Folgenbeseitigungsansprüche nicht bestehen,[537] bleibt der Gewerkschaft nur die Geltendmachung von Sekundäransprüchen. Zu diesen gehört insbesondere der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 280 Abs. 1 und 3 BGB i.V.m. § 283 BGB. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs liegen in den in Rede stehenden Fällen regelmäßig vor. Der Arbeitgeber führt die Unmöglichkeit der Leistung i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB durch die tarifvertragswidrige Maßnahme schuldhaft herbei. Infolge des Ausschlusses der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB entsteht der Gewerkschaft ein immaterieller Schaden, da sie die ihr kraft des Erfüllungsanspruchs zustehende Unterlassung nicht mehr durchsetzen kann. Für diesen Schaden kann sie wegen § 253 Abs. 1 BGB zwar keine Entschädigung in Geld verlangen. Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB steht dem Gläubiger aber auch bei Eintritt eines immateriellen Schadens zu.[538] Für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wird allerdings verbreitet angenommen, dass dieser grundsätzlich auf Geld gerichtet ist.[539] Begründet wird dieser Grundsatz mit § 281 Abs. 4 BGB, wonach der Anspruch auf die ursprünglich geschuldete Leistung ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat. Ob dieser Ansicht generell zu folgen ist, kann offenbleiben. Sowohl in der Rechtsprechung[540] als auch in der Literatur[541] werden zutreffend Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannt. Hat der Gläubiger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ein berechtigtes Interesse an der Naturalrestitution, insbesondere weil der Schaden nur durch Naturalherstellung auszugleichen ist, muss ihm die Möglichkeit offenstehen, den an die Stelle des Leistungsanspruchs tretenden Schadensersatzanspruch auf Naturalrestitution zu richten.[542] Diese Ausnahme greift in den hier in Rede stehenden Fällen ein. Der Schaden der Gewerkschaft besteht darin, dass sie die im Interesse ihrer Mitglieder vereinbarte Unterlassung der unternehmerischen Maßnahme nicht mehr durchsetzen kann. Dies hat für die Gewerkschaft zur Folge, dass der in den Tarifverhandlungen erzielte Kompromiss nachträglich entwertet wird und sie möglicherweise einen Vertrauensverlust gegenüber ih-

537 Siehe dazu unter E.I.1.

538 Staudinger-*Höpfner*, Vorbem. vor §§ 249 ff. Rn. 46; MüKoBGB-*Oetker*, § 253 Rn. 6 m.w.N.

539 Vgl. BGH 22.7.2010 – VII ZR 176/09, NJW 2010, 3085 Rn. 10; 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 Rn. 9; Staudinger-*Schwarze*, § 281 Rn. B 128.

540 Vgl. etwa zum Anspruch auf Ersatzurlaub BAG 14.5.2013 – 9 AZR 760/11, DB 2013, 2155.

541 Staudinger-*Schwarze*, § 280 Rn. E 37; MüKoBGB-*Emmerich*, Vorbem. vor § 281 Rn. 7 m.w.N.

542 So auch Staudinger-*Schwarze*, § 280 Rn. E 37; MüKoBGB-*Emmerich*, Vorbem. vor § 281 Rn. 7.

ren Mitgliedern erleidet. Ein finanzieller Ausgleich dieses ideellen Schadens ist nicht nur nach § 253 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, sondern wäre auch tatsächlich nicht möglich, da die negativen Auswirkungen der Maßnahme für die Gewerkschaftsmitglieder durch eine finanzielle Entschädigungszahlung an die Gewerkschaft nicht kompensiert werden könnten. Die Gewerkschaft hat daher ein berechtigtes Interesse an der Naturalrestitution. Sie kann daher gemäß § 249 Abs. 1 BGB verlangen, dass der Arbeitgeber den Zustand herstellt, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Arbeitgeber ist also zur Rückabwicklung der tarifvertragswidrig getroffenen Maßnahmen verpflichtet.

3. Keine Auswirkungen auf entgegenstehende Rechtsgeschäfte

Auf entgegenstehende Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers haben die schuldrechtlichen Tarifregelungen keine Auswirkungen (vgl. § 137 BGB). Veräußert der Arbeitgeber bspw. unter Missachtung eines Auslagerungsverzichts einen Betrieb oder Betriebsteil, sind die mit dem Erwerber geschlossenen Verträge dennoch wirksam. Vor diesem Hintergrund müssen entsprechende Verhandlungen des Arbeitgebers mit einem potenziellen Erwerber oder ähnliche Vorbereitungsmaßnahmen (z.B. die Gründung einer Tochtergesellschaft) genügen, um einen Verfügungsgrund für den Erlass einer Unterlassungsverfügung anzunehmen.

4. Kein Wegfall der Friedenspflicht

Die bloße Verletzung der im schuldrechtlichen Teil übernommenen Verpflichtung durch den Arbeitgeber lässt die Friedenspflicht grundsätzlich unberührt. Die Gewerkschaft ist vielmehr darauf verwiesen, den bestehenden Durchführungs- bzw. Unterlassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen.[543]

5. Absicherung durch vertragliche Gestaltung

Weitere Sanktionsmöglichkeiten können durch vertragliche Gestaltung geschaffen werden. Theoretisch denkbar, praktisch aber eher weniger relevant dürfte die Vereinbarung von Vertragsstrafen sein. Besondere Bedeutung haben vertragliche Gestaltungen in den Fällen, in denen der Zusage des Arbeitgebers eine Gegenleistung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Form eines Sanierungsbeitrags durch eine Absenkung tarifvertraglicher Standards gegenübersteht. In diesen Fällen besteht ein Interesse der Gewerkschaft daran, zu verhindern, dass die Beschäftigten die Sanierungsbeiträge erbringen, ohne die im Gegenzug versprochene Arbeitsplatzsicherheit zu erhalten. Hierzu bedarf es einer ausdrücklichen tarifvertraglichen Regelung, denn allein die Verlet-

543 ErfK-*Linsenmaier*, GG Art. 9 Rn. 118.

zung der schuldrechtlichen Verpflichtung hat keine Auswirkungen auf die normativ wirkenden Regelungen zur Absenkung der tarifvertraglichen Standards.[544] In Betracht kommt insofern einerseits die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts der Gewerkschaft für den Fall, dass der Arbeitgeber gegen die getroffenen Vereinbarungen verstößt.[545] Durch die Ausübung dieses Kündigungsrechts wird der Status quo ante wiederhergestellt. Es gelten wieder die ursprünglichen Tarifverträge, die vorübergehend durch den Sanierungstarifvertrag verdrängt worden waren. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können für die Zukunft also wieder die ursprünglichen tariflichen Leistungen fordern. Zugleich entfällt mit der Kündigung des Standortsicherungstarifvertrags die aus diesem folgende Friedenspflicht, so dass zur Durchsetzung eines neuen Tarifvertrags wieder Streiks möglich wären.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Absenkung von der Bedingung abhängig zu machen, dass der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nachkommt. In eine ähnliche Richtung gehen Klauseln, die den Arbeitnehmern einen Erstattungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber einräumen, wenn dieser seine Zusagen nicht einhält (vgl. Beispiel (6)). Praktisch bergen solche Klauseln das Problem, dass sich die mangelnde Vertragstreue des Arbeitgebers ohne weiteres feststellen lassen muss,[546] zumal die Durchsetzung dieser normativen Tarifregelungen im Individualrechtsstreit durch die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfolgen muss. Problematisch können im Zusammenhang mit der Rückforderung von Sanierungsbeiträgen zudem tarifvertragliche Ausschlussfristen sein, sofern der Tarifvertrag diesbezüglich keine spezielle Regelung enthält.[547]

Besondere Bedeutung haben vertragliche Gestaltungen im Insolvenzfall. Gemäß § 113 InsO verliert der tarifvertragliche Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen in einem solchen Fall seine Wirkung.[548] Die im Gegenzug vereinbarten, abweichenden tariflichen Regelungen zu Entgelt und Arbeitsbedingungen behalten indessen ihre Wirkung, wenn der Standort- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag keine Regelung enthält, wonach die Tarifabweichung im Insolvenzfall ihre Geltung verliert.[549]

544 Vgl. LAG Köln 11.8.2011 – 7 Sa 125/11.

545 Unter Umständen kann sich aus § 314 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht ergeben, siehe dazu bereits unter C.III.1.b)bb)(6) am Ende.

546 Vgl. zu diesem Problem LAG Düsseldorf 5.12.2014 – 10 Sa 605/14.

547 Vgl. zu diesem Problem LAG Düsseldorf 5.12.2014 – 10 Sa 605/14.

548 BAG 17.11.2005 – 6 AZR 107/05, NZA 2006, 661.

549 Vgl. dazu LAG Köln 19.7.2012 – 6 Sa 502/12.

II. Durchsetzungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Betriebsnormen

Betriebsnormen wirken zwar gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 TVG unmittelbar und zwingend, sie können jedoch nicht individuell von einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durchgesetzt werden; ihre Durchsetzung obliegt vielmehr dem Betriebsrat.[550] Dieser kann insbesondere im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sowie im Rahmen seiner Rechte aus § 96 BetrVG auf eine Einhaltung der hier in Rede stehenden[551] Tarifnormen hinwirken. Da der Betriebsrat den Arbeitgeber auf Grundlage der genannten Vorschriften jedoch nicht zur Beachtung der Tarifregelungen zwingen kann, sind diese Durchsetzungsmöglichkeiten praktisch wenig erfolgsversprechend.

Weitere Möglichkeiten können sich aus § 112 BetrVG ergeben. Plant der Arbeitgeber unter Missachtung einer tarifvertraglichen Betriebsnorm zur Standort- und Beschäftigungssicherung eine Betriebsänderung, kann der Betriebsrat Verhandlungen über einen Interessenausgleich unter Verweis auf die entgegenstehende Tarifregelung ablehnen, denn die Betriebsnorm gilt unmittelbar und zwingend und steht der geplanten Maßnahme entgegen, weshalb kein Spielraum für einen Interessenausgleich besteht. Beantragt der Arbeitgeber daraufhin beim Arbeitsgericht die Einsetzung einer Einigungsstelle (§ 112 Abs. 2 S. 2 BetrVG), ist dieser Antrag wegen offensichtlicher Unzuständigkeit der Einigungsstelle zurückzuweisen, weil die beabsichtigte Betriebsänderung gegen eine tarifvertragliche Betriebsnorm – und damit gegen eine Rechtsnorm – verstößt und folglich kein Spielraum für einen Interessenausgleich besteht.[552] Führt der Arbeitgeber die Betriebsänderung dennoch durch, muss den betroffenen Arbeitnehmern gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG ein Anspruch auf Nachteilsausgleich zustehen. Der Arbeitgeber hat mit der Einleitung des erfolglosen Beschlussverfahrens zwar scheinbar alle Möglichkeiten ausgeschöpft, die ihm zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung standen, um zu einem Interessenausgleich zu gelangen. Der Versuch eines Interessenausgleichs war jedoch von Anfang an untauglich, weil die geplante Betriebsänderung nicht ohne Verstoß gegen die tarifvertragliche Betriebsnorm und damit nicht rechtmäßig durchgeführt werden konnte. Der Arbeitgeber hat sich folglich nur um einen rechtswidrigen Interessenausgleich bemüht und ist mit diesen Bemühungen gescheitert. Im Rahmen des § 113 BetrVG kann dies nicht ausreichen. Die Norm soll betriebs-

550 Siehe dazu bereits unter B.I.2.c).

551 Siehe unter C.II.2.

552 Ebenso auf Grundlage einer zwischen den Betriebsparteien vereinbarten Standortgarantie: LAG Köln 11.5.2017 – 8 TaBV 32/17, juris Rn. 35.

verfassungswidriges Verhalten des Arbeitgebers sanktionieren.[553] Sie setzt damit voraus, dass die Bemühungen auf den Abschluss eines rechtmäßigen Interessenausgleichs gerichtet waren. Eine Betriebsänderung, die gegen eine tarifvertragliche Betriebsnorm verstoßen würde, ist hingegen schon per se betriebsverfassungswidrig, da Arbeitgeber und Betriebsrat gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG zur Beachtung der geltenden Tarifverträge verpflichtet sind.

Wird eine Standortgarantie, ein Auslagerungsverzicht oder eine Investitionszusage in einer Betriebsnorm vereinbart, kann der Betriebsrat demzufolge auch im Rahmen der Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG auf ihre Einhaltung hinwirken. Ob dem Betriebsrat auch ein Unterlassungsanspruch gegen die tarifwidrige Betriebsänderung zusteht, ist letztlich davon abhängig, wie die umstrittene Frage beantwortet wird, ob der Betriebsrat bis zur Beendigung des Beteiligungsverfahrens die Unterlassung der Betriebsänderung verlangen kann.[554]

Die Gewerkschaft wird durch die Betriebsnorm zwar nicht unmittelbar berechtigt. Da es sich bei den Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträgen jedoch regelmäßig um Firmentarifverträge handelt, steht ihr gegenüber dem Arbeitgeber als Vertragspartner ein schuldrechtlicher Durchführungsanspruch zu.[555] Ferner muss der Gewerkschaft nach den Grundsätzen der *Burda*-Entscheidung[556] ein Unterlassungsanspruch analog §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG gegenüber dem tarifuntreuen Arbeitgeber zustehen, wenn die Betriebsnorm durch das tarifwidrige Verhalten ihre kollektive Funktion verliert. Davon ist auszugehen, wenn der Arbeitgeber Maßnahmen ergreift, die gegen die Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarung verstoßen und nicht nur einzelne Arbeitnehmer betreffen.

553 BAG 20.11.2001 – 1 AZR 97/01, AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 39.

554 Siehe dazu *Klocke* im zweiten Teil des Gutachtens unter D.III.5.; zum Streitstand: ErfK-*Kania*, BetrVG § 111 Rn. 27a.

555 Vgl. Kempen/Zachert-*Stein*, TVG, § 4 Rn. 246.

556 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 (*Burda*), NZA 1999, 887; 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169.

Teil 2: Standortsicherung auf der betrieblichen Ebene

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M.oec.

A. Einleitung: Standortsicherung durch den Betriebsrat

Die Standortsicherung über das BetrVG ist ein Dauerthema von anhaltender Aktualität. In der Begründung des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes wurde jüngst wieder darauf hingewiesen, dass die Existenz von Betriebsräten dazu führe, dass Krisen besser bewältigt werden können.[557] Die allgemeine Diskussion[558] um Standortsicherung und Beschäftigungsförderung hat in den letzten Jahren einen Paradigmenwechsel erfahren. Während es grundsätzlich um den Bestand gefährdeter Betriebe ging und geht, kam in den letzten Jahren die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Betriebe hinzu.[559] Der Zusammenhang ist offensichtlich. Frühzeitige Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit können spätere, drastische Regelungen über die Standortsicherung entbehrlich machen.

Im Ausgangspunkt muss man daher zwei Begriffe der Standortsicherung unterscheiden. Zum einen kann es um den Erhalt eines Betriebs gehen, dessen Bestand unmittelbar durch eine Entscheidung des Arbeitgebers bedroht ist (Standortsicherung i.e.S.). In diesem Fall realisiert sich die Standortsicherung durch die Verhandlungen mit dem Arbeitgeber und in Ergebnissen wie einer Zusage des Erhalts des Betriebs (Standortgarantie) oder im – oftmals ebenfalls befristeten – Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen. Zum anderen kann Standortsicherung auch mit Blick auf die Zukunft verstanden werden und darin bestehen, die Wettbewerbsfähigkeit des Betriebs für die Zukunft zu erhöhen bzw. zu erhalten (Standortsicherung i.w.S.). Diese zweite Form der Stand-

557 BT-Drs. 19/28899 S. 12.

558 Die Standortsicherung auf betrieblicher Ebene ist soweit ersichtlich nur selten Gegenstand einer isolierten Darstellung gewesen. Den Mangel an Literatur und Rechtsprechung beklagt etwa: *Thüsing*, NZA 2008, 201 (203); jüngst hat *Wolter* einen Akzent auf die Umstrukturierungen gelegt, vgl. *Wolter*, S. 103 ff.

559 *Laßmann/Rupp*, S. 11; *Nebe*, AuR 2014, 51 (56); *Wolter*, RdA 2002, 218 (218).

ortsicherung kann etwa durch Investitionszusagen oder Qualifizierungsprogramme erfolgen und hat für die Betriebsparteien den Vorteil, dass erfolgreiche Betriebe seltener Gegenstand von Rationalisierungsmaßnahmen sind. Sie führt dazu, dass der Betriebsrat seine Vorstellungen zur Betriebsführung artikuliert und damit die Initiative für eine Vereinbarung über die Betriebsführung übernimmt.

Beide Formen der Standortsicherung sind nicht exklusiv, sondern werden sich ergänzen. Ein Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen wird oftmals nur dann Sinn ergeben, wenn die Zukunftsfähigkeit des Betriebs durch weitergehende Investitionszusagen gesichert ist. Bezugspunkt beider Begriffe ist die Unternehmens- bzw. Betriebsführung des Unternehmens. Im Folgenden zweiten Abschnitt soll es daher darum gehen, welche Gestaltungsräume das BetrVG den Betriebsparteien gewährt und wo das Gesetz Grenzen zieht.

Dazu sollen zunächst die spezifischen unionsrechtlichen Vorgaben für die Betriebsverfassung dargestellt und analysiert (II.) werden und sodann die Standortsicherung in das System des BetrVG eingeführt (III.) werden. Dabei legt das Gutachten zwei Schwerpunkte: die Bindungswirkung von Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sowie die Sicherung der Beteiligungsrechte (IV.). Beide Fragen sind zentral für die Standortsicherung auf betrieblicher Ebene. Lange Zeit sah es etwa so aus, als stagnierte die Frage nach der Bindungswirkung von Vereinbarungen über die Unternehmerentscheidungen. Aktualisiert wurde sie jedoch durch eine vielbeachtete Entscheidung des LAG Köln aus dem Jahr 2017. Das Gericht behandelte die Frage im Rahmen der Klärung der Zuständigkeit der Einigungsstelle.[560] Hintergrund war eine bestehende „Betriebsvereinbarung zum Interessenausgleich", nach der eine Standortschließung über eine Garantie ausgeschlossen war. Hieraus folgerte das Landesarbeitsgericht, dass der Arbeitgeber gerade wegen der Garantie nicht vor die Einigungsstelle ziehen könne. Sie sei offensichtlich unzuständig (§ 100 Abs. 1 ArbGG). Damit war auch ein Versuch eines Interessenausgleichs i.S.v. § 112 Abs. 3, 113 Abs. 3 BetrVG nicht mehr möglich.

560 LAG Köln 11.5.2017 — 8 TaBV 32/17, BeckRS 2017, 112320.

B. Die Vorgaben des Unionsrechts für die Standortsicherung auf betrieblicher Ebene

Die Entscheidungen des Arbeitgebers und die betriebliche Mitbestimmung unterliegen Vorgaben des Primär- und des Sekundärrechts der Europäischen Union.

I. Unternehmerfreiheit und Arbeitnehmerbeteiligung im primären Unionsrecht

Das Primärrecht hält mit der Niederlassungsfreiheit[561] (Art. 49 AEUV) und dem Recht auf Unterrichtung und Anhörung (Art. 27 GRC) zwei zentrale Vorgaben für die Organisation des betrieblichen Dialogs bereit. Insofern wird sich oftmals bereits auf dieser Ebene die Frage stellen, inwieweit die Rechte des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer auszutarieren sind.

1. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit wurde bereits im ersten Teil ausführlich diskutiert,[562] so dass an dieser Stelle nur die für die betriebliche Mitbestimmung relevanten Punkte gesondert hervorgehoben werden sollen.

Nach Art. 49 Abs. 1 AEUV sind Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats grundsätzlich verboten. Nach Art. 49 Abs. 2 AEUV umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen.

Der Begriff der Niederlassung setzt daher eine Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft und die tatsächliche Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat voraus.[563] Die sog. primäre Niederlassungsfreiheit betrifft die Gründung von Unternehmen und deren Hauptniederlassung (Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV). Nach S. 2 gilt das Verbot auch für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften

561 Art. 16 GRCh soll nicht unerwähnt bleiben, tritt aber in der Rezeption deutlich hinter Art. 49 AEUV zurück.

562 Dazu im 1 Teil, B.II.2.

563 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (791).

durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind (sog. sekundäre Niederlassungsfreiheit). Letztere gewährleistet nach der Rechtsprechung des EuGH auch die Befugnis, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in dem betreffenden Mitgliedstaat zu beschäftigen.[564]

Die Standortsicherung ist auf die Schließung oder Veränderung eines Betriebs gerichtet und passt in den Kontext dieses eher auf die Gründung und Neugründung ausgerichteten Rechts auf den ersten Blick nicht so recht. Jedoch hat der EuGH in der Rechtssache *AGET* explizit hervorgehoben, dass als Kehrseite der Ausübungsfreiheit die Niederlassungsfreiheit nach Aufbau einer Niederlassung das Recht beinhaltet, anschließend den Umfang dieser Tätigkeit zu verringern oder gegebenenfalls sogar die Niederlassung aufzugeben.[565]

Der EuGH prüfte in *AGET* Beschränkungen in die Niederlassungsfreiheit auf ihre Verhältnismäßigkeit. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit war demnach nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, geeignet ist, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.[566]

Die Rechtssache *AGET* spielt auf den ersten Blick außerhalb der Beteiligung der Arbeitnehmervertreter. In dem Fall ging es um eine Regelung, die eine Massenentlassung von der Genehmigung der Behörde abhängig machte und hierfür drei Kriterien vorgab: die Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens sowie die Belange der nationalen Wirtschaft.[567] Der EuGH stieß sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung an dem zweiten und dritten Kriterium. Diese Kriterien waren nach Ansicht des Gerichts nicht genau und beruhten auf nicht nachprüfbaren Voraussetzungen. Sie gingen daher über das hinaus, was zur Erreichung der angegebenen Ziele erforderlich sei, und könnten daher nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen.[568]

Allgemein stellte das Gericht aber auch klar, dass der bloße Umstand, dass eine beabsichtigte Massenentlassung vor ihrer Vornahme einer nationalen Behörde mit einer Kontrollbefugnis anzuzeigen ist, die es ihr ermöglicht, unter be-

564 EuGH 12.7.2012 – C-378/10 (*VALE Építési*), NJW 2012, 2715; EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (791).
565 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (791); *Franzen*, EuZW 2017, 229 (237).
566 EuGH 29.11.2011 – C-371/10 (*National Grid Indus*), EuZW 2011, 951.
567 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (792).
568 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (795).

stimmten Umständen ein solches Vorhaben aus Gründen zu untersagen, denen der Schutz der Arbeitnehmer und der Beschäftigung zugrunde liegt, nicht als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit oder die in Art. 16 der Charta verankerte unternehmerische Freiheit angesehen werden kann.[569]

2. Das Recht auf Unterrichtung und Anhörung

Das Recht der Arbeitnehmervertreter auf Unterrichtung und Anhörung ist nach Art. 27 GRC ein soziales Grundrecht der EU.[570] Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter muss demnach auf den geeigneten Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind.

Der materielle Gehalt des Art. 27 GRC ist zunächst eine institutionelle Garantie.[571] Darüber hinaus wird diskutiert, ob die einschlägigen Richtlinien nicht auch eine inhaltliche Konkretisierung des Art. 27 GRC enthalten. Geführt wird diese Diskussion in erster Linie über die Richtlinie 2002/14/EG und bezogen wird sie auf die Horizontalwirkung von Art. 27 GRC. Der EuGH hat diese Frage unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 27 GRC verneint.[572] Abzuwarten bleibt, ob der EuGH angesichts substanzieller Kritik[573] diese Linie fortsetzen wird. Denn immerhin ist Art. 27 GRC von seinem Wesen her auf die Konkretisierung und Entwicklung durch das Sekundarrecht ausgelegt.[574] Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV verlangt außerdem die gebührende Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen und verweist damit für Art. 27 GRC wiederum auf die Richtlinie 2002/14/EG.[575]

Wichtiger als diese Frage ist an dieser Stelle die Architektur des Unionsrechts, die Absicherungsfunktion des Art. 27 GRC.[576] Denn über Art. 27 GRC erhalten die Anhörungs- und Beteiligungsrechte eine primärrechtliche Schrankenbestimmung, die insbesondere der Niederlassungsfreiheit in hierarchischer Hinsicht entgegentritt.[577]

569 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (793).
570 *Schubert* in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 27 GRC Rn. 7.
571 Franzen/Gallner/Oetker-*Schubert*, GRC Art. 27 Rn. 7 u. 11 ff.
572 EuGH 15.1.2014 – C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193.
573 *Heuschmid*, EuZA 2014, 514.
574 *Heuschmid*, EuZA 2014, 514; *Schlachter*, EuZA 2015, 149 (159).
575 Vgl. hierzu: *Schlachter*, EuZA 2015, 149 (159).
576 *Schubert* in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 27 GRC Rn. 24 ff.
577 *Manger-Nestler/Noack*, JuS 2013, 503 (505 f.).

II. Beteiligungsrechte und Unternehmerfreiheit im sekundären Unionsrecht

Im Kontext der Spannungslage von Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerbeteiligung soll im Folgenden kurz auf die Bestimmungen des sekundären Unionsrechts eingegangen werden, die eine Relevanz für die Standortsicherung nach dem BetrVG entfalten.

Aktuell wird die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter im sekundären Unionsrecht im Wesentlichen über drei Richtlinien[578] verwirklicht: die Richtlinie 98/59/EG über Massenentlassungen, die Richtlinie 2001/23/EG über den Übergang von Unternehmen und die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer.[579]

1. Der Betriebsinhaberwechsel nach der Richtlinie 2001/23/EG

Der Betriebsinhaberwechsel wurde im Kontext der Standortsicherung früher unterschätzt. Ein neuer Rechtsträger kann eine neue Unternehmenskultur mitbringen. Augenfällig wird die Relevanz auch dann, wenn bereits vor Übergang des Betriebs absehbar ist, dass der neue Inhaber weitergehende Maßnahmen plant.[580] Daher kommt es in der Praxis vermehrt zu sog. Best-Owner-Agreements.[581] In diesen erklärt der zukünftige Betriebsinhaber bestimmte Garantien gegenüber den Arbeitnehmervertretern.

Die Richtlinie, die den Betriebsinhaberwechsel zum Gegenstand hat, ist die sog. Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG. Sobald der Rechtsträger wechselt, sind Erwerber und Veräußerer nach Art. 7 der Richtlinie 2001/23/EG weitreichend, aber nur relativ verpflichtet, ihre Arbeitnehmervertreter zu informieren und zu konsultieren. Das gilt insbesondere nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 Spiegelstrich 3 der Richtlinie 2001/23/EG für die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und nach Spiegelstrich 4 für hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommene Maßnahmen. An-

578 Nicht unerwähnt bleiben sollte zudem die Richtlinie 2009/38/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen. Die sog. Betriebsräterichtlinie flankiert die nationalen Betriebsverfassungen auf europäischer Ebene. In Art. 7 i.V.m. Anhang 1 Nr. 3 sind ebenfalls Vorgaben für den europäischen Dialog zur Standortsicherung enthalten.

579 Vgl. auch den Überblick bei *Nebe*, AuR 2014, 51 (54 u. 57).

580 *Riesenhuber*, RdA 2004, 340 (341).

581 https://www.igmetall-nrw.de/news/2020/fair-und-best-owner-vereinbarung-mit-advent-und-cinven-sieben-jahre-und-einen-monat-sicherheit/ (Abruf: September 2021).

gesichts des Sinns und Zwecks der Regelung wird in der Literatur eine extensive Interpretation der Begriffe „*Folgen*“ und „*Maßnahmen*“ vertreten.[582]

Befürchten die Arbeitnehmervertreter eine Veränderung des wirtschaftlichen oder sozialen Status quo, muss es möglich sein, diese Fragen im Rahmen des Konsultationsverfahrens zu diskutieren. Da die Initiativlast beim Arbeitgeber liegt, darf die Schwelle der Begriffe in der Tat nicht zu hoch angesetzt werden. Der Richtlinientext spricht gerade nicht von wesentlichen Nachteilen und postuliert keine Erheblichkeitsschwelle.[583] Man kann daher erwarten, dass der Erwerber zu diesen Punkten Stellung nimmt und seine Vorstellungen von der Zukunft nach dem Übergang erläutert. Auf dieser Grundlage kann dann die Diskussion erfolgen.

Bereits die relativen Beteiligungsrechte werden durch die Best-Owner-Agreements überholt. Die ganze Schwäche der Richtlinie 2001/23/EG für Deutschland tritt allerdings in Form von Art. 7 Abs. 3 zu Tage. Die Norm begründet für die deutsche Rechtslage eine erhebliche Unsicherheit. Eine Herausnahme des Betriebsübergangs aus dem System der Betriebsratsbeteiligung wäre nur haltbar, wenn das Einigungsstellenverfahren nach §§ 111, 112 BetrVG eine Schiedsstelle darstellte.[584] Dann dürfen nationale Regelungen fehlen, weil eine Regelung für eine Betriebsänderung besteht, die wesentliche Nachteile für einen erheblichen Teil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Folge haben kann. Die Literatur wirft zu Recht die Frage auf, ob die Einigungsstelle mit einer Schiedsstelle gleichgesetzt werden darf.[585] Dass ein Beteiligungsinteresse der Arbeitnehmer besteht, das dem bei Betriebsänderungen nicht unähnlich ist, zeigen gerade auch die Best-Owner-Agreements. Für die sog. Best-Owner-Agreements ist dies bislang ohne Bedeutung geblieben, weil sie in aller Regel freiwillig abgeschlossen wurden und die Richtlinie keine Sperre für freiwillige betriebliche Lösungen beinhaltet.[586]

2. Die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG

In der Praxis deutlich wahrnehmbarer ist die Massenentlassungsrichtlinie 98/58/EG. Soll ein Standort geschlossen werden, wird es in aller Regel auch zu Massenentlassungen kommen. Das Unionsrecht stellt mit der Richtlinie 98/59/EG ein spezifisches Instrument bereit, das Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter enthält.

582 *Winter* in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 7 RL 2001/23/EG Rn. 7.
583 *Winter* in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 7 RL 2001/23/EG Rn. 7.
584 Zum Problem: *Winter*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 7 RL 2001/23/EG Rn. 16.
585 DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 126; *Riesenhuber*, RdA 2004, 341.
586 DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 125.

a) Das Informations- und Konsultationsrecht

Das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmervertreter ist in Art. 2 Abs. 1–3 der Richtlinie 98/58/EG geregelt. Beabsichtigt ein Arbeitgeber Massenentlassungen vorzunehmen, so hat er die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig zu konsultieren, um zu einer Einigung zu gelangen. Die Konsultationen erstrecken sich jedenfalls auf die Möglichkeit, Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken, sowie auf die Möglichkeit, ihre Folgen durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern. Hierbei hebt Art. 2 Abs. 2 die anderweitige Verwendung oder die Umschulung der entlassenen Arbeitnehmer hervor. Das Fundament dieser Konsultation ist die Information nach Art. 2 Abs. 3.

b) Die freie Unternehmerentscheidung

Der EuGH hat die Massenentlassungsrichtlinie in der Entscheidung „*AGET*" systematisch konturiert. Nach Ansicht des Gerichts gibt die Richtlinie 98/59/EG (nur) ein Verfahren für Massenentlassungen vor. Die Richtlinie greife nicht in die freie Entscheidung des Arbeitgebers ein, Massenentlassungen vorzunehmen oder nicht.[587] Dies folgerte das Gericht daraus, dass die Richtlinie keine Bestimmungen darüber enthalte, unter welchen Umständen der Arbeitgeber Massenentlassungen in Erwägung ziehen müsse. Die Richtlinie schränke die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Frage, ob und wann ein Plan für Massenentlassungen aufzustellen ist, in keiner Weise ein.[588] Dieser Umstand führt aber nicht zur Unzulässigkeit etwaiger Vorgaben. Das Gericht betonte explizit, dass diese Frage daher in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fiele.

c) Das Verbot der Durchführung der Massenentlassung

Dessen ungeachtet hat der EuGH die zeitweise Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Beteiligungsrechte für zulässig erachtet. Auslöser der Beteiligungsrechte nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Absicht des Arbeitgebers. Daraus folgerte das Gericht, dass die in Art. 2 der Richtlinie 98/59/EG vorgesehene Konsultationspflicht entsteht, wenn der Arbeitgeber erwägt, Massenentlassungen vorzunehmen, oder einen Plan für Massenentlassungen aufstellt.[589] Aus dieser Dimension hat der EuGH das zeitweise Verbot der Massenentlassungen herausgearbeitet.[590] Die praktische Wirksamkeit der Pflichten aus der Massenentlassungsrichtlinie wäre beeinträchtigt, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsverträge während oder sogar schon zu Beginn des Verfahrens kündigen dürfte. Für die Arbeitnehmervertreter wäre es erheblich schwieriger, die Rücknahme einer bereits getroffenen Entscheidung zu erreichen, als den Verzicht auf eine beabsichtigte Entscheidung.

587 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788.
588 EuGH 21.12.2016 – C-201/15 (*AGET Iraklis*), NZG 2017, 788 (789) Rn. 31.
589 EuGH 10.9.2009 – C-44/08 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK*), NZA 2009, 1083 (1085).
590 EuGH 27.1.2005 – C-188/03 (*Junk*), AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18.

3. Die Rahmenrichtlinie 2002/14/EG

Anders als die Massenentlassungsrichtlinie zielt die sog. die Rahmenrichtlinie 2002/14/EG nicht nur auf eine besondere Unternehmerentscheidung. Vielmehr verbindet sie eine ganze Reihe von zentralen Unternehmerentscheidungen mit den Rechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Für das Thema der Standortsicherung sticht die Richtlinie auch hervor, weil ihr Auslöser der Fall „*Vilvoorde*" war.[591]

a) Der Fall „Vilvoorde"

Die Rahmenrichtlinie wurzelt historisch in dem Befund, dass die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter nicht erst nach der Entscheidung zur Schließung eines Standorts stattfinden darf.[592] Systematisch ist dieser Impuls deshalb von Bedeutung, weil die Richtlinie 2002/14/EG verdeutlicht, dass Interessenwahrnehmung nicht erst beim Kündigungsschutz in Form der Massenentlassungsrichtlinie ansetzt, sondern früher eingreifen muss.

Im März 1997 beschloss Renault, ein Montagewerk im Brüsseler Vorort Vilvoorde zu schließen und die ca. 3.000 Mitarbeiter zu entlassen. Vor der Entscheidung hatte Renault die Arbeitnehmervertreter nicht an der Entscheidung beteiligt. In Belgien wurde Renault mit einem Bußgeld belegt, erst französische Gerichte erließen Unterlassungsverfügungen auf Veranlassung des Europäischen Betriebsrats von Renault. Der Fall sorgte europaweit für Aufsehen und war der Beispielsfall für die Kommission.[593]

b) Unternehmerische Entscheidungen als Gegenstand der Beteiligung

Von *Vilvoorde* ausgehend sollte der Dialog von Arbeitgebern und Arbeitnehmervertretern gestärkt werden, um Risiken frühzeitig zu erkennen, bei gleichzeitiger Absicherung der Arbeitnehmer, die Arbeitsorganisation flexibler zu gestalten und den Zugang der Arbeitnehmer zur Fortbildung im Unternehmen zu fördern, die Arbeitnehmer für die Notwendigkeit von Anpassungen zu sensibilisieren, die Bereitschaft der Arbeitnehmer zur Teilnahme an Maßnahmen und Aktionen zur Verbesserung ihrer Beschäftigungsfähigkeit zu erhöhen, die Arbeitnehmer stärker in die Unternehmensabläufe und in die Gestaltung der Zukunft des Unternehmens einzubeziehen und dessen Wettbewerbsfähigkeit zu steigern (Erwägungsgrund 7).

591 *Reichold*, NZA 2003, 289 (289).
592 KOM (1998) 612 endg. S. 2.
593 Vgl. den Überblick bei *Klocke*, S. 188 ff. m.w.N.

Erwägungsgrund 7 legt offen, dass die Rahmenrichtlinie auch auf unternehmerische Entscheidungen und die Einflussnahme auf diese gerichtet ist.[594] Dieser Ansatz bricht sich dann im zentralen Konzept der Richtlinie Bahn. Denn gemäß Erwägungsgrund 8 ist eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nach der Richtlinie eine Vorbedingung für die erfolgreiche Bewältigung der Umstrukturierungsprozesse und für eine erfolgreiche Anpassung der Unternehmen an die im Zuge der Globalisierung der Wirtschaft – insbesondere durch die Entstehung neuer Formen der Arbeitsorganisation – geschaffenen neuen Bedingungen.

Verstärkt wird dieser Impuls historisch durch Nr. 18 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9.12.1989.[595] Dort werden nicht nur neue Technologien und Massenentlassungen als Auslöser für Konsultationsprozesse eingeordnet. Spiegelstrich 2 nennt ausdrücklich Umstrukturierungen von Unternehmen, wenn dadurch die Beschäftigung der Arbeitnehmer berührt wird.

c) Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter im Kontext der Standortsicherung

Die Richtlinie geht nach Art. 4 RL 2002/14/EG von einer weitreichenden Informations- und Konsultationsverpflichtung des Arbeitgebers aus. Nach Art. 4 Abs. 2 sollen Information und Konsultation drei Punkte erfassen, wobei bei lit. a) nur ein Informationsrecht vorgesehen ist und erst in lit. b) und lit. c) Konsultationsrechte bestimmt werden.

aa) Beschäftigungssituation, -struktur und -entwicklung

Art. 4 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2002/14/EG verlangt Information und Konsultation zur Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und zur wahrscheinlichen Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen oder Betrieb sowie zu gegebenenfalls geplanten antizipativen Maßnahmen, insbesondere bei einer Bedrohung für die Beschäftigung.

Dieses Beteiligungsrecht interagiert deutlich mit der Massenentlassungsrichtlinie und modifiziert den Schutz. Zum einen kommt es nicht auf Zahlen an. Zum anderen lässt sich dem Umkehrschluss des zweiten Halbsatzes entnehmen, dass die Beteiligung nicht von Planungen abhängt.[596]

---

594 *Kohte*, FS 50 Jahre BAG, 1219 (1242); *Kohte*, FS Richardi, 601 (610); *Reichold*, NZA 2003, 289 (297).
595 KOM (89) 248 endg.
596 *Kohte* in: Düwell, RL 2002/14/EG Rn. 16.

Information und Konsultation dienen daher nicht nur dazu, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in bestimmte sie unmittelbar betreffende Entscheidungen einzubinden.[597] Vielmehr sollen die Arbeitnehmervertreter die Möglichkeit haben, ihrerseits Vorschläge zu präsentieren.

In der Literatur wird übereinstimmend vertreten, dass das Beteiligungsrecht des lit. b) nicht von ganz bestimmen Maßnahmen oder Anlässen abhängig ist.[598] Es geht daher im Kern um die Etablierung eines allgemeinen Dialogs über diese Fragen, wobei freilich in bestimmten Fällen auch außerordentliche Beratungen stattzufinden haben, wenn die Beschäftigung bedroht ist.[599] Das Beteiligungsrecht ist daher grundsätzlich antizipatorisch mit einer dynamischen Konkretisierung konzipiert. Auf der Grundlage des Dialogs soll den Arbeitnehmervertretern die Möglichkeit gegeben werden, die frühzeitige Einleitung von Maßnahmen anzustoßen, die negative Veränderungen der Beschäftigungssituation im Unternehmen vermeiden oder abmildern können, insbesondere Ausbildungs- und Qualifikationsmaßnahmen.[600]

bb) Veränderungen der Arbeitsorganisation und der Arbeitsverträge

Weiterhin sollen die Arbeitnehmervertreter zu Entscheidungen angehört werden, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können (lit. c). Dieses Beteiligungsrecht folgt der nach dem BetrVG bekannten Muster der Beteiligung an Maßnahmen des Arbeitgebers. Die Formulierung ist problematisch, weil die „Entscheidung" nahelegt, dass eine Entscheidung getroffen wurde, andererseits macht die Formulierung auch sehr deutlich, dass die Beteiligung im Vorfeld stattfinden muss, eben in einem Stadium, in dem noch nicht klar ist, ob die Entscheidung wesentliche Veränderungen mit sich bringen wird.

Insbesondere die Schließung eines Standorts wird von Art. 4 Abs. 2 erfasst.[601] Denn diese ist eine Bedrohung für die Beschäftigung und eine Änderung der Arbeitsorganisation. Hier setzt gerade die Beteiligung an, wenn es um antizipative Maßnahmen geht.[602] Das lässt sich auch im Umkehrschluss aus dem Verweis auf Art. 9 der Richtlinie 2002/14/EG ableiten. Art. 4 Abs. 2 lit. c) ummantelt auch Massenentlassungen.

597 Franzen/Gallner/Oetker-*Weber*, RL 2002/14/EG Art. 4 Rn. 7.
598 *Kohte* in: Düwell, RL 2002/14/EG Rn. 17; *Reichold*, NZA 2003, 28 (298 f.).
599 Franzen/Gallner/Oetker-*Weber*, RL 2002/14/EG Art. 4 Rn. 8.
600 *Schäfer,* S. 158.
601 Franzen/Gallner/Oetker-*Weber*, RL 2002/14/EG Art. 4 Rn. 11.
602 Grundlegend: *Kohte*, FS 50 Jahre BAG, 1219 (1243).

cc) Der Modus der Beteiligung

Über die Beteiligungstatbestände hinaus legt Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2002/14/EG den Modus der Beteiligung fest. Dabei trennt Abs. 4 fünf Facetten der Gewährleistung des Beteiligungsrechts, was die Bedeutung jeder einzelnen Facette hervorhebt und eine Liste für die korrekte Erfüllung der Beteiligungsrechte begründet. Die Anhörung erfolgt demnach zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung, die dem Zweck angemessen sind; auf der je nach behandeltem Thema relevanten Ebene; auf der Grundlage der Informationen und vorab gegebener Stellungnahmen; in einer Weise, die es den Arbeitnehmervertretern gestattet, mit dem Arbeitgeber zusammenzukommen und eine mit Gründen versehene Antwort auf ihre etwaige Stellungnahme zu erhalten und schließlich mit dem Ziel, eine Vereinbarung über die in Art. 4 Absatz 2 Buchstabe c) genannten Entscheidungen, die unter die Leitungsbefugnis des Arbeitgebers fallen, zu erreichen.

III. Die Unternehmerentscheidung im System des Unionsrechts

Standortsicherungsvereinbarungen setzen Vereinbarungen über Inhalte voraus, die im Ausgangspunkt Fragen der Unternehmensführung beinhalten können. Das Unionsrecht gibt den Arbeitnehmervertretern keine Mitbestimmungsrechte i.e.S. Es legt aber dem Arbeitgeber die Verpflichtung auf, die Beratung mit dem Willen zu führen, eine Vereinbarung zu schließen. Insofern sind unionsrechtlich der Inhalt und die Reichweite des jeweiligen Beteiligungsrechts entscheidend.

Während die Betriebsübergangsrichtlinie aktuell kaum Auswirkungen auf den Dialog der Arbeitnehmervertreter hat, lässt sich aus der Massenentlassungsrichtlinie folgern, dass einerseits die Niederlassungsfreiheit Entscheidungen über das Schicksal des Betriebs schützt, andererseits Beschränkungen und insbesondere die zeitweise Untersagung dieser Entscheidung aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes mit dem Unionsrecht konform sein können.

Von diesen Grundlehren kann die Richtlinie 2002/14/EG ausgehen und als Rahmenrichtlinie die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter verstärken. Denn gerade die Richtlinie 2002/14/EG zielt auf die Implementation eines frühzeitigen Dialogs über Kernfragen der Unternehmerentscheidung, die insbesondere für die Standortsicherung Bedeutung haben.[603]

603 Umfassend bei *Kohte* in: Düwell, RL 2002/14/EG Rn. 2; unterstrichen wird dieser Befund auch durch Art. 7 RL 2009/38/EG i.V.m. Anhang I Nr. 3.

C. Die Beteiligungsrechte nach dem BetrVG

Während das Unionsrecht Vorgaben für die Ausgestaltung des deutschen Rechts macht, müssen sich die Betriebsparteien am BetrVG und KSchG orientieren.

I. Standortsicherung als allgemeine Aufgabe des Betriebsrats

Das Betriebsverfassungsrecht von 2001 hat die Standortsicherung deutlich aufgewertet und zu einer Kernmaterie der Betriebsratsarbeit gemacht.[604] Neben § 111 BetrVG tritt nunmehr auch § 92a BetrVG, der die Beschäftigungssicherung zu einem Beteiligungsrecht materialisiert. Bereits hieraus lässt sich folgern, dass die Standortsicherung eine zentrale Aufgabe des Betriebsrats ist. Standortsicherung ist Beschäftigungssicherung.[605] Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, diese Aufgabe zusätzlich in den Katalog des § 80 Abs. 1 BetrVG aufzunehmen. Nunmehr hebt § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG die Beschäftigungsförderung und insbesondere die Beschäftigungssicherung als eigene Aufgabe gesondert hervor.

Auch wenn die Beteiligungsrechte nach §§ 92a, 97 und 111 BetrVG diese Aufgabe verfahrensmäßig verstärken, folgen bereits aus § 80 BetrVG eigenständige Befugnisse, insbesondere das Informationsrecht aus § 80 Abs. 2 BetrVG ist als Grundstock für die Betriebsratsarbeit unerlässlich.

1. Antragsbefugnisse

Die Aufgabennorm des § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gibt dem Betriebsrat grundsätzlich ein Antragsrecht zum Wohle des Betriebs. Dieses Recht bezieht sich auf alle Maßnahmen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen.[606] Da der Erhalt des Betriebs in aller Regel das Wohl des Betriebs verkörpert, dürften Anträge zur Standortsicherung auch unter § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG fallen. Dem Wortlaut ist insofern nicht zu entnehmen, dass ein wirtschaftlicher Vorteil etwa in Folge einer Umstrukturierung diese Aufgabe beseitigt. Vielmehr wer-

604 BT-Drs. 14/5741 S. 2.
605 Vgl. auch *Wolter*, RdA 2002, 218 (218).
606 DKW-*Buschmann*, § 80 Rn. 34; *Fitting*, § 80 Rn. 18.

den bei einer entsprechenden Maßnahme sogar materiell-rechtliche Beteiligungsrechte auf Betriebsratsseite ausgelöst.

Das Antragsrecht ist nicht vergleichbar mit einem Initiativrecht im Sinne eines Mitbestimmungsrechts.[607] Gleichwohl ist der Arbeitgeber verpflichtet, sich mit dem Anliegen des Betriebsrats gemäß §§ 2, 74 BetrVG ernsthaft zu befassen.[608] Man wird aus diesem System ableiten müssen, dass im Rahmen dieses Dialogs auch diskutiert werden muss, ob der Antrag bzw. Vorschlag dem Betrieb dient, wenn der Arbeitgeber dies (anfänglich) nicht so sieht.

§ 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG spezifiziert diese allgemeine Aufgabe. Denn ausweislich der Gesetzesbegründung ist die Regelung zu Beschäftigungssicherung und -förderung gerade im Kontext der Umstrukturierung zu sehen. Der Betriebsrat soll sich allgemein dafür einsetzen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Lebensgrundlage nicht verlieren.[609]

In der Literatur besteht die Auffassung, dass ein allgemeines beschäftigungs*politisches* Mandat des Betriebsrats nicht besteht.[610] Das ist im Lichte dieser Vorgabe nur insofern richtig, dass ein solches Mandat nicht aufgabenunabhängig besteht.[611] Die Aufgabe der Beschäftigungssicherung beginnt, das zeigt insbesondere § 92a BetrVG, indes sehr früh. Die Zusammensetzung der Belegschaft kann bereits Relevanz für die Beschäftigungssicherung entfalten. Insofern wird die Aufgabe gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG in aller Regel auf ein Mandat für die Beschäftigungssicherung hinauslaufen. Die Regierungsbegründung zu § 92a BetrVG geht denn auch davon aus, dass die Beschäftigungssicherung einen Schwerpunkt der Betriebsratsarbeit ausmachen wird.[612]

2. Informationsrechte

Die Grundlage der Betriebsratsarbeit und seiner Aufgabenwahrnehmung sind Informationen. Weitergehend besteht daher nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG ein Informationsrecht in Bezug auf die Aufgaben. Dieses Informationsrecht ist von dem Vorliegen der Voraussetzungen der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte unabhängig.[613] Nach der Rechtsprechung des BAG besteht dieser Anspruch nicht nur dann, wenn die Aufgabe feststeht. Vielmehr soll die Unterrichtung es dem Betriebsrat ermöglichen, in eigener Verantwortung zu prü-

607 GK-*Weber*, § 80 Rn. 34.
608 DKW-*Buschmann*, § 80 Rn. 36; *Fitting*, § 80 Rn. 18.
609 BT-Drs. 14/5741 S. 46.
610 GK-*Weber*, § 80 Rn. 54.
611 *Hanau*, FS Adomeit, 251 (254); vgl. auch den Überblick bei: DKW-*Buschmann*, § 80 Rn. 70 f.
612 BT-Drs. 14/5741 S. 46.
613 BAG 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (420).

fen, ob sich Aufgaben im Sinne des BetrVG ergeben und er zu ihrer Wahrnehmung tätig werden muss.[614] Es genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen von Aufgaben. Die Grenzen des Auskunftsanspruchs sind erst erreicht, wenn eine sonstige betriebsverfassungsrechtliche Aufgabe offensichtlich nicht in Betracht kommt.[615]

3. Aufgaben als Ausgangspunkt

§ 80 BetrVG ist ein wichtiger Ausgangspunkt jeder weiteren Betriebsratstätigkeit im Bereich der Standortsicherung. Das Zusammenspiel von § 80 Abs. 1 und § 80 Abs. 2 BetrVG ermöglicht es dem Betriebsrat, frühzeitig Maßnahmen zum Erhalt des Betriebs vorzuschlagen und weitergehende Informationen einzuholen. Gemessen an den eingangs eingeführten unionsrechtlichen Vorgaben stellt § 80 BetrVG *nur* den Ausgangspunkt dar.

II. Unternehmerentscheidung und BetrVG

Nach dem BetrVG gibt es nicht *die* Unternehmerentscheidung. Vielmehr können unterschiedliche Maßnahmen des Arbeitgebers nach dem BetrVG unterschiedliche Beteiligungsrechte auslösen. Das gleiche gilt für Maßnahmen der Standortsicherung. Sie eint indes, dass stets (auch) Maßnahmen des Arbeitgebers erforderlich sind, die mitunter im Kernbereich der Unternehmerfreiheit angesiedelt sind. Zunächst soll daher die Bedeutung der Unternehmerfreiheit für das BetrVG dargestellt werden.

1. Die These der mitbestimmungsfreien Unternehmerentscheidung gemäß Art. 12 GG

Nach Ansicht einiger Autoren, insbesondere im älteren Schrifttum, soll es ein Leitprinzip des BetrVG sein, dass Unternehmerentscheidungen mitbestimmungsfrei seien.[616] Als normatives Fundament dieser These wird vom BAG Art. 12 GG angeführt.[617]

Der zweite Senat des BAG betonte 2013 hierzu, dass es nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG dem Arbeitgeber überlassen sei, wie er sein Unternehmen führt, ob er es

614 St. Rspr.: BAG 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (420); 27.6.1989 – 1 ABR 19/88, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 37.

615 St. Rspr.: BAG 27.10.2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418 (420); 27.6.1989 – 1 ABR 19/88, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 37.

616 Vgl. auch *Richardi* in: Richardi, § 87 Rn. 41, zugleich einschränkend, sobald ein Mitbestimmungsrecht gegeben ist.

617 BAG 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139 (141 f.); zu Art. 12 GG: *Wolter*, RdA 2002, 218 (220).

überhaupt weiterführt und ob er seine Betätigungsfelder einschränkt. Der Arbeitgeber könne grundsätzlich Umstrukturierungen allein zum Zwecke der Ertragssteigerung vornehmen. Es könne unter Geltung von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nicht darum gehen, die fragliche organisatorische Maßnahme als solche gerichtlich zu untersagen, sondern nur darum, ob ihre tatsächliche Umsetzung eine Kündigung rechtfertige.[618]

Die grundrechtliche Fundierung der Unternehmerfreiheit ist eine wichtige Weichenstellung der deutschen Rechtsordnung. Sie überführt die Unternehmerfreiheit damit aber auch in die klassische Grundrechtsdogmatik von Schranken und Schranken-Schranken. Aus einer abwehrrechtlichen Perspektive lassen sich das BetrVG und die Vorgaben der Rechtsprechung als Maßnahmen verstehen, die die Unternehmerfreiheit beschränken. So hat denn auch die Rechtsprechung mehrfach typische Unternehmerentscheidungen der Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterworfen. Offensichtlich ist dies etwa bei der Entscheidung über die Festlegung der Arbeitszeit bzw. Ladenöffnungszeiten.[619] Diese Entscheidung wurde zudem vom BVerfG bestätigt.[620] Ebenso überführt das Initiativrecht für Kurzarbeit eine zentrale Unternehmerentscheidung zur Standortsicherung in die gemeinsame Verantwortung der Betriebsparteien.[621]

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Schranke ist denn auch seit langem geklärt. Hinter dem System der Betriebsverfassung stehen nach Auffassung des BAG das Sozialstaats- und das Demokratieprinzip.[622] Aus diesen Staatszielbestimmungen folge das Recht der Arbeitnehmer auf Teilhabe an den sie betreffenden Angelegenheiten. Im Lichte des aktuellen Stands der Verfassungsrechtsdogmatik führt die Gegenüberstellung von Art. 12 GG und Art. 20 GG in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz.

2. Die Unternehmerfreiheit auf der einfachgesetzlichen Ebene

Wenn die Regeln des BetrVG grundsätzlich Schranken der unternehmerischen Freiheit sind, muss eine Beschränkung der Freiheiten über die Regeln der Gesetzesauslegung gewonnen werden.

618 BAG 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139 (141 f.).
619 BAG 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, NJW 1983, 953.
620 BVerfG 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 15.
621 BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3 = AP BetrVG 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 1.
622 BAG 1.2.2011 – 1 ABR 79/09, NZA 2011, 703 (705); 22.5.2012 – 1 ABR 7/11, NZA –RR 2013, 78 (79).

Sehr häufig wird in der Literatur auf die Freiheit der Unternehmerentscheidung abgestellt, wie sie in § 1 Abs. 2 Alt. 3 KSchG durch das BAG in ständiger Rechtsprechung betont wird.[623] Dieser These liegt ein Trugschluss zugrunde. Denn auch die betriebsbedingte Kündigung und insbesondere die Arbeitgeberfreiheiten finden ihre Grenzen im zwingenden Recht im Übrigen. Daraus erklärt sich gerade auch die Anwendung der §§ 138, 242 BGB. In erster Linie geht es daher um die Aussagen des BetrVG für die jeweilige Arbeitgeber- bzw. Unternehmerfreiheit.

Mit seinem Beschluss vom 31.8.1982 hat sich das BAG gegen die Ansicht gewandt, dass die Mitbestimmungsrechte unter dem allgemeinen Vorbehalt stünden, dass durch sie nicht in die unternehmerische Freiheit eingegriffen werden dürfe.[624] Insbesondere nahm das Gericht auch zu § 111 BetrVG Stellung. Aus der Zustimmungsfreiheit einer Betriebsänderung folgt nach Ansicht des Gerichts nicht notwendig, dass andere Mitbestimmungsrechte insoweit eingeschränkt sind, als ihre Ausübung diese Freiheit beschränkt oder beschränken kann.[625]

Aus dieser Stellungnahme lässt sich zunächst eine Emanzipation von § 87 BetrVG gegenüber der wirtschaftlichen Mitbestimmung ableiten. Sofern § 87 BetrVG erfüllt ist, kommt der unternehmerischen Freiheit auf einfachgesetzlicher Ebene nach der Auffassung des Gerichts keine einschränkende Bedeutung zu.

Diese Rechtsprechung verdeutlicht somit, dass die Realisierung der unternehmerischen Freiheit gerade durch die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte erfolgt. Sie steht nicht außerhalb oder als Auslegungsgrundsatz neben den Bestimmungen. Ob und inwieweit die unternehmerische Freiheit beschränkt wird, folgt aus den Bestimmungen des BetrVG.[626] Bei § 87 BetrVG müssen die Fragen daher gemeinsam beantwortet werden. Dass dem Unternehmer hingegen bei § 111 BetrVG die Letztentscheidungskompetenz verbleibt, wenn er das Verfahren nach §§ 111ff. BetrVG einhält, wird heute nicht mehr wahrnehmbar bestritten.[627]

623 *Hamann*, Anm. zu AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 60.
624 BAG 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, NJW 1983, 953; bestätigt durch BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3.
625 BAG 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, NJW 1983, 953 (955).
626 DKW-*Klebe,* § 87 Rn.27.
627 *Klocke,* S. 166.

III. Standortsicherung als soziale Angelegenheit

Es bietet sich daher an, zunächst die Mitbestimmungsrechte i.e.S. zu untersuchen. Auf den ersten Blick erscheint § 87 BetrVG als Kernbereich der sozialen Mitbestimmung nur bedingt nützlich, wenn es um Standortsicherung geht. Jedoch können komplexe Ergebnisse von Verhandlungen über Standortsicherungen auch Themen betreffen, die von § 87 BetrVG in die notwendige Mitbestimmung überführt werden. Im Folgenden sollen einige zentrale Berührungspunkte hervorgehoben werden.

1. Regelungen der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)

Regelungen über die Arbeitszeit dürften für Standortsicherungen nur dann eine Rolle spielen, wenn eine Veränderung systematisch relevant ist, um den Standort zu erhalten. Arbeitszeit i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bezeichnet die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem konkreten zeitlichen Umfang geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich zu erbringen hat.[628] Gestaltungen sind daher etwa bei der Einführung weiterer Schichten denkbar.[629] Der Umfang des zu verteilenden Arbeitszeitvolumens unterliegt hingegen nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.[630] Ebenso wenig ist die rechtliche Bewertung von Zeitspannen oder bestimmten Tätigkeiten als Arbeitszeit möglicher Gegenstand betrieblicher Regelungen.[631]

2. Die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)

Bei Standortsicherungen kann das Thema Kurzarbeit oder das Thema der (unentgeltlichen) Überstunden eine Rolle spielen. Daher kann etwa Kurzarbeit einen wirtschaftlich bedrohten Betrieb sichern. Hier steht dem Betriebsrat sogar ein Initiativrecht zu.[632] Bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG kann es aber nur um vorübergehende Maßnahmen gehen. Eine dauerhafte Reduktion des Arbeitszeitvolumens im Sinne einer Rationalisierungsmaßnahme gibt § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht her.

628 BAG 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868 (871).
629 BAG 28.10.1986 – 1 ABR 11/85, NZA 1987, 248 (249).
630 BAG 15.5.2007 –1 ABR 32/06, NZA 2007, 1240 (1243).
631 BAG 22.10.2019 – 1 ABR 11/18, NZA 2020, 325.
632 BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3 = AP BetrVG 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 1.

Eine vorübergehende Veränderung liegt vor, wenn für einen überschaubaren Zeitraum von dem allgemein geltenden Zeitvolumen abgewichen wird, um anschließend zur betriebsüblichen Dauer der Arbeitszeit zurückzukehren.[633]

Nach der Rechtsprechung des BAG bezieht sich § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht auf die Frage der Vergütung und insbesondere die Frage der Milderung der finanziellen Ausfälle in Folge der Einführung von Kurzarbeit.[634] Diese Rechtsprechung ist nur schwerlich mit dem Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Einklang zu bringen, den die Rechtsprechung in der Norm verortet. Denn Nr. 3 soll auch wegen der Gefahr der Erwerbsminderung bestehen.[635] Wenn also die Entgeltsicherung im Schutzzweck der Norm liegt, muss es auch möglich sein, solche Themen zum Gegenstand der betrieblichen Mitbestimmung machen.[636] Klammerte man die Frage aus, würde man auch den Schutzzweck zersplittern. Wenn das BAG nunmehr betont, es ginge um die gerechte Verteilung der mit der vorübergehenden Änderung der Arbeitszeit verbundenen Belastungen und Vorteile,[637] so liegt in dieser Zweckbestimmung kein Argument gegen die Erfassung der Entgeltfrage. Vielmehr kann eine Verteilung nur unter Beachtung etwaiger Lohnfortzahlungen erfüllt werden.

3. Digitalisierung (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)

Sollen digitale Prozesse im Betrieb eingeführt werden oder gar Arbeitsplätze wegfallen und durch digitale Prozesse ersetzt werden, ist die Einführung dieser Einrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dann mitbestimmungspflichtig, wenn sie zeitgleich eine Überwachung der (verbliebenen) Arbeitnehmer ermöglichen. Das BAG legt § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bekanntlich weit aus. Eine technische Einrichtung ist bereits dann zur Überwachung i.S.v. Nr. 6 BetrVG bestimmt, wenn sie zur Überwachung geeignet ist.[638]

Zwar zielt § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in erster Linie auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts[639] und nicht auf den Schutz vor digitaler Transformation. Gleichwohl sollte nicht übersehen werden, dass es eine Schnittmenge gibt, in der die digitale Transformation durch die Einführung von technischen Einrichtungen die Überwachung der verbleibenden Arbeitnehmer ermöglicht und Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer betreffen kann.[640]

633 BAG 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, NZA 2003, 1209; LAG Berlin-Brandenburg, NZA-RR 2019, 653 (655).
634 BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097 (1100).
635 BAG 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, NZA 2003, 1209 (1210).
636 DKW-*Klebe*, § 87 Rn. 129.
637 BAG 1.7.2003 – 1 ABR 22/02, NZA 2003, 1209 (1211).
638 BAG 23.3.2021 – 1 ABR 31/19, NZA 2021, 959 (963 f.).
639 ErfK-*Kania*, BetrVG, § 87 Rn. 48; DKW-*Klebe*, § 87 Rn. 161.
640 BAG 25.4.2017 – 1 ABR 46/15, NZA 2017, 1205 (1209).

4. Sozialeinrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG)

Nicht gänzlich außen vor gelassen werden dürfen auch Sozialeinrichtungen i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Denn es ist anerkannt, dass Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften solche Einrichtungen sein können.[641] Für den Betriebsrat dürfte § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG in aller Regel erst dann von Bedeutung sein, wenn sich der Arbeitgeber im Rahmen einer weitergehenden Vereinbarung zur Eröffnung einer Sozialeinrichtung verpflichtet hat. Denn die Entscheidung, ob eine Sozialeinrichtung eingerichtet wird, ist nicht mitbestimmungspflichtig.[642] Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich nur auf die Form, Ausgestaltung und Verwaltung.[643]

5. Implikationen der sozialen Mitbestimmung

Aus diesem Überblick lässt sich folgern, dass das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG für die Standortsicherung nicht allgemein von Bedeutung ist und eher situativ wirkt. Ist § 87 BetrVG anwendbar, greifen auch die Rechtsfolgen des Mitbestimmungsrechts. In erster Linie können regelungsbedürftige Fragestellungen durch die Einigungsstelle geregelt werden (§ 87 Abs. 2 BetrVG). In Betracht kommen kann diesbezüglich ein Initiativrecht.[644] Die sog. Theorie der notwendigen Mitbestimmung bedeutet, dass einseitige Arbeitgebermaßnahmen unwirksam sind und über einen Unterlassungsanspruch verhindert bzw. durch einen Beseitigungsanspruch rückgängig gemacht werden können.[645] Angesichts dieses starken Schutzes stellt sich im Rahmen der Durchsetzung von § 87 BetrVG grundsätzlich nicht die Frage nach den Implikationen des Unionsrechts.

IV. Reagierende Standortsicherung

Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Maßnahme, die den Standort betrifft, wirkt sich das auf die Standortsicherung in zweierlei Hinsicht aus. Standortsicherung wird zunächst über das Verfahren nach §§ 106, 111 BetrVG betrieben. Das Beratungsrecht erlaubt es dem Betriebsrat Alternativen vorzutragen. Zweitens kann die Standortsicherung die Betriebsänderung flankieren. In diesem Fall geht es darum, Maßnahmen für die Arbeitnehmer in Verhandlungsergebnisse des § 112 BetrVG zu überführen.

641 BAG 23.8.2001 – 5 AZB 11/01, NZA 2002, 230 zu § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG; DKW-*Klebe*, § 87 Rn. 281.
642 DKW-*Klebe*, § 87 Rn. 268.
643 ErfK-*Kania*, BetrVG, § 87 Rn. 73.
644 BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3 = AP BetrVG 1972 § 87 Initiativrecht Nr. 1.
645 Schaub-*Ahrendt*, § 235 Rn. 22.

1. Das Beteiligungsverfahren nach § 17 KSchG (Überblick)

Vorab soll ein kurzer Überblick zum Verfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG gegeben werden. Fällt die Massenentlassung zeitgleich mit einer Betriebsänderung zusammen, schließt dies nicht etwa die Massenentlassung aus. Vielmehr ist der Aspekt der Betriebsänderung, der § 17 KSchG erfüllt, gesondert nach dieser Norm zu bewerten.[646]

Auf den ersten Blick hat das Recht der Massenentlassung für die Standortsicherung große Bedeutung. Zum einen ist das Verfahren nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG darauf gerichtet, die Entlassungen zu verhindern, einzuschränken und/oder ihre Folgen einzuschränken. Nach dem Begriffsverständnis in Folge der Rechtssache *Junk* bezeichnet die Entlassung die Kündigungserklärung.[647] Dabei ist nicht nur die Beendigungskündigung, sondern auch die Änderungskündigung vom Begriff erfasst.[648]

Jedoch spielt das Verfahren nach § 17 KSchG im Vergleich zum Interessenausgleichsverfahren nur eine untergeordnete Rolle. Zum einen bieten die Interessenausgleichsverhandlungen ausreichend Raum für die Beratung. Zum anderen nehmen die Parteien oftmals in den Interessenausgleich – dem Gedanken aus § 1 Abs. 5 S. 4 KSchG folgend – auf, dass die Beratungsrechte erfüllt wurden. Das BAG lässt es genügen, wenn der Interessenausgleich eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats erkennen lässt, die sich auf die angezeigten Kündigungen bezieht.[649]

Ein wichtiger Aspekt des Beteiligungsverfahrens ist erst jüngst in den Fokus der Rechtswissenschaft gelangt. Im Vergleich zum BetrVG betont das BAG, dass ein anderer Betriebsbegriff angezeigt sei. Diese Annahme hat auch für Strategien der Standortsicherung Bedeutung. Die Frage wurde durch die Entscheidung(-en) des BAG in der Sache *Air-Berlin* jüngst verdeutlicht.[650] In der Tendenz wird der Begriff des Schutzzwecks der Richtlinie 98/59/EG durch den EuGH extensiv interpretiert.[651] Der Betriebsbegriff des EuGH geht auf die Entscheidung *Rockfon* zurück. Danach sollte der Begriff die Einheit bezeichnen, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgabe angehören. Ob die fragliche Einheit eine Leitung hat, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann, sei für die Definition des Begriffs

646 Zum Verhältnis: BAG, NZA 2019, 1638 (1642).
647 EuGH 27.1.2005 – C-188/03 (*Junk*), AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18.
648 BAG 20.2.2014 – 2 AZR 346/12, NZA 2014, 1069.
649 BAG 21.3.2012 – 6 AZR 596/10, NZA 2012, 1058.
650 BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006.
651 Vgl. den Befund des BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 (1010): sehr weit.

Betrieb nicht entscheidend.[652] Insbesondere mit Blick auf die sozioökonomischen Auswirkungen hat der EuGH diese Definition später präzisiert. Da es um einen bestimmten örtlichen Kontext und eine bestimmte soziale Umgebung gehe, müsse die fragliche Einheit weder notwendigerweise rechtliche noch wirtschaftliche, finanzielle, verwaltungsmäßige oder technologische Autonomie besitzen.[653] Weiterhin betonte der EuGH, dass eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt sei und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung dieser Aufgaben verfüge, ein „Betrieb" für den Zweck der Anwendung der Richtlinie 98/59/EG sein könne.[654] Diese Formel hat der EuGH in der Folge aufgegriffen.[655]

Kommt es zu Verhandlungen, ist die Konsultationspflicht gemäß Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG final auf eine Einigung über die Massenentlassung gerichtet, wobei Abs. 2 deutlich Mindestberatungsgegenstände formuliert: die Möglichkeit, Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken sowie die Folgen durch soziale Begleitmaßnahmen abzumildern. Das BAG entnimmt der Formulierung des Art. 2 Abs. 1, dass eine Einigung nicht zwingend erforderlich ist.[656] Insbesondere setzt die Erfüllung des § 17 Abs. 2 S. 2 BGB nicht voraus, dass das Verfahren nach § 112 Abs. 2–5 BetrVG durchlaufen wird. An dieser Stelle soll die Frage nicht vertieft werden, ob eine solche Einigung Bindungswirkung entfaltet und vor Gericht durchsetzbar wäre. Dieser Punkt hängt unmittelbar mit der Frage zusammen, ob die Betriebsparteien freiwillige Betriebsvereinbarungen über soziale Fragen hinaus klären können, was im Rahmen von § 111 BetrVG einheitlich diskutiert werden soll.

2. Die Beteiligung nach §§ 111 ff. BetrVG

In der Praxis wird die Beteiligung nach §§ 111 ff. BetrVG im Vorfeld von Fragen dominiert, die den Standort bzw. die Kontinuität des Standorts betreffen.

a) Die Betriebsänderung

Die Entscheidung, einen Standort zu verändern oder gar zu schließen, kann örtliche und strukturelle Komponenten haben. Denkbar ist auch, einen Standort anderswo strukturell verändert aufzubauen. Das BAG fasst unter den Begriff der Betriebsänderung jede Änderung der betrieblichen Organisation, der Struktur, des Tätigkeitsbereichs, der Arbeitsweise, der Fertigung oder des

652 EuGH 7.12.1995 – C-449/93 (*Rockfon A/S*), EuZW 1996, 181.
653 EuGH 26.10.2006 – C-270/05 (*Athinaiki Chartopoiia*), EuZW 2007, 280 (281).
654 EuGH 26.10.2006 – C-270/05 (*Athinaïki Chartopoiïa*), EuZW 2007, 280 (281).
655 EuGH 13.5.2015 – C-392/13 (*Rabal Cañas*), NZA 2015, 601.
656 BAG 21.5.2008 – 8 AZR 84/07, NZA 2008, 753 (757).

Standorts, sofern sie wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile derselben zur Folge haben kann.[657]

Der Begriff der Nachteile wird sowohl materiell als auch immateriell verstanden.[658] Nachteile können demnach insbesondere Einbußen bei den bestehenden Arbeitsbedingungen sein. Daneben können aber auch Nachteile in Form von psychischen Belastungen durch die Änderung oder in Form einer Leistungsverdichtung berücksichtigt werden.[659] Über den Begriff der Wesentlichkeit soll sichergestellt werden, dass es nicht zu Verhandlungen über geringfügige Veränderungen kommt.[660]

Aus der Formulierung „*zur Folge haben können*" lässt sich folgern, dass auch eine prinzipiell positive Maßnahme des Arbeitgebers, wie etwa ein Investitionsprogramm für den Betrieb oder eine Qualifizierungsoffensive des Arbeitgebers, nicht zwangsläufig beteiligungsfrei sein muss. Das gilt insbesondere dann, wenn ein Teil der Belegschaft Gefahr läuft, von diesen Maßnahmen nicht erfasst zu sein und die greifbare Gefahr besteht, dass sie in Zukunft ihren Arbeitsplatz verlieren könnten.[661] Daher ist im Einzelfall zu prüfen, ob hiermit eine Änderung des Betriebs herbeigeführt wird und diese Änderung wesentliche Nachteile für Teile der Belegschaft zur Folge haben kann.

b) Standortsicherung und die Maßnahmen nach § 111 S. 3 BetrVG

§ 111 S. 3 BetrVG enthält eine nicht abschließende Liste von Maßnahmen, die eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 S. 1 BetrVG fingiert.[662] In den dort aufgelisteten Fällen treten mögliche Nachteile offen zu Tage.

aa) Die Betriebsstilllegung

Im Kern der Standortsicherung liegt die Betriebsstilllegung nach § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG. Eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 S. 1 BetrVG wird schon dann fingiert, wenn ein wesentlicher Betriebsteil eingeschränkt oder stillgelegt wird.

Die Betriebsstilllegung ist der Gegenbegriff zur Standortsicherung. Das BAG versteht unter einer Betriebsstilllegung die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft,

657 BAG 22.3.2016 – 1 ABR 12/14, NZA 2016, 894.
658 ErfK-*Kania*, BetrVG § 111 Rn. 9; DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 117.
659 Hierzu: *Nebe*, AuR 2014, 51.
660 ErfK-*Kania*, BetrVG § 111 Rn. 9.
661 Anders bei mittelbaren Nachteilen: DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 4.
662 BAG 9.11.2010 – 1 AZR 708/09, NZA 2011, 466 (467); für eine unwiderlegbare Vermutung: GK-*Oetker*, § 111 Rn. 60 ff.; zum Streit um die abschließende Natur: DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 45; *Fitting*, § 111 Rn. 44.

die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Arbeitgeber die wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, den bisherigen Betriebszweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen.[663]

Das Konsultationsverfahren nach § 111 BetrVG ist auch dann durchzuführen, wenn ein insolventer Arbeitgeber die Betriebsstilllegung beabsichtigt. Für den Willen des Unternehmers ist es unerheblich, ob er sich äußeren Zwängen beugen muss.[664] Zwar ließe sich argumentieren, dass es mitunter keinen Sinn ergeben könne, konstruktive Vorschläge zu machen. Dieses Ergebnis wird noch deutlicher im Lichte der §§ 121 ff. InsO. Danach gelten die Beteiligungsrechte auch im Insolvenzverfahren.[665] Auch das BAG hat einer solchen Sichtweise eine Absage erteilt.[666] Zu § 17 KSchG betonte das Gericht, dass auch in diesem Fall die Konsultation ihren Sinn behalte, insbesondere könne nach Alternativen für die Arbeitnehmer gesucht werden.[667]

Eine Betriebseinschränkung bezeichnet die Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Betriebs, die sowohl durch eine Verringerung der sächlichen Betriebsmittel als auch durch eine Einschränkung der Zahl der Arbeitnehmer bedingt sein kann.[668] Das ist insbesondere bei Reduzierungen von sachlichen Betriebsmitteln und/oder des Personals der Fall. Bei Letzterem orientiert sich die Rechtsprechung an § 17 KSchG.[669]

Beide Varianten können sich auch auf einen wesentlichen Betriebsteil beziehen. Wesentlich ist ein Betriebsteil bei einer quantitativen Betrachtung, wenn in ihm ein erheblicher Teil der Gesamtbelegschaft beschäftigt wird. Maßgeblich sind für das BAG wiederum die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG.[670]

bb) Die Standortverlegung

Ein zentrales Problem für die Standortsicherung ist der Erhalt des Ortes des Betriebs. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden oftmals ihren Lebensmittelpunkt auf den Betrieb hin entwerfen. Die Veränderung ihres Arbeitsortes kann für sie daher bereits mit immateriellen Einbußen wie dem Ver-

663 BAG 21.6.2001 – 2 AZR 137/00, NZA 2002, 212 (214); BAG 7.11.2017 – 1 AZR 186/16, NZI 2018, 278.
664 GK-*Oetker*, § 111 Rn. 7 f.
665 ErfK-*Müller-Glöge*, InsO Einf. Rn. 58.
666 BAG 13.12.2012 – 6 AZR 48/12, BeckRS 2013, 68137.
667 BAG 13.12.2012 – 6 AZR 48/12, BeckRS 2013, 68137.
668 BAG 9.11.2010 – 1 AZR 708/09, NZA 2011, 466 (467).
669 BAG 9.11.2010 – 1 AZR 708/09, NZA 2011, 466 (467) zugleich einschränkend für Kleinbetriebe.
670 BAG 9.11.2010 – 1 AZR 708/09, NZA 2011, 466 (467).

lust von Freizeit einhergehen, weil die Anfahrt nunmehr länger dauert, oder materiellen Einbußen, etwa dem teuren Bahnticket.

Das BAG versteht unter einer Verlegung des Betriebs oder eines Betriebsteils die Änderung der örtlichen Lage des Betriebs oder Betriebsteils.[671] In der aktuellen Literatur wird einhellig vertreten, dass geringfügige Verlegungen nicht erfasst werden. Denn wenn den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern keine Nachteile drohten, weil der Betrieb innerhalb des Gebäudes oder auf eine andere Straßenseite wechsele, verfange der Sinn und Zweck nicht.[672] Jedenfalls hat das BAG eine Verlegung um 4,3 Kilometer für ausreichend erachtet, um eine Beteiligungsrecht zu bejahen.

cc) Zusammenschluss von Betrieben

Der Zusammenschluss von Betrieben kann dadurch erfolgen, dass zwei Betriebe einen neuen Betrieb bilden oder ein Betrieb einen anderen Betrieb unter seiner Leitungsmacht aufnimmt.[673] Auch wenn es sich um eine organisatorische Frage des Unternehmens handelt, kann diese Entscheidung unmittelbar Bedeutung für die Beschäftigungssicherung im Betrieb haben, etwa wenn es zu einer Überhand an Arbeitsplätzen kommt, weil eine Funktion nunmehr redundant besetzt ist.

dd) Spaltung von Betrieben

Eine Spaltung i.S.v. § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG kann sowohl durch eine Aufspaltung des Betriebs als auch durch die Abspaltung von Betriebsteilen erfolgen.[674] Unter dem Gesichtspunkt der Standortsicherung sind beide Varianten von Bedeutung. Bei der Aufspaltung wird der bestehende Betrieb aufgelöst. Bei der Abspaltung bleibt der ursprüngliche Betrieb grundsätzlich erhalten, verliert aber einen Aspekt.[675]

Im Gegensatz zu § 111 S. 1 Nr. 1 BetrVG ist nach der Rechtsprechung bei einer Spaltung nicht erforderlich, dass ein wesentlicher Betriebsteil von der Spaltung betroffen ist.[676] Das macht § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG besonders bei kleineren Veränderungen der Betriebsstruktur wichtig. Allerdings grenzt das BAG Nr. 1 und Nr. 3 grundsätzlich ab. Wird ein Teil des Betriebs stillgelegt, soll

671 BAG 17.8.1982 – 1 ABR 40/80, NJW 1983, 1870 (1871).
672 DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 134; GK-*Oetker*, § 111 Rn. 132 ff.
673 ErfK-*Kania*, BetrVG § 111 Rn. 15.
674 BAG 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, 957 (958).
675 BAG 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, 957 (958), auch zu den Zuständigkeiten.
676 BAG 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, NZA 1997, 898; BAG 18. 3. 2008 - 1 ABR 77/06, NZA 2008, 957 (958).

hierin nicht zugleich eine Spaltung gesehen werden.[677] Nr. 3 erfasst nach dieser Lösung nicht Fälle, in denen der Betrieb nur teilweise geschlossen wird.

ee) Der Betriebsübergang

Jenseits der Abspaltung ist immer noch umstritten, ob die alleinige Veräußerung des Betriebs, m.a.W. der Inhaberwechsel, eine Betriebsänderung darstellt.[678] Das BAG lehnt dies in ständiger Rechtsprechung ab.[679] Das zentrale Argument ist das unterschiedliche Rechtsfolgenregime von § 613a BGB einerseits und den §§ 111–113 BetrVG andererseits.[680] Ausgeschlossen soll aber nicht sein, dass anlässlich eines Inhaberwechsels auch eine Betriebsänderung vorliegt.[681] Daher hat das BAG etwa eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG bejaht, wenn ein Teil des übernommenen Betriebs unterging und sich die Ausrichtung änderte.

Gerade wegen Art. 7 Abs. 1–3 der Richtlinie 2001/23/EG ist dieses System ins Wanken geraten. Zwar ist die Ausnahme nach Art. 7 Abs. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie gerade auf Bestreben Deutschlands aufgenommen worden, der Wortlaut weist bemerkenswerte Parallelen zu § 111 BetrVG auf und das Einigungsstellenverfahren für Interessenausgleich und Sozialplan lässt sich grundsätzlich unter die Norm fassen.[682] Allerdings sind die unionsrechtlichen Merkmale autonom zu interpretieren und es darf mit *Däubler* bezweifelt werden, dass die §§ 111 ff. BetrVG Art. 7 Abs. 3 umfassend Rechnung tragen.[683] Insofern lastet ein großer Druck auf den §§ 111 ff. BetrVG, den Anforderungen der Betriebsübergangsrichtlinie Rechnung zu tragen.

ff) Änderungen der Betriebsorganisation und Arbeitsmethoden

Die Standortsicherung wird nicht nur in örtlicher Hinsicht, sondern auch in strukturierter Hinsicht in § 111 S. 3 Nr. 4 und Nr. 5 BetrVG verwirklicht. § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG unterwirft grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen der Beteiligung des Betriebsrats. Bei der Änderung der Betriebsorganisation mag diese Bedeutung nicht immer hervortreten. Die Änderung des Betriebszwecks wird aber für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oftmals erhebliche Auswirkungen haben. Gemeint ist damit die nachhaltige Veränderung der arbeitstechnischen

677 BAG 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, 957 (958).
678 *Düwell*, FA 2002, 172 (173).
679 BAG 26.4.2007 – 8 AZR 612/06, NJOZ 2007, 5223 (5229); BAG 16.5.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93.
680 Hierzu auch: *Meyer*, NZA 2018, 900.
681 BAG 25.1.2000 - 1 ABR 1/99, NZA 2000, 1069.
682 Zu alledem: Franzen/Gallner/Oetker-*Winter*, RL 2001/23/EG Art. 7 Rn. 17.
683 DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 126; weitergehend: *Riesenhuber*, RdA 2004, 341.

Zwecksetzung des Betriebs.[684] § 111 S. 3 Nr. 5 BetrVG bezieht sich stärker auf die Verwertung der menschlichen Arbeitskraft im Betrieb, kann aber gerade deshalb auch relevant für Rationalisierungsmaßnahmen werden.[685]

c) Die Passivlegitimation

Nach dem Wortlaut des § 111 S. 1 BetrVG trifft den Unternehmer die Verpflichtung zur Information und Beratung. Aus dem Wortlaut folgt, dass der Unternehmer verpflichtet ist, der den Betrieb unterhält. Gemeint ist damit die rechtsfähige Einheit, von der sich die Leitungsmacht im Betrieb ableitet. Von der herrschenden Meinung wird der Betriff deckungsgleich mit dem Begriff des Arbeitgebers verwandt und soll lediglich eine andere Funktion kennzeichnen.[686] Damit wird aber zugleich die Person in den Mittelpunkt gerückt, welche als Arbeitgeber die Arbeitsverträge geschlossen hat.[687]

Im Anwendungsbereich der Massenentlassung hat der EuGH in der Entscheidung *Bichat* klargestellt, dass eine Konzernstruktur gemäß Art. 2 Abs. 4 der Massenentlassungsrichtlinie grundsätzlich keine Änderung der Passivlegitimation begründet. Unter einem „den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen ist danach jedes Unternehmen zu verstehen, das mit dem Arbeitgeber durch Beteiligungen an dessen Gesellschaftskapital oder anderweitig in einer Form rechtlich verbunden ist, die es ihm ermöglichen, einen bestimmenden Einfluss in den Entscheidungsorganen des Arbeitgebers auszuüben und ihn zu zwingen, Massenentlassungen in Betracht zu ziehen oder vorzunehmen“.[688]

Im Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/14/EG ist diese Frage nicht durch eine Regelung gelöst. Vielmehr verlangt Art. 4 Abs. 4 lit. b) der Richtlinie 2002/14/EG, dass die Themen auf der relevanten Leitungsebene besprochen werden sollen. Das BAG hat die Konzerndimension des Art. 4 im Jahr 2020 offengelassen.[689] Für sie spricht insbesondere, dass die Richtlinie von den Begriffen Betrieb und Unternehmen ablässt und eine andere Kategorie wählt. Der Unterschied zur Massenentlassungsrichtlinie liegt hier auf der Hand. Denn anders als die Massenentlassungsrichtlinie zielt die Rahmenrichtlinie auf die unternehmerischen Entscheidungen selbst. Es ist daher wichtig, dort einen Dialog zu implementieren, wo diese Entscheidungen getroffen werden. Dass die Richtlinie in den Begriffen Betrieb und Unternehmen operiert, ist jedenfalls kein Argument gegen diese Auffassung. Auch ein beherrschendes Unterneh-

684 BAG 17.12.1985 – 1 ABR 78/83, NZA 1986, 804; ErfK-*Kania,* BetrVG § 111 Rn. 18.
685 ErfK-*Kania,* BetrVG § 111 Rn. 20.
686 BAG 15.1.1991 – 1 AZR 94/90, NJW 1991, 2923 (2924 f.).
687 ErfK-*Kania,* BetrVG § 111 Rn. 22.
688 EuGH 7.8.2018 – C-61/17, C-62/17, C-72/17 (*Bichat*), AP RL 98/59/EG Nr. 11.
689 BAG 17.12.2019 – 1 ABR 35/18, NZA 2020, 531 (536).

men bleibt ein Unternehmen. Vielmehr dokumentiert nicht zuletzt Erwägungsgrund 6, dass die Richtlinie verhindern soll, dass die die Arbeitnehmer betreffenden Entscheidungen getroffen und bekannt gemacht werden, ohne dass zuvor angemessene Informations- und Anhörungsverfahren durchgeführt wurden. Es sprechen daher gute Gründe dafür, den Unternehmerbegriff vom Arbeitgeberbegriff zu lösen.[690]

d) Die Planung der Betriebsänderung

Um die Rechte des Betriebsrats auszulösen, muss die Betriebsänderung geplant sein. Wann ein Plan im Unternehmen gefasst wird, wird oftmals nicht einfach zu dokumentieren sein. Zumindest muss die Betriebsänderung schon in Umrissen für das Unternehmen erkennbar sein. Bloße Planspiele bzw. Vorüberlegungen genügen hingegen nicht.[691] Entscheidend muss sein, dass die Planung ein Stadium erreicht hat, in dem sie Gegenstand von Information und Beratung des Betriebsrats sein kann.[692] Das BAG hat einen auf eine Betriebsstilllegung gerichteten Beschluss der Gesellschaft jedenfalls noch dem Planungsstadium zugeordnet.[693] Frühzeitige Beteiligung sollte eigentlich bereits diese Entscheidung beeinflussen können. Jedenfalls ermöglichen die §§ 90, 106 BetrVG an anderer Stelle frühzeitige Reaktionen.

Geht es um Standortsicherung und Beschäftigungssicherung, kommt der Planungsphase eine wichtige Rolle zu. Denn nur innerhalb der Planungsphase kann der Betriebsrat auf die Entscheidung Einfluss nehmen. Gleichwohl bestehen bereits im Vorfeld mehrere Mechanismen, die ineinandergreifen. In aller Regel wird der Wirtschaftsausschuss bei größeren Unternehmen nach § 106 Abs. 3 Nr. 1–4, 6–10 BetrVG im Rahmen der monatlichen Sitzung (§ 108 Abs. 1 BetrVG) diese Fragen diskutieren. Ferner kann der Betriebsrat über § 92a BetrVG[694] die Initiative ergreifen und Informations- und Beratungspflichten auslösen.

e) Die Ergebnisse der Konsultation

Nach dem Konzept der §§ 111–113 BetrVG können Information und Beratung in einen Interessenausgleich und einen Sozialplan münden. Die Regelung spiegelt nicht alle Aspekte und möglichen Regelungsformen bei Verhandlungen über Standort- und Beschäftigungssicherungen im Zuge einer Betriebsänderung wider. Für die Standortsicherung kommt nicht nur der Interessenaus-

690 So wohl auch: DKW-Däubler, § 111 Rn. 160.
691 Richardi-*Annuß*, § 111 Rn. 145; DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 140.
692 So auch *Rieble*, NZA 2004, 1029 (1030).
693 BAG 20.11.2001 – 1 AZR 97/01, NZA 2002, 992 (992), a.A.: *Kohte*, FS 50 Jahre BAG, 1219 (1242): der späteste Zeitpunkt.
694 Dazu C.V.4.

gleich in Betracht. Enthält die Vereinbarung einen Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile, nimmt sie das Gepräge eines Sozialplans an. Gehen die Betriebsparteien über die Rechtswirkung des Interessenausgleichs hinaus, kommt eine freiwillige Betriebsvereinbarung in Betracht. Wollen die Betriebsparteien die Frage rein schuldrechtlich lösen, bietet sich eine Regelungsabrede an.

aa) Die Ausgangslage für den Betriebsrat

Das System der §§ 111 ff. BetrVG gewährt dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Betriebsänderung. Lediglich hinsichtlich des Sozialplans kann der Betriebsrat eine inhaltliche Gestaltung über die Einigungsstelle erzwingen. Da zudem gemäß § 74 Abs. 2 BetrVG ein Arbeitskampfverbot besteht, fehlt es für die Standortsicherung auf betrieblicher Ebene an Durchsetzungsmöglichkeiten, bestimmte Themen zwangsläufig in eine Vereinbarung zu überführen. Anders als der Tarifsozialplan kann der Sozialplan nicht erstreikt werden. Diese Annahme führt zwangsläufig zu dem Befund, dass Standortsicherung nach dem BetrVG nur dann überhaupt denkbar ist, wenn regelungsbedürftige Positionen verhandelbar werden.[695]

bb) Die Heterogenität von Standortsicherungsstrategien

Mit welchen Maßnahmen die Standortsicherung realisiert wird, hängt maßgeblich vom Einzelfall ab. Für die reagierende Standortsicherung muss die geplante Betriebsänderung der Ausgangspunkt sein. Aktuell stehen

- Standortgarantien,[696]
- Beschäftigungszusagen,[697]
- Investitionszusagen,[698]
- Qualifizierungszusagen[699]

im Mittelpunkt, sie sind aber keineswegs abschließend. Regelungen können Kündigungen ausschließen,[700] eine bestimmte Anzahl oder eine bestimmte Quote von Kündigungen festlegen.[701] Daneben kommen Garantien in Betracht.[702] Zu denken ist etwa an den Ausschluss einer Betriebsverlegung, die Si-

695 *Laßmann/Rupp*, S 13.
696 LAG Köln 11.5.2017 – 8 TaBV 32/17, BeckRS 2017, 112320.
697 LAG Düsseldorf 18.9.2013 – 4 Sa 495/13, BeckRS 2014, 65951.
698 LAG Hamm 26.11.2004 – 13 TaBV 60/04, BeckRS 2005, 41064.
699 *Göpfert/Wenzler*, NZA 2020, 15.
700 *Willemsen/Hohenstatt*, NZA 1997, 345 (345); vgl. auch BAG 17.11.2005 – 6 AZR 107/05, NZA 2006, 661, in dem Fall überwand § 113 InsO den Ausschluss von Kündigungen in einer Standortsicherungsvereinbarung.
701 Instruktiv: *Laßmann/Rupp*, S. 37 ff.
702 *Laßmann/Rupp*, S. 37 ff.

cherung von Funktionen des Betriebs oder das Verbot der Vergabe/Übernahme von betrieblichen Aufgaben von Fremdfirmen.

Neben diesen beschäftigungssichernden Maßnahmen können Standortsicherungsklauseln auch gestaltender Natur sein. So können auch neue betriebliche Zwecke vereinbart werden. In eine ähnliche Richtung gehen Investitionszusagen oder Zuschüsse von Gesellschaftern. Sogar Prämien können nicht ausgeschlossen werden. Auch die Verpflichtung zur Tarifbindung findet sich in einigen Abkommen.

Diese Gestaltungen werden oftmals auf die Beschäftigungsförderung ausgerichtet sein. Diese Maßnahmen beginnen beim Erhalt von Ausbildungsplätzen und der Übernahme von „Azubis" und können sogar auf die Schaffung neuer Arbeitsplätze gerichtet sein. An Bedeutung gewonnen hat insbesondere die Qualifizierung der Stammbelegschaft.

cc) Der Sozialplan als Mittel der Standortsicherung

Steht die Betriebsänderung in Umrissen fest und führt sie zu wirtschaftlichen Nachteilen für die Arbeitnehmer, ist nach § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG notwendigerweise eine Betriebsvereinbarung über den Ausgleich oder die Milderung zu schließen (Sozialplan).

Teilweise wird die Relevanz des Sozialplans für die Standortsicherung kategorisch verneint. Standortsicherungsvereinbarungen dienten nicht dem Ausgleich bzw. der Milderung, sondern der Verhütung wirtschaftlicher Nachteile.[703] Damit ist ein klassisches Verständnis des Sozialplans verbunden, dass diese Vereinbarung in erster Linie auf Abfindungen zielt.[704]

Diese Annahme erscheint indes nicht als zwingend und ist seit der Reform 2001 nur noch schwer bzw. allenfalls im Einzelfall mit dem BetrVG zu vereinbaren.[705] Denn nach seiner Legaldefinition zielt der Sozialplan allgemein auf den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile. Der Begriff des wirtschaftlichen Nachteils bezieht sich auf eine Verminderung des Vermögens des betroffenen Arbeitnehmers. Diese Differenz wird in der Regel aus einer Kündigung oder aus der Zustimmung zu verschlechternden Arbeitsbedingungen herrühren. Die Begriffe „Ausgleich" und „Milderung" müssen nicht zwangsläufig auf Geld bezogen werden. Aus der Formulierung lässt sich daher

703 *Ginal/Funke*, ArbRAktuell 2017, 478 (478); *Richardi* in: Richardi, § 88 Rn. 5.
704 *Göpfert/Wenzler*, NZA 2020, 15 (16).
705 Vgl. auch: *Bauer*, NZA 2001, 375 (377 f.), der insbesondere auf die Verzahnung zum SGB III hinweist.

folgern, dass der Inhalt des Sozialplans von der Art der wirtschaftlichen Nachteile und der konkreten Betriebsänderung abhängt.[706]

Insofern kommt dem Willen der Betriebsparteien die Rolle zu, diese Inhalte zu bestimmen. Als geklärt kann gelten, dass im Sozialplan keine für den Arbeitnehmer allein nachteilhaften Regelungen enthalten sein dürfen.[707] Das wäre mit der Ausgleichsfunktion nicht vereinbar. Das BAG hat vielmehr wiederholt die Zweckbestimmung der avisierten Regelungen betont.[708] Die Regelung muss eine Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion aufweisen.[709] Dient die Regelung hingegen allein einem betrieblichen Interesse, liegt keine Sozialplanleistung vor.[710] Geht man von diesen Grundsätzen aus, besteht ein Gestaltungsraum im Sozialplan, sofern die Regelung auf die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile zielt.

Eine Standortgarantie kann nach diesen Grundsätzen nicht Gegenstand einer Sozialplanregelung sein. Sie folgt einer Entscheidung über den Bestand des Standorts und tangiert in erster Linie betriebliche Interessen.

Eine Beschäftigungszusage für Arbeitnehmer im Gegenzug für einen Verzicht der Arbeitnehmer stellt ebenfalls keinen zulässigen Gegenstand eines Sozialplans dar. Auch hier steht die Abwendung des wirtschaftlichen Nachteils im Vordergrund. § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG stellt maßgeblich auf die jeweiligen Arbeitnehmer ab, so dass es nicht angeht, auf die Arbeitnehmerschaft abzustellen und einen Erhalt eines Teils der Arbeitsplätze als Milderung im Vergleich zur Betriebsstilllegung anzuführen.

Auch Investitionszusagen dürften schwerlich in den Anwendungsbereich des Sozialplans fallen. Zwar sollte nicht übersehen werden, dass diese Maßnahmen in der Zukunft auch für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer positive Auswirkungen haben können, die aktuell wegen der Betriebsänderung Verzicht üben müssen, zu den wirtschaftlichen Nachteilen der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer steht eine Investitionszusage aber in keinem Verhältnis.

Damit verbleibt die Frage, ob die Kosten für Qualifizierungsmaßnahmen ein wirtschaftlicher Nachteil sein können, der aus der Betriebsänderung erwächst.

706 GK-*Oetker*, BetrVG §§ 112, 112 a Rn. 133; DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 80 ff.
707 ErfK-*Kania*, BetrVG §§ 112, 112a Rn. 23; DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 84.
708 BAG 9.12.2014 – 1 AZR 406/13, NZA 2015, 557 (559).
709 BAG 31.5 2005 – 1 AZR 254/04, NZA 2005, 997 (998).
710 BAG 9.12.2014 – 1 AZR 406/13, NZA 2015, 557 (559).

Dies wird man nicht kategorisch verneinen können,[711] sondern von der konkreten Fallgestaltung abhängig machen müssen. Qualifizierungskosten als solche sind ein wirtschaftlicher Nachteil und fallen in den Anwendungsbereich der Sozialplanverhandlungen.[712]

In einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 1991 hat das BAG Umschulungspflichten aus dem Anwendungsbereich des Sozialplans herausgenommen. Begründet hat das Gericht diese Rechtsprechung damit, dass diese Regelung entstehende Nachteile nicht ausgleichen oder mildern würde, sondern vermeiden würde.[713] In der Literatur wurde die Rechtsprechung noch stärker verallgemeinert.[714]

In erster Linie gilt es, diese These zu konturieren. Bleibt der anvisierte Arbeitnehmer im Betrieb und erleidet er keine wirtschaftlichen Nachteile, genügt es nicht, am Horizont weitergehende Betriebsänderungen bzw. Rationalisierungsmaßnahmen zu erblicken, denen der Arbeitnehmer zum Opfer fallen könnte. Diese Maßnahmen lösen vielmehr ihrerseits die §§ 111 ff. BetrVG aus. Anders verhält es sich aber, wenn die Betriebsparteien die Qualifizierungsmaßnahme gerade wegen der geplanten Betriebsänderung mit Blick auf wirtschaftliche Nachteile aufsetzen. Insofern entspricht es auch der heute herrschenden Meinung, die Übernahme von Umschulungskosten in einem Sozialplan zu regeln, wenn diese auf die Milderung der Nachteile gerichtet sind.[715] Dass deckt sich auch mit der Eingangsthese, dass Qualifizierungskosten infolge eines Arbeitsplatzverlustes wirtschaftliche Nachteile sein können.

dd) Der Interessenausgleich

Während der Sozialplan somit für die zentralen Themen der Standortsicherung eher von untergeordneter Bedeutung ist, stellt das Verfahren um einen Interessenausgleich i.S.v. § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Plattform für alle diese Fragen dar.

(1) Der Interessenausgleich als betriebsverfassungsrechtliche Vereinbarung

Nach der immer noch herrschenden Meinung in der Literatur ist ein Interessenausgleich i.S.v. § 112 BetrVG eine kollektivrechtliche Vereinbarung *sui ge-*

711 Vgl. auch § 97 Abs. 2 BetrVG, hierzu: *Göpfert/Seier*, NZA 2019, 588 (593).

712 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 95.

713 BAG, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 59 zur Einordnung dieser Entscheidung: DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 87.

714 *Röder/Gebert*, NZA 2017, 1289 (1292).

715 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 96; ErfK-*Kania,* BetrVG § 112 Rn. 29; *Göpfert/Wenzler*, NZA 2020, 15 (19); *Liebers* in: MAH, § 58 Rn. 148.

neris.[716] Der 10. Senat des BAG hat diese Lösung 1994 vertreten.[717] Der BGH ist dieser Einordnung 2000 gefolgt und hat insbesondere die Einordnung als Betriebsvereinbarung verneint.[718]

(2) Der Interessenausgleich als Mittel zur Standortsicherung

Ein Interessenausgleich kann Regelungen über das Ob, Wann und Wie der Betriebsänderung enthalten,[719] wobei das „Ob" und das „Wie" nicht scharf trennbar sind.[720] Durch die Verhandlungen über den Interessenausgleich erhält der Betriebsrat die Möglichkeit, Nachteile von der Belegschaft abzuhalten und nicht nur abzumildern.[721] *Thüsing* entwirft die Möglichkeit, zu einem Interessenausgleich zu gelangen, nicht nur auf die konkrete Betriebsänderung, sondern auch auf zukünftige Betriebsänderungen.[722] Damit wird jede potenzielle Betriebsänderung zu einem möglichen Regelungsthema des Interessenausgleichs anlässlich der durch den Arbeitgeber geplanten Betriebsänderung.

Uneinigkeit herrscht aber schon bei der Frage, wo eine Standortgarantie systematisch zu verorten ist. Als Folgeregelung der Betriebsänderung schlägt sie *Däubler* dem Interessenausgleich zu.[723] Nach anderer Ansicht können Standortgarantien nur im Wege einer freiwilligen Betriebsvereinbarung eingeführt werden.[724] Eine dritte Ansicht erblickt in ihr einen sog. qualifizierten Interessenausgleich.[725]

Der Erhalt des Standorts als solcher ist der Gegenbegriff zur Betriebsänderung. Damit ist die Standortsicherung eine Frage des Ob der Betriebsänderung. Selbst wenn es in der Folge zu einer Betriebsänderung kommt, ein Teil aber auf den Status quo bezogen ist, spricht alles dafür, eine Standortgarantie dem Interessenausgleich zuzuordnen. Dabei soll nicht verkannt werden, dass der Erhalt des Standorts und das Ob der Betriebsänderung sich grundsätzlich nur teilweise decken. Im Kern geht es aber um die Frage, inwieweit der Unternehmer von seiner Unternehmerfreiheit nicht Gebrauch macht.

716 Meyer, BB 2001, 882; vgl. auch Schmidt/Rolfes, 50 Jahre BAG, 1081 (1090); ErfK-*Kania*, BetrVG §§ 112, 112a Rn. 9; unklar: Düwell-*Steffan*, §§ 112, 112a Rn. 13.
717 BAG 20.4.1994 – 10 AZR 186/93, NZA 1995, 89.
718 BGH 15.11.2000 – XII ZR 197/98, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 140.
719 BAG 27.10.1987, NZA 1988, 203; BAG 17.9.1991 NZA 1992, 227; ErfK-*Kania,* BetrVG § 112 Rn. 1.
720 *Thüsing*, NZA 2008, 201 (204).
721 ErfK-*Kania*, BetrVG § 112 Rn. 1.
722 *Thüsing*, NZA 2008, 201 (204).
723 DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 20: so wohl auch: *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2017, 349.
724 *Trebeck* in: Oberthür/Seitz, XIII Rn. 163.
725 *Liebers* in: MAH, § 58 Rn. 29.

Das Begleiten einer Rationalisierungsmaßnahme mit Qualifizierungsprogrammen fällt hingegen in das Wie der Betriebsänderung. Ausgenommen sind nur solche Qualifizierungsmaßnahmen, die bereits dem Sozialplan unterfallen. Was Gegenstand des Sozialplans ist, kann nicht Gegenstand des Interessenausgleichs sein. Es besteht ein Ausschließlichkeitsverhältnis.[726]

Die Vereinbarung von Investitionsprogrammen fällt nicht per se aus dem Anwendungsbereich des Interessenausgleichs, auch wenn es um Kernfragen der Unternehmensführung geht. Denn im Ausgangspunkt wird es darum gehen, welche Investitionen für eine bestimmte Entwicklung des Unternehmens im Lichte der geplanten Betriebsänderung eingesetzt werden. Diese Frage berührt das Wie einer Betriebsänderung. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob sich der Unternehmer zu bestimmten Schritten in Bezug auf eine Änderung des Betriebs oder zur Zusage eines bestimmten Geldbetrags für die Entwicklung des Betriebs bereiterklärt, den er später finanzieren muss. Folgerichtig benennt auch § 92a BetrVG Investitionsprogramme als Gegenstand der Information und Beratung.

(3) Die Bindungswirkung

Während man die Einordnung des Interessenausgleichs als Vereinbarung sui generis als eine rein dogmatische Frage einordnen könnte, werden aus ihr teilweise unmittelbare Konsequenzen gezogen. Mit dieser Frage hängt nach wohl herrschender Ansicht die Bindungswirkung des Interessenausgleichs unmittelbar zusammen.[727]

Denn das BAG spricht dem Interessenausgleich keine primäre Erfüllungspflicht zu. Damit korrespondiert bei Unterlassungspflichten, wie der Standortsicherung, kein Anspruch auf Unterlassung der Durchführung einer Betriebsveränderung entgegen der Vereinbarung.[728] Vielmehr sei der Interessenausgleich eine Naturalobligation und allein über § 113 BetrVG durchsetzbar. Richtigerweise wird man der dogmatischen Frage keine entscheidende Aussagekraft zuweisen können,[729] die über reine Begriffsjurisprudenz hinausgeht. Mangels einer eindeutigen Reglung muss eine Bindungswirkung positiv herausgearbeitet werden. Folgerichtig ist diese Rechtsprechung auch nicht wieder aufgegriffen worden.

726 Düwell-*Steffan*, §§ 112, 112a Rn. 2; hierzu auch: *Krause* S. 65 f.
727 ErfK-*Kania*, BetrVG § 112, 122a Rn. 9.
728 BAG 28.8.1991 – 7 ABR 72/90, NZA 1992, 41 (42).
729 MünchArbR-*Leber*, § 347 Rn. 33 f.; LAG München 18.6.1997 – 14 BVGa 37/97, BeckRS 1997, 30853713.

Nicht zwingend ist der Umkehrschluss aus § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG. Zwar folgt aus der Norm, dass der Interessenausgleich keine Betriebsvereinbarung ist,[730] damit ist aber nur gesagt, dass der Interessenausgleich nicht über einen normativen Teil mit Wirkung für die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verfügt. Das ist aber auch gar nicht notwendig. Vom Konzept der §§ 111–113 BetrVG konzentriert sich der Interessenausgleich auf Regelungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über die Betriebsänderung.

Gerade mit Blick auf die jüngere Gesetzgebung ist vielmehr eine Gegenansicht erstarkt. Nach ihr kommt einem Interessenausgleich bindende Wirkung zu.[731] Denn in systematischer Hinsicht ist der Interessenausgleich aufgewertet werden. So deuten § 323 Abs. 2 UmwG, § 125 InsO und § 1 Abs. 5 KSchG auf eine Gestaltungswirkung des Interessenausgleichs hin.[732] Nach dieser Lösung ist § 113 Abs. 1 BetrVG die Aussage zu entnehmen, dass der Interessenausgleich so lang eine Bindungswirkung entfaltet, bis der Arbeitgeber einen zwingenden Grund hat abzuweichen.[733]

In der Literatur wurde ferner etwa darauf hingewiesen, dass gerade das Schriftformerfordernis die rechtliche Bindungswirkung indiziere.[734] U.a. *Annuß* hat hiergegen eingewandt, dass die Schriftform auch eine reine Nachweisfunktion transportieren könne.[735] Logisch betrachtet hat auch diese Deutung Schwächen, denn die Formzwecke sind keine Elemente des gesetzlichen Formtatbestands.[736] Entscheidend für diese Argumentation muss daher sein, dass das Schriftformerfordernis für § 113 BetrVG eine Nachweisfunktion erfüllt. § 113 Abs. 3 BetrVG greift jedoch auch dann ein, wenn eine Beteiligung gar nicht erst versucht wurde. Dem steht der Fall gleich, in dem eine Beteiligung mangels Dokuments nicht nachgewiesen werden kann. Darum kann es also nicht gehen.

Mit dem tatsächlichen Kern der Einigung[737] zu argumentieren, hilft auch nicht weiter. Jeder Vertrag setzt sich aus Tatsachen zusammen. Im systematischen Kontext sollte indes nicht übersehen werden, dass, so man das BetrVG als Privatrecht einordnet, das BGB an einer ganzen Vielzahl von Bestimmungen den Begriff der Einigung in einen vertraglichen Zusammenhang stellt.

730 ErfK-*Kania,* BetrVG §§ 112, 112a Rn. 9.
731 DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a n. 24; *Molkenbur/Schulte,* DB 1995, 269; *Zwanziger,* BB 1998, 477; *Düwell*, FS Dieterich, S. 115.
732 DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 24.
733 DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 26.
734 *Molkenbur/Schulte,* DB 1995, 269 (270); *Zwanziger,* BB 1998, 477 (478).
735 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 41.
736 BGH 6.2.1970 – V ZR 158/66, NJW 1970, 999; BAG 16.9.2004 – 2 AZR 659/03, NJW 2005, 844 (845).
737 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 42.

(4) Der qualifizierte Interessenausgleich

Vorzugswürdig ist daher ein Weg, der aktuell wohl auch im Vordringen ist: Die vertragliche Bindung hängt maßgeblich vom Rechtsbindungswillen der Parteien ab. Insofern ist auch von Vertretern der herrschenden Meinung nicht bestritten, dass ein Interessenausgleich Bindungswirkungswirkung haben kann.[738] Terminologisch ist jedoch ungeklärt, ob es sich hierbei um einen Interessenausgleich oder einen sog. qualifizierten Interessenausgleich handelt. Das liegt nicht zuletzt an den komplexen Konstellationen bei Verhandlungen über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan.

Überwiegend wird der Begriff des qualifizierten Interessenausgleichs im Zusammenhang mit der Bindungswirkung des Interessenausgleichs verwendet. Der qualifizierte, d.h. bindende Interessenausgleich, soll danach eine Alternative zum System von §§ 111–113 BetrVG darstellen.[739] Dabei wird teilweise zwischen den Regelungsformen der freiwilligen Betriebsvereinbarung und der Regelungsabrede unterschieden. Überwiegend werden beide Gestaltungsformen für möglich erachtet.[740]

Zum Teil wird der qualifizierte Interessenausgleich auf die Konstellation bezogen, in der Sozialplan und Interessenausgleich in einem Dokument zusammen geregelt werden,[741] teilweise auf die Konstellation, in der der Interessenausgleich an sich Regelungen enthält, die eigentlich in den Sozialplan gehören.[742] Daher wird der qualifizierte Interessenausgleich auch als Betriebsvereinbarung eingeordnet.[743]

Wiederum andere sprechen von einem qualifizierten Interessenausgleich, wenn die Vereinbarung Regelungen enthält, die über die Betriebsänderung hinausgehen, insbesondere Folgeregelungen.[744] Auch hier soll eine freiwillige Betriebsvereinbarung vorliegen.

Das BAG hat den qualifizierten Interessenausgleich im Zusammenhang mit § 125 InsO diskutiert.[745] Insofern liegt es nahe, dass in den Konstellationen, die nach der Gegenansicht die Bindungswirkung belegen sollen, nach herrschender Meinung ein qualifizierter Interessenausgleich vorliegen soll. Auf diese

738 *Liebers* in: MAH, § 58 Rn. 43; *Hanau*, FS Adomeit, 251 (256); Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 42.
739 *Liebers* in: MAH, § 58 Rn. 43.
740 ErfK-*Kania,* BetrVG §§ 112, 112a Rn. 9.
741 BGH 15.11.2000 – XII ZR 197/98, BGHZ 146.
742 So explizit: BGH 15.11.2000 – XII ZR 197/98, BGHZ 146.
743 Löwisch/Kaiser/Klumpp-*Klumpp*, § 112 Rn. 7.
744 LAG Berlin-Brandenburg 4.6.2010 – 13 Sa 832/10, BeckRS 2010, 72685; vgl. auch *Liebers* in: MAH, § 58 Rn. 43.
745 BAG 7.7.2011 – 6 AZR 248/10 = juris Rn. 21.

Weise kann die herrschende Meinung bei ihrer Einordnung des Interessenausgleichs bleiben.

Bereits dieser kurze Überblick macht indes deutlich, dass es Aspekte des Interessenausgleichs gibt, die jeweils für sich und nach vertretener Ansicht als „qualifiziert" eingeordnet werden können. Diese Stellungnahmen vermischen – von ihrer Sicht aus wiederum konsequent – mehrere Punkte, die nicht im Ausgangs-, sondern erst im Endpunkt zusammengehören. Der schillernde Begriff des „qualifizierten Interessenausgleichs" trägt so nicht zur Rechtssicherheit bei.

(5) Die Bedeutung des Rechtsbindungswillens

Es bietet sich an, weniger den Begriff des qualifizierten Interessenausgleichs als vielmehr die Gestaltungsmacht der Betriebsparteien in den Mittelpunkt zu rücken.[746] Hinter der fehlenden Bindungswirkung steht unausgesprochen oder mit *Ehmann* ausgesprochen die Erwartung, dass Erklärungen des Unternehmers bzw. des Unternehmens in aller Regel nicht von einem Rechtsbindungswillen getragen sein sollen.[747] Vielmehr umschreibe der Unternehmer die Betriebsänderung in tatsächlicher Hinsicht und nur hierüber käme auch eine Vereinbarung in tatsächlicher Hinsicht zustande.[748]

Die Frage nach der Bindungswirkung des Interessenausgleichs ist mit der Frage des Rechtsbindungswillens unweigerlich verknüpft.[749] Mit der Lösung der herrschenden Meinung geht jedoch auch ein typisiertes Regel-Ausnahme-Verhältnis einher. Wenn der Interessenausgleich keine Bindungswirkung haben soll, muss ein Bindungswille gemäß §§ 133, 157 BGB abgeleitet werden.[750] Das dürfte aber der Verhandlungssituation nicht entsprechen. Es leuchtet nicht ein, dass Beratungsrechte grundsätzlich auf eine bindende Vereinbarung gerichtet sein sollen und nur bei den wirtschaftlichen Angelegenheiten diese Möglichkeit nicht bestehen soll. An dieser Stelle mit Art. 12 GG zu argumentieren,[751] führt nur begrenzt weiter, weil der Arbeitgeber bzw. Betriebsinhaber gerade von seiner Vertragsfreiheit gemäß Art. 12, 2 GG Gebrauch gemacht haben kann.

Somit geht es vielmehr darum, ob an das Vorliegen des Rechtsbindungswillens besondere Anforderungen zu knüpfen sind, oder dieser Wille grundsätzlich

746 *Zwanziger,* BB 1998, 477 (478 f.).
747 *Ehmann*, FS Kissel, 175 (179).
748 *Ehmann*, FS Kissel, 175 (179); Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 41.
749 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 41.
750 *Zwanziger,* BB 1998, 477 (479), auch zur Auslegung von Betriebsvereinbarungen.
751 *Ehmann*, FS Kissel, 175 (191).

angenommen werden kann. In der Rechtsprechung spielt die Ermittlung des Rechtsbindungswillens in einer ganzen Reihe von Konstellationen eine große Rolle.[752] Dabei haben die Rechtsprechung und Literatur mehrere Grundsätze herausgebildet. Maßgebend ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien, bei dessen Ermittlung neben dem Erklärungswortlaut die beiderseits bekannten Umstände wie insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, deren Zweck, die Beziehung zwischen den Vertragsparteien sowie deren Interessenlage heranzuziehen sind.[753] Diese Frage muss hier nicht in aller Allgemeinheit gelöst werden, sie kann vielmehr auf die Frage bezogen werden, ob Regelungen zur Standortsicherung regelmäßig einen Rechtsbindungswillen enthalten.

Im Ausgangspunkt kommt es für die §§ 133, 157, 242 BGB auf den Wortlaut der Bestimmung an. Bei einer Standortgarantie entscheidet, ob das Unterlassen von Betriebsänderungen eine bloße Absichtserklärung ist oder das Unternehmen seine Gestaltungsfreiheit einschränken will. Formulierungen wie „der Unternehmer strebt an, den Standort bis … zu erhalten" legen einen Rechtsbindungswillen nicht nahe. Umgekehrt kann die positive Festsetzung einer Unterlassungspflicht dafür sprechen, dass sich die Parteien bewusst auf ein rechtsförmiges Verhandlungsergebnis geeinigt haben.

Je näher die Inhalte der Vereinbarung an anderen Beteiligungsrechten anknüpfen, desto ferner liegt es, die Sonderrolle des Interessenausgleichs i.V.m. § 113 BetrVG zu betonen. Im Bereich der Beschäftigungssicherung fällt sofort § 92a BetrVG ins Auge. Generell tangieren Standortsicherungsabreden oftmals auch personelle und soziale Fragestellungen, deren Bindungswirkung nicht in Frage gestellt wird.

Das Verhandeln in der Einigungsstelle ist hingegen kein Indiz für eine Bindungswirkung. Die Einigungsstelle ist eine Möglichkeit, betriebliche Konflikte zu lösen,[754] sie gibt aber keine Formen vor und verschärft auch nicht die Ernstlichkeit von Erklärungen.

Enthält der Interessenausgleich Regelungen, die über die Betriebsänderung hinausgehen und deren Bestand für den Arbeitgeber günstig sind, liegt es nahe, dass diese im Lichte der Verhandlungssituation einen Rechtsbindungswillen nahelegen, denn anderenfalls hätte der Betriebsrat nichts von der Regelung.

752 MüKoBGB-*Busche*, § 145 Rn. 7.
753 BGH 17.12.2020 – I ZR 228/19, NJW 2021, 2023 (2025).
754 Hierzu: Richardi-*Richardi/Maschmann*, § 76 Rn. 6.

In der Praxis dürfte eine weitere zentrale Frage sein, welche Bindungswirkung die gemeinsame Regelung von Interessenausgleich, Sozialplan und weitergehender Regelungen durch freiwillige Betriebsvereinbarungen haben. Werden diese Dokumente, wie oft, getrennt aufgesetzt, liegt es nahe, für jedes Dokument separat nach §§ 133, 157, 242 BGB zu entscheiden, solange nicht ein Einheitlichkeitswille erkennbar ist. Liegt ein einheitliches Dokument vor, spricht viel für einen einheitlichen Bindungswillen, wenn nicht der Formulierung der jeweiligen Passagen etwas anderes zu entnehmen ist.

Insgesamt spricht viel dafür, dass es kein Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Bindungswirkung gibt, sondern ein Interessenausgleich offen nach §§ 133, 157, 242 BGB auf seine vertragliche Bindung hin untersucht werden muss.

(6) Reichweite der verbindlichen Vereinbarung

Von einem Teil der Literatur wird die Möglichkeit der Bindungswirkung nicht per se, sondern für bestimmte wirtschaftliche Bereiche bestritten. Im Kern geht es diesen Positionen darum, die Organisation des Unternehmens von der Bindungswirkung freizustellen.[755]

Diese These hat zwei Ansatzpunkte: die unternehmerische Freiheit nach Art. 2, 12, 14 GG[756] und das System der §§ 111–113 BetrVG. Zum Teil wird die Regelungsbefugnis wegen der fehlenden Handlungsfähigkeit des Betriebsrats verneint.[757] Da diese aber maßgeblich vom materiellen Betriebsverfassungsrecht abhängt, stellt diese These eine Annexthese zu den §§ 111 ff. BetrVG dar.

Die Konstruktion einer Verletzung von Art. 14, 12 GG durch eine vom Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers getragene Vereinbarung über eine Standortsicherung bleibt kryptisch.[758] Jenseits der Unternehmerfreiheit aus Art. 12, 14 GG hat diese Position kein greifbares Argument. Damit schließt sie aber von einem Eingriff auf eine Verletzung dieser Position. Das greift offensichtlich zu kurz. Das gemeinsame Gestalten der Betriebsänderung ist auch eine Form des Grundrechtsgebrauchs[759] durch den Arbeitgeber. Dabei soll nicht verkannt werden, dass gerade Verträge auf dem Gebiet des Privatrechts immer wieder durch das BVerfG kontrolliert wurden.[760] Hinter dieser Kontrolle stand jedoch in aller Regel ein Machtgefälle, wie etwa Arbeitgeber und Arbeitnehmer.[761]

755 Vgl. Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 45; vgl. auch *Willensem/Hohenstatt*, NZA 1997, 345 (251 f.); *Ehmann*, FS Kissel, 175 (191).
756 *Ehmann*, FS Kissel, 175 (191).
757 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 45.
758 Vgl. *Ehmann*, FS Kissel, 175 (191).
759 *Fischinger*, JuS 2007, 808 (809).
760 BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469.
761 BVerfG 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, AP BGB § 307 Nr. 22.

Hiervon unterscheidet sich die Verhandlungssituation bei einem Interessenausgleich fundamental. Insofern hat das BVerfG bereits in der Handelsvertreter-Entscheidung betont, dass Art. 12 GG keinen Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft.[762]

An der grundsätzlichen Einschränkbarkeit von Art. 12, 14 GG besteht insofern kein Zweifel.[763] Auf einem anderen Blatt Papier steht die Frage, inwieweit ein Kernbereich dieses Grundrechts immer dem Unternehmer verbleiben muss.[764] Dieser Kernbereich ist jedoch durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung gewahrt und kann gerade im Bereich der Standortsicherung durch eine befristete Lösung ohne Weiteres gewahrt bleiben.

Die Akzentuierung der §§ 111–113 BetrVG läuft auf die Frage nach der funktionalen Zuständigkeit des Betriebsrats hinaus. Nach *Annuß* soll die Frage, „ob" eine Betriebsänderung überhaupt durchgeführt werden soll, nach der Struktur des Gesetzes in die alleinige Gewalt des Unternehmers gelegt sein.[765] Das greift zu kurz. Die §§ 111 ff. BetrVG schützen das Letztentscheidungsrecht des Unternehmers, aber sie schützen den Unternehmer nicht davor, sich freiverantwortlich in eine rechtliche Bindung zu begeben. Nach dieser Logik dürfte auch die Übertragung des Unternehmens nicht bindend sein. Mit dem Organisationsbereich zu argumentieren, führt ebenfalls nicht weiter. Es liegt am Arbeitgeber, Standortsicherungsvereinbarungen auszugestalten. Nach den §§ 111 ff. BetrVG besteht kein Kontrahierungszwang. Vielmehr ist mit *Däubler* zu konzedieren, dass vom Interessenausgleich bei Bestehen eines sachlichen Grundes nach § 113 Abs. 1 BetrVG abgewichen werden darf.[766] Insofern stellt sich das Problem nicht.

(7) Das Unionsrecht

In einem letzten Schritt soll nunmehr das Konzept bindender Standortsicherungsverträge auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht hin untersucht werden.

(a) Die Richtlinie 2002/14/EG

Aufgewertet wird diese Position durch die Vorgabe der Richtlinie 2002/14/EG. Das Ausnahme-Regel-Verhältnis der herrschenden Meinung zugunsten der fehlenden Bindungswirkung des Interessenausgleichs lässt sich im Lichte der

762 BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469.
763 ErfK-*Schmidt*, GG Art. 12 Rn. 20 ff.
764 BVerfG 30.4.2015 – 1 BvR 2274/12, NZA 2015, 820 (821); hierzu: ErfK-*Schmidt*, GG Art. 12 Rn. 41.
765 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 45.
766 DKW-*Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 26.

Richtlinie 2002/14/EG nicht aufrechterhalten und ist in eine offene Ermittlung des Rechtsbindungswillens zu überführen.

Nach Art. 4 Abs. 4 lit. e) setzt die Richtlinie ein Anhörungsverfahren voraus, in dem beide Parteien das Ziel verfolgen, eine Vereinbarung über die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten zu erreichen. Diese Zielvorgabe wirft die Frage auf, welche Bedeutung die Vereinbarung haben soll. Art. 2 enthält zwar Definitionen, spart diesen Begriff jedoch aus. Anhörung selbst bezeichnet nach Art. 2 lit. g) die Durchführung eines Meinungsaustauschs und eines Dialogs zwischen Arbeitnehmervertretern und Arbeitgeber. Insofern spezifiziert Art. 4 Abs. 4 lit. e) diese allgemeine Definition.

An dieser Stelle liegt es nahe, den Umkehrschluss aus den Definitionen zu ziehen. Wenn diese in ein Feld fallen, das von einer Vielzahl unterschiedlicher mitgliedstaatlichen Traditionen geprägt wird, setzt sich der Begriff der Vereinbarung aus den Komponenten der Vertragsfreiheit und des Grundsatzes *pacta sunt servanda* zusammen. Dieser Grundsatz steht auch einem Verständnis entgegen, das Ziel der Vereinbarung als eine Art Ordnungsvorschrift für die Beratung aufzufassen. Diese Einordnung würde eine Begriffsfassung aussparen.

Inhaltlich macht Art. 4 Abs. 4 lit. c) der Richtlinie deutlich, dass sich die Vereinbarung auf Entscheidungen beziehen kann, die der Leitungsbefugnis des Arbeitgebers unterfallen. Dieser Befund wird auch durch die historische Interpretation gestärkt. Nicht nur steht die Richtlinie 2002/14/EG im Kontext des Falles *Vilvoorde*,[767] vielmehr hat die Kommission auch ihr Regelungsanliegen klar dahingehend artikuliert, die teilweise auf Mitgliedstaatsebene anzutreffende Trennung von sozialen und wirtschaftlichen Fragenstellungen in einen wirksamen Modus der Arbeitnehmerbeteiligung zu überführen.[768] Der Grundsatz *pacta sunt servanda* bezieht sich damit auch auf diesen Punkt.

Es verwundert daher nicht, dass in der deutschen Literatur der Begriff der Vereinbarung in Art. 5 – dort wird der Begriff auch gebraucht – als rechtlich verbindlich klassifiziert wird.[769] Man kann diese Perspektive jedenfalls dann einsetzen, wenn es um die Frage geht, welche Vorgabe der Begriff der Vereinbarung für das deutsche Recht hat. Denn die Einordnung als eine rein tatsächliche Vereinbarung ohne eine Bindungswirkung stünde wiederum vor dem Problem, die Existenz dieser Zielvorgabe zu erklären.

767 Dazu B.II.3.a).
768 KOM (98) 612 endg. S. 4.
769 *Weber* in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2002/14/EG, Art. 4 Rn. 2.

Wenn die Richtlinie 2002/14/EG etwa verlangt, dass die Parteien mit dem Willen verhandeln, zu einer Einigung zu gelangen, dann hat die Richtlinie auch eine inhaltliche Einigung vor Augen. Die Pflicht bliebe ohne praktische Wirksamkeit, wäre das Ergebnis der Verhandlung nicht durchsetzbar. Im Lichte des Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2002/14/EG begründe es einen systematischen Zwiespalt, Beteiligungsrechte, die im besten Fall auf eine Einigung hinauslaufen, durchsetzbar zu machen,[770] das Resultat dieses Dialogs hingegen nicht. Damit wird auch der Wert der Beteiligungsrechte herabgesetzt.

Eine weitere Stütze findet die Forderung nach der Durchsetzbarkeit der Vereinbarung in Art. 8 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2002/14/EG. Die Richtlinie verlangt, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren für die Erfüllung der sich aus der Richtlinie *ergebenden Verpflichtungen* bereitzustellen. Es handelt sich bei dem Recht aus der Vereinbarung zwar nicht um ein Recht der Richtlinie, da diese keinen Anspruch auf eine Vereinbarung gewährt. Kommt es aber zu einer Vereinbarung, handelt es sich um ein Recht bzw. eine Pflicht, das bzw. die sich aus der Richtlinie *ergibt* (Art. 8 Abs. 1 S. 2), weil es bzw. sie der Verhandlungs*pflicht* gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. c) entspringt. In der letzten Konsequenz muss die jeweilige nationale Rechtsordnung also auch ein Verfahren für Durchsetzbarkeit einer Vereinbarung sicherstellen.

Man wird, wie üblich, auf die unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten hinweisen können. Der Begriff der Arbeitnehmervertreter in Art. 2 lit. e) deutet dabei an, was auch für das Konsultationsverfahren gelten muss. Im kollektiven Arbeitsrecht sind die Rechtsvorschriften und Traditionen so unterschiedlich, dass es oftmals schwer fallen wird, bereits aus dem Richtlinientext eine klare Vorgabe für die Begriffsfassung abzuleiten.[771] Bedenklich wäre es jedoch, mit diesem Befund eine Definition des Begriffs der Vereinbarung zu unterlassen. Eben dies hat der EuGH zu Art. 3 der Richtlinie 2002/14/EG auch betont.[772]

Folgt man der Rechtsprechung des EuGH, besteht grundsätzlich das Bedürfnis, den Begriff der Vereinbarung als unionsrechtlichen Begriff einheitlich und autonom zu definieren.[773] Es liegt nahe, dass der Begriff der Vereinbarung eine inhärente Bindungswirkung aufweist. Doch selbst wenn man dies verneinen sollte, stellt sich wie so oft im Unionsrecht die Frage, inwieweit das deutsche Konzept der Einklagbarkeit dem unionsrechtlichen Begriff der Vereinbarung

770 *Weber* in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2002/14/EG, Art. 8 Rn. 6; *Kohte* in: Düwell, RL 2002/14/EG Rn. 43 f.

771 Zu weiten Ermessenspielraum: EuGH 11.2.2010 – C-405/08 (*Holst*), NZA 2010, 286 (288).

772 EuGH 15.1.2014 – C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193 (194 ff.).

773 Vgl. etwa: EuGH 10.9.2014 – C-270/13 (*Haralambidis*), EuZW 2014, 946 (946).

folgen sollte. Das Problem erscheint aber bei näherer Betrachtung lösbar. Denn das Unionsrecht erlegt dem deutschen Recht die Einschränkungen durch das Effektivitäts-[774] und durch das Äquivalenzprinzip[775] auf.

Dem Effektivitätsgebot wird das Konzept der herrschenden Meinung nur bedingt gerecht. Gewiss kann der drohende Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile nach § 113 BetrVG bei Abweichung des Interessenausgleichs ein Anreiz dafür sein, den Interessenausgleich einzuhalten. Insbesondere, wenn Interessenausgleich und Sozialplan im Zusammenspiel eine wirtschaftliche Entlastung des Unternehmens begründen. Probleme hat das Konzept aber bei Rationalisierungsmaßnahmen, die zur Optimierung eingesetzt werden. Hier kann der vorübergehende Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile schnell in keinem Verhältnis zu Abweichungen vom Interessenausgleich stehen. Je weniger der wirtschaftliche Druck auf dem Unternehmen lastet, desto weniger Durchsetzungskraft vermittelt § 113 Abs. 1 BetrVG. In seiner Entscheidung *CGT* hat der EuGH aber gerade zur Richtlinie 2002/14/EG betont, dass die Mitgliedstaaten für jeden Fall die praktische Wirksamkeit gewährleisten müssen.[776]

Noch deutlicher für eine offene Bestimmung des Rechtsbindungswillens streitet das Äquivalenzprinzip. Nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist die Annahme eines Gerichts, nur weil die Parteien die Vereinbarung schließen, sei diese nicht verbindlich. Denn das Äquivalenzprinzip[777] verlangt von den Gerichten, die gleichen Maßstäbe bei der Interpretation von Erklärungen anzulegen, die möglicherweise rechtsgeschäftlichen Charakter haben. Insofern ist die terminologische Unterscheidung zwischen einfachem und qualifiziertem Interessenausgleich aufzugeben und im Einzelfall gemäß §§ 133, 157, 242 BGB zu analysieren, ob die Vereinbarung rechtsgeschäftlichen Charakter hat oder nicht.[778]

(b) Die Niederlassungsfreiheit

Geht man von diesen Ergebnissen aus, stellt sich die Frage, ob eine bindende Vereinbarung des Interessenausgleichs im Falle eines grenzüberschreitenden Bezugs mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV vereinbar wäre.

Eine unmittelbare Geltung der Niederlassungsfreiheit im Rechtsverhältnis Betriebsrat – Arbeitgeber kommt nicht in Betracht. Der EuGH hält zwar eine unmittelbare Geltung der Grundfreiheiten für möglich. Im Privatrechtsverkehr

774 EuGH 18.1.2007 – C-385/05 (*CGT*), EuZW 2007, 185 (186).
775 EuGH 2.4.2020 – C-370/17, C-37/18 (*Vueling Airlines*), EuZW 2020, 716 (722).
776 EuGH 18.1.2007 – C-385/05 (*CGT*), EuZW 2007, 185 (186).
777 EuGH 2.4.2020 – C-370/17 (*Vueling Airlines*), C-37/18, EuZW 2020, 716 (722).
778 Richardi-*Annuß*, § 41 Rn. 45, der aber noch von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgeht.

wird diese Wirkung aktuell nur für die Verbandsebene diskutiert.[779] Hiervon unterscheidet sich das Informations- und Beteiligungsrecht des Betriebsrats fundamental. Akzentuiert man den Schutz vor Fremdbestimmung durch Verhandlungsmacht, begründet das Beratungsrecht keine Pflicht, zu einem Interessenausgleich zu gelangen. Auch § 113 BetrVG knüpft an das versuchte, aber erfolglose Verhandeln keine nachteilhaften Konsequenzen. Selbst ein Unterlassungsanspruch hätte nur verfahrenssichernde Wirkung und kann durch eine ordnungsgemäße Beteiligung abgewendet werden. Vielmehr wurde bereits oben festgehalten, dass die Verhandlungen über einen Interessenausgleich oftmals mit Zugeständnissen von Arbeitnehmerseite einhergehen. Eine Verbands- bzw. Verhandlungsmacht besteht daher typischerweise nicht.

Gleichwohl ist zu prüfen, inwieweit eine Rechtslage mit einem bindenden Interessenausgleich mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Denn eine Rechtsordnung, nach der das Unternehmen auf Unterlassung einer Betriebsänderung oder auf Durchführung einer bestimmen unternehmerischen Maßnahme verpflichtet werden kann, selbst wenn sie nur eine Vereinbarung durchsetzt, wirkt potenziell beschränkend auf die Niederlassungsfreiheit.

Die Vorgaben aus *Viking* und *Laval*[780] sind für die betriebliche Ebene nur bedingt ergiebig.[781] Die Entscheidung bezog sich auf eine Arbeitskampfmaßnahme. Im Vergleich zum Tarifvertragsrecht geht es zudem um eine Eigenschaft, die bei den Tarifverträgen überhaupt nicht in Abrede gestellt wird, die Bindungswirkung selbst. Ob bestimmte Themen dabei die Niederlassungsfreiheit selbst tangieren, ist an dieser Stelle noch nicht von Belang. Man wird betonen können, dass sich die Bedeutung des Interessenausgleichs für die Niederlassungsfreiheit eigentlich erst aus der bindenden Wirkung der jeweiligen Regelung ergeben kann. Daraus wird aber auch deutlich, dass eine Versagung der Bindungswirkung eines Interessenausgleichs nicht erforderlich ist, um die Niederlassungsfreiheit überhaupt zu gewährleisten.

Wendet man sich den einzelnen Regelungen in Standortsicherungsverträgen zu, dienen diese in aller Regel dem Arbeitnehmerschutz, der seit *Überseering*[782] als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt ist. Verstärkt wird diese Rechtfertigung offensichtlich von Art. 27 GRC, der die weitreichenden Vorgaben der Richtlinie 2002/14/EG systematisch aufwertet.

779 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*), NZA 2008, 124; *Korte* in: Calliess/Ruffert, Art. 48 AEUV Rn. 41.
780 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*), NZA 2008, 124.
781 So wohl auch: ErfK-*Kania,* BetrVG §§ 112, 112a Rn. 13.
782 EuGH 5.11.2002 – C-208/00 (*Überseering*), NJW 2002, 3614; *Franzen*, RdA 2004, 257 (262).

Solange keine endlose Bindung des Arbeitgebers durch die Vereinbarungen herbeigeführt werden kann, stellen sich Vereinbarungen auf Betriebsebene als unproblematisch dar. Der Ausschluss von betriebsbedingten Kündigungen führt nicht zum Untergang des Rechts zur außerordentlichen Kündigung.[783]

Schwieriger zu beurteilen ist eine bindende Standortgarantie. Die gerichtliche Durchsetzbarkeit einer solchen Regelung tangiert den Kernbereich der Niederlassungsfreiheit. Auf der anderen Seite fällt es schwer, bei einer reinen Standortgarantie einen grenzüberschreitenden Bezug zu begründen. Der Betrieb bleibt im Inland. Erst wenn das Unternehmen ins europäische Ausland ziehen will, kommt Art. 49 AEUV überhaupt zum Tragen. Selbst dann bleibt es aber beim Vertragsmechanismus. Anders als im Tarifvertragsrecht kann im BetrVG aber kein Druck auf die Erzeugung einer solchen Regelung ausgeübt werden. Insofern stellt die verbindliche Standortgarantie eine einvernehmliche Einschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die schon im Ausgangspunkt mit einem Vorteil auf Arbeitgeberseite versehen sein wird. Hinzu kommt, dass die Bindungswirkung oftmals zeitlich befristet sein wird. Darüber hinaus erlaubt § 113 Abs. 1 BetrVG dem Unternehmer abzuweichen, wenn er einen sachlichen Grund hat. Im Übrigen wurde die niedrigschwellige Bindungswirkung des § 113 Abs. 1–3 BetrVG bislang als für Art. 49 AEUV unproblematisch eingeordnet.[784] Die Regelung wurde vielmehr wegen ihrer vermeintlichen Ineffizienz kritisiert.[785]

Die Entscheidung *AGET*[786] gibt hier nur bedingt den Weg vor, ist sie zu einem Fall ergangen, in dem unternehmerische Freiheit an eine behördliche Entscheidung geknüpft war. Das Widerspruchsrecht der Behörde zu einer Massenentlassung stellt ohne Frage eine „erhebliche *Einmischung*" in die Niederlassungsfreiheit dar.[787] Von einer Einmischung kann aber bei dem Verfahren nach § 112 BetrVG keine Rede sein. Es liegt eine einvernehmliche Bindung des Arbeitgebers vor, Kündigungen zu unterlasen bzw. den Standort zu sichern. Bei genauerer Betrachtung der Entscheidung geht der EuGH gerade auch auf Verträge mit der Arbeitnehmerschaft ein und ordnet diese der Niederlassungsfreiheit zu (Rn. 55).[788] Es muss hier nicht beantwortet werden, ob dieser Passus auch Kollektivverträge beinhaltet. Vielmehr wird deutlich erkennbar, dass die einvernehmliche Festlegung der Standortsicherung nicht gleichermaßen belas-

783 ErfK-*Kania*, BetrVG § 112, 112a Rn. 96.

784 Kritisch hingegen gegen das Einigungsstellenverfahren aber im Lichte der Unternehmerfreiheit: *Rieble*, NZA 2004, 1029 (1031).

785 Dazu noch D.III.

786 BAG 21.12.2016 – C-201/15, NZG 2017, 788 (791).

787 BAG 21.12.2016 – C-201/15, NZG 2017, 788 (791) Rn. 55.

788 BAG 21.12.2016 – C-201/15, NZG 2017, 788 (791).

tend ist. Solange diese Vereinbarungen nicht durch eine unbeschränkte Bindungswirkung die Niederlassungsfreiheit praktisch leerlaufen ließen, steht Art. 49 AEUV ihnen nicht entgegen.

(c) Zwischenergebnis

Insgesamt lassen sich dem Unionsrecht keine durchdringenden Anhaltspunkte entnehmen, die erstens der Bindungswirkung betrieblicher Lösungen und zweitens inhaltlichen Gestaltungen der Betriebsänderung durch die Betriebspartner entgegenstehen.

ee) Freiwillige Betriebsvereinbarungen

Geht man von diesem Befund aus, muss man die weitergehenden Regelungsmöglichkeiten in den Blick nehmen. Über die begrenzten Rechtswirkungen des Interessenausgleichs hinaus stellt sich die Frage, ob die Betriebsparteien nicht auch eine freiwillige Betriebsvereinbarung schließen können, die nicht nach den speziellen Regeln der §§ 112, 113 BetrVG durchgesetzt werden muss. Die Betriebsvereinbarung ist immer dann ein probates Mittel, wenn gerade den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus der Standortsicherungsvereinbarung unmittelbar zwingende Rechte eingeräumt werden sollen.

(1) Soziale und personelle Angelegenheiten

Dass eine Betriebsvereinbarung in sozialen und personellen Angelegenheiten auch über die Fälle der notwendigen Mitbestimmung hinaus geschlossen werden kann, ist heute nicht mehr umstritten. Das BAG geht insbesondere von einer umfassenden Kompetenz der Betriebsparteien für materielle und formelle Arbeitsbedingungen aus.[789] Dem kann nur zugestimmt werden, wie der Umkehrschluss aus § 77 Abs. 3 BetrVG belegt.

(2) Wirtschaftliche Angelegenheiten

Noch nicht abschließend geklärt ist hingegen die Frage, ob in wirtschaftlichen Angelegenheiten eine freiwillige Betriebsvereinbarung in Betracht kommt. Die Frage ist in ihrer Relevanz etwas dadurch gemindert, dass Arbeitsbedingungen bereits soziale oder personelle Angelegenheiten darstellen können. Das dürfte insbesondere für Regelungen gelten, die zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Kündigungen ausschließen oder beschränken.

Im Übrigen wird die Frage aufgeworfen, ob rein wirtschaftliche Themen überhaupt Gegenstand einer über den Interessenausgleich hinausgehenden Betriebsvereinbarung sein können, weil sie sich auf die Unternehmerentschei-

789 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 880/11, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 62.

dung beziehen.[790] Diese Frage wird nicht einheitlich beantwortet. Teilweise werden solche Vereinbarungen kategorisch für unzulässig erachtet[791] und allenfalls Ausnahmen erwogen.[792] Nach dieser Lösung ist eine freiwillige Betriebsvereinbarung für Beschäftigungssicherung per se zulässig,[793] darf aber darüber hinaus keine wirtschaftlichen Fragen regeln. Diese Abgrenzung dürfte bereits praktisch schwerfallen.

Die verneinenden Stimmen haben drei (Begründungs-)Linien entwickelt. Die eine kommt aus § 112 BetrVG und diskutiert den sog. qualifizierten Interessenausgleich, der anders als der Interessenausgleich durchsetzbare Rechte und Pflichten enthalten soll.[794] Die andere Diskussionslinie kommt aus §§ 88, 102 Abs. 6 BetrVG und diskutiert die systematische Reichweite der beispielhaften Nennung von Themen.[795] In der Literatur wird drittens auf die im Vergleich zur Tarifautonomie grundlegend unterschiedliche Konzeption des BetrVG hingewiesen. Die Normsetzungsbefugnis der Betriebsparteien sei qua Gesetz übertragene Fremdbestimmung und dürfe daher nicht in Bereiche eingreifen, die der Privatautonomie unterliegen.[796]

Der Hinweis auf das System der Mitbestimmung setzt sich in ein Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung zum Sozialplan. Denn es entspricht der Rechtsprechung des BAG, die jedenfalls neben einem Sozialplan eine freiwillige Betriebsvereinbarung zulässt.[797] Es verbleibt somit die Frage nach der funktionalen Zuständigkeit für derartige Regelungen. Teilweise wird in der Literatur schon von der Aufgabe auf die Betriebsautonomie geschlossen.[798] Ist man strenger, lässt sich diese Befugnis zu freiwilligen Betriebsvereinbarungen aus dem Beteiligungsrecht selbst ableiten. Aus § 111 BetrVG folgt nicht nur eine Befugnis für wirtschaftliche Angelegenheiten, die davon abhängt, welche Betriebsänderung der Unternehmer plant, sondern werden allgemein Betriebsänderungen der sog. Betriebsautonomie zugeordnet.[799] Insofern wird überwiegend konzediert, dass die Aufzählung in § 111 S. 3 BetrVG nicht abschließend ist.[800] Es besteht somit eine funktionale Zuständigkeit für wirtschaftliche Angelegenheiten.

790 *Ehmann*, FS Kissel, 175 (182); Löwisch/Kaiser/Klumpp-*Dahm*, § 88 Rn. 13.
791 *Liebers* in: MAH § 58 Rn. 29; Richardi-*Annuß*, in: § 112 Rn. 41; *Ehmann*, FS Kissel, 175 (182).
792 Löwisch/Kaiser/Klumpp-*Dahm*, § 88 Rn. 13; *Willemsen/Hohestatt*, NZA 1997, 345 (352), die auf § 111 BetrVG hinweisen.
793 Richardi-*Annuß*, § 112 Rn. 41.
794 Dazu bereits C.IV.2.e)dd).
795 *Ehmann*, FS Kissel, 175 (183).
796 Vgl. jüngst *Krieger/Arnold/Zeh*, NZA 2020, 81 (82).
797 BAG 9.12.2014 – 1 AZR 146/13, NZA 2015, 438 (441); 14.12.2016 – 7 ABR 8/15, NZA 2017, 514 (518).
798 *Waltermann,* S. 14 ff. u. 189.
799 *Thüsing*, NZA 2008, 201 (204).
800 *Ginal/Funke*, ArbRAktuell 2017, 478 (479).

Die These von der mitbestimmungsfreien Unternehmerfreiheit ist schwerpunktmäßig auch auf die Theorie der notwendigen, im Streitfall durch die Einigungsstelle zu klärenden, Mitbestimmung bezogen.[801] Ganz anders stellt sich jedoch die Situation dar, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat aus eigenem Antrieb zu einem Ergebnis gelangen. Die freiwillige Betriebsvereinbarung kann nicht vor der Einigungsstelle erzwungen werden. In diesem Fall gibt es keinen Grund, den Arbeitgeber an dieser Stelle in Bezug auf eine frei gewählte Bindung zu bevormunden.[802]

Das System des BetrVG hat ein anderes Legitimationskonzept als die Tarifbindung. Die Befugnis für Regelungen im Betrieb folgt aus der Wahl des Betriebsrats.[803] Hieraus folgt die Befugnis von Arbeitgeber und Betriebsrat, auch Regelungen im Betrieb für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufzustellen, die den Betriebsrat nicht gewählt haben. Auch die Rechtsprechung stützt diese Rechtssetzung durch das Demokratieprinzip nach Art. 20 GG.[804] Von vornherein kann daher ein unterschiedliches Legitimationskonzept nicht dazu genutzt werden, freiwillige Normsetzung zu verhindern. Das gilt auch für die normative Wirkung.[805] Die Frage führt vielmehr wieder zur Bestimmung der funktionalen Zuständigkeit des Betriebsrats. Insgesamt dringen die Einwände gegen eine freiwillige Betriebsvereinbarung zu wirtschaftlichen Fragen daher nicht durch.[806]

ff) Die Regelungsabrede

Weiterhin ist es denkbar, Standort- und/oder Strukturentscheidungen des Arbeitgebers über sog. Regelungsabreden mit dem Betriebsrat zu fixieren.[807]

(1) Abreden über den Status quo und die Entwicklung des Betriebs

Eine Regelungsabrede begründet die rein schuldrechtliche Verpflichtung der Betriebspartner, sich entsprechend der getroffenen Vereinbarung zu verhalten.[808] Als Gestaltungsformen für eine Standortgarantie oder Kündigungsbeschränkungen werden oftmals Unterlassungspflichten in Betracht kommen.[809] Bei Standortsicherungsabreden mag dies auch einen gewichtigen Teil der Ab-

801 *Bauer*, NZA 2001, 375 (378).
802 *Thüsing*, NZA 2008, 201 (204).
803 Hierzu: ErfK-*Kania*, BetrVG § 1 Rn. 1f.
804 BAG 10.12.2002 – 1 ABR 7/02, NZA 2004, 223 (227).
805 Hier kritisch: *Hanau*, FS Adomeit, 251 (253).
806 Vgl. auch: *Molkenbur/Schulte*, DB 1995, 269 (271).
807 *Benecke*, RdA 2020, 148 (154).
808 BAG 12.4.2017 – 7 AZR 446/15, NZA 2017, 1125 (1128).
809 BAG 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098.

rede abdecken, jedoch enthalten etwa Qualifizierungsklauseln eine (positive) Handlungspflicht des Arbeitgebers.[810]

(2) Zulässigkeit von Regelungsabreden zur Standortsicherung

Das BetrVG kennt den Begriff der Regelungsabrede nicht. Dass es im Gefüge des BetrVG mehr als nur die Betriebsvereinbarung gibt, folgt aus dem Zusammenspiel von § 77 Abs. 1 BetrVG und § 77 Abs. 2 BetrVG, wonach „Vereinbarungen" vom Arbeitgeber durchgeführt werden. Dementsprechend definiert man die Regelungsabrede auch als jede verbindliche Abrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, die nicht Betriebsvereinbarung ist.[811] Als Vertrag i.S.d. §§ 145 ff. BGB auf der Ebene des Schuldrechts wirkt die Regelungsabrede grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien. Gerade die fehlende normative Wirkung grenzt die Regelungsabrede von der Betriebsvereinbarung ab.[812]

Über die zulässigen Regelungsgegenstände der Regelungsabrede, wie schon bei der Betriebsvereinbarung, herrscht Streit. Zum Teil wird die Regelungsabrede in eine Alternativität zur Betriebsvereinbarung gestellt. Wo die Regelungsform der Betriebsvereinbarung zulässig sei, könnten die Betriebsparteien auch alternativ auf eine Regelungsabrede zurückgreifen.[813] Nach dieser Lösung folgt die Kompetenz aus den Bereichen der erzwingbaren (Bsp.: § 87 BetrVG) und der freiwilligen Mitbestimmung (Bsp.: § 88 BetrVG). Weitergehend wird der Anwendungsbereich heute überwiegend auf die Gegenstände bezogen, die in die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats fallen.[814] Insofern eröffnet bereits § 80 Abs. 1 BetrVG die Kompetenz für Regelungsabreden.

Die Diskussion um die Zuständigkeit des Betriebsrats weist offensichtlich Parallelen zur Zulässigkeit von freiwilligen Betriebsvereinbarungen im Rahmen von § 111 BetrVG auf.[815] Geht man von den oben gefundenen Ergebnissen aus, spricht wenig gegen die Zulässigkeit von Standortsicherungsregelungen in Regelungsabreden.

Über die bloße Zusage des Erhalts des Standorts kann die Regelungsabrede weitere Regelungen haben, die für den Erhalt des Standorts Bedeutung haben. So könnte sich der Arbeitgeber zu einer bestimmten Modernisierungsmaßnahme oder weitergehenden Business-Entscheidung verpflichten. Eine solche Regelung erscheint problematisch, weil § 111 BetrVG nur die geplante Betriebs-

810 Vgl. *Benecke*, RdA 2020, 148 (154).
811 GK-*Kreutz*, § 77 Rn. 10.
812 BAG 28.7.2020 – 1 ABR 4/19, NZA 2020, 1548 (1549).
813 BAG 14.8.2001 – 1 AZR 744/00, NZA 2002, 342 (344); ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 139.
814 *Benecke*, RdA 2020, 148 (151); *Fitting*, § 77 Rn. 220 u. 224.
815 *Hanau*, FS Adomeit, 251 (252).

änderung in den Fokus der Zuständigkeit rückt. Geht man aber mit *Thüsing* davon aus, dass die Zuständigkeit nach § 111 BetrVG für jede denkbare Betriebsänderung eröffnet ist,[816] bereitet die Annahme einer Regelungskompetenz auf diesen Bereich wenige Probleme. Da dieser Punkt aber weder nach § 111 noch nach § 92a BetrVG erzwingbar ist, werden solche Regelungen eher der Ausnahmefall sein.

Für die herrschende Meinung besteht bei der Regelungsabrede vielmehr ein Abgrenzungsproblem, denn oftmals könnten im Bereich der bilateralen Verständigung nur eine Absichtserklärung des Arbeitgebers und kein bindender Vertrag in Betracht kommen.[817] Diese Frage wird man nur im Einzelfall lösen können, wobei es naheliegt, dass die Erklärung in aller Regel Gegenstand ausführlicher Verhandlungen gewesen ist, so dass die Einordnung über das Dokument ohne Weiteres möglich sein wird. Insbesondere wenn der Betriebsrat für die Erklärung Zugeständnisse gemacht hat, spricht dies für eine bindende Natur der Erklärung.[818]

(3) Die Regelungsabrede zugunsten Dritter

Gerade bei Standortsicherungsverträgen jenseits freiwilliger Betriebsvereinbarungen stellt sich die Frage, ob diese Regelungen zugunsten Dritter enthalten können. Zu denken ist etwa an Qualifizierungsrechte oder Zulagen.

Der 1. Senat hat die Möglichkeit einer Regelungsabrede zugunsten Dritter 1997 verneint.[819] 2017 hat der 7. Senat des BAG die Frage offengelassen.[820] 1997 argumentierte das Gericht mit der Teilrechtsfähigkeit und dem Institut der Betriebsvereinbarung. Insofern bestünde kein Bedürfnis. Zudem würde § 77 Abs. 3 BetrVG unterlaufen.

Diese Argumentation dringt jedenfalls aktuell nicht mehr durch. Es hat sich gezeigt, dass das Institut der Betriebsvereinbarung nicht immer das passende Instrument für die Betriebsparteien sein muss und allein das Bestehen von Drittinteressen sollte nicht zu einem Handlungsformzwang werden. Insofern ist auch die Teilrechtsfähigkeit kein durchdringendes Argument.[821] Es geht um die Schaffung einer vertraglichen Verpflichtung des vollrechtsfähigen Arbeitgebers im Rahmen seiner Privatautonomie und des Betriebsrats im Rahmen seiner funktionellen Zuständigkeit. Ferner begründet die überkommene

816 *Thüsing*, NZA 2008, 201 (204).
817 GK-*Kreutz*, § 77 Rn. 22.
818 Dazu oben C.IV.2.e)dd)(3).
819 BAG 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661 (663).
820 BAG 12.4.2017 – 7 AZR 446/15, NZA 2017, 1125.
821 So aber immer noch: *Benecke*, RdA 2020, 148 (153).

Rechtsprechung einen Typenzwang, der so auf der Ebene des Schuldrechts nicht angelegt ist.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass ein Großteil der Regelungen soziale und personelle Maßnahmen betreffen wird, für die der Betriebsrat ohnehin funktional zuständig ist.[822]

gg) Zwischenergebnis

Die soeben dargestellte etwas holzschnittartige Differenzierung der unterschiedlichen Vereinbarungen trifft die betriebliche Wirklichkeit nur bedingt.[823] Vielmehr ist zu beobachten, dass die Betriebsparteien sog. Standortsicherungsvereinbarungen aufnehmen und hierbei teilweise Interessenausgleich und Sozialplan einheitlich aufsetzen oder Regelungen über die Betriebsänderung mit Arbeitnehmerrechten verbinden.

Geht man von der Zulässigkeit freiwilliger Betriebsvereinbarungen aus, stellt sich das Verhältnis Interessenausgleich – Regelungsabrede – freiwillige Betriebsvereinbarung als Scheinproblem dar.[824] Entscheidend ist stets, welches Regelungsziel die Betriebsparteien anstreben. Das BetrVG enthält mit den genannten Instrumenten in aller Regel passgenaue Formen, die im unverbindlichen oder verbindlichen Bereich Lösungen ermöglichen. Welches Instrument gewählt wird, hängt von der angestrebten Regelungstiefe ab.

hh) Das Konkurrenzverhältnis zu tarifvertraglichen Regelungen

Mit Blick auf die zunehmenden tariflichen Lösungen stellt sich die Frage, ob betriebliche Lösungen neben tariflichen Lösungen bestehen können.[825]

(1) Betriebsvereinbarungen

Nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nach S. 2 nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarun-

822 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 880/11, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 62.

823 Vgl. auch: *Wolter*, RdA 2002, 218 (218); *Göpfert/Giese*, NZA 2016, 463 (463).

824 *Schmidt-Rolfes*, FS 50 Jahre BAG, 1081 (1091).

825 An dieser Stelle soll nicht weiter auf die Frage sog. dreigliedriger Standortsicherungsvereinbarungen eingegangen werden. Das BAG hat mit Urteil vom 15.4.2008 – 1 AZR 86/07 (AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 9) – betont, dass bei Abschluss eines kollektiven Normenvertrags Normqualität und Urheberschaft im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit eindeutig erkennbar sein müssen. Das Gericht hat maßgeblich mit § 77 Abs. 3 BetrVG argumentiert, so dass Vereinbarungen, die dieses diffizile System einhalten und in einem Dokument zusammenführen, durch die Rechtsprechung nicht per se ausgeschlossen sind (DKW-*Berg*, § 77 Rn. 71). Die Praxis trennt soweit erkennbar seit der Entscheidung die Normenverträge strikt.

gen ausdrücklich zulässt. Fälle des § 87 BetrVG werden von § 77 Abs. 3 BetrVG nicht erfasst.[826]

Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn sie in einem Tarifvertrag enthalten sind und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt. Tarifüblich ist eine Regelung, wenn der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen.[827] Zeitliche Geltungslücken zwischen einem abgelaufenen und einem zu erwartenden Tarifvertrag führen nicht zum Wegfall der Sperrwirkung.[828]

Von seinem Wortlaut her bezieht sich die Tarifsperre nur auf Arbeitsbedingungen. Damit wird etwa die Zusage, einen Standort nicht zu verlegen, nicht vom Wortlaut erfasst. Heute werden zwar nicht nur materielle Arbeitsbedingungen, sondern auch formelle Arbeitsbedingungen erfasst,[829] unternehmenspolitische Regelungen werden von dem Wortlaut hingegen nicht erfasst. Gleichwohl wird die Tarifsperre etwa insbesondere Kündigungsschutzklauseln und individuelle Rechte im Bereich der Qualifikation erfassen.[830]

(2) Regelungsabreden

Nach heute herrschender Meinung erfasst § 77 Abs. 3 BetrVG keine Regelungsabreden, weil sich § 77 Abs. 3 BetrVG auf den Schutz der normativen Ordnung des Tarifvertrags konzentriert.[831] Im Einzelfall kann gerade bei betrieblichen Einheitsregelungen ein Versuch vorliegen, die tarifliche Struktur zu unterlaufen. Hierauf reagiert die Rechtsprechung aber nicht mit der Anwendung des § 77 Abs. 3 BetrVG analog, sondern durch die Gewährung eines Unterlassungsanspruchs.[832]

(3) Standortsicherungsvereinbarung im System des § 77 Abs. 3 BetrVG

Geht man von diesen Grundlehren aus, stellt sich die Frage der Sperrwirkung für eine Vereinbarung über die Betriebsänderung an sich, den Interessenausgleich, nicht. Es werden keine Arbeitsbedingungen festgelegt. Schwierigkeiten werden erst dann begründet, wenn Regelungen enthalten sind, die über diese

826 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.
827 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; 13.10.2015 – 1 AZR 853/13, NZA 2016, 54 (56).
828 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 (917).
829 BAG 9.4.1991 – 1 AZR 406/90, NZA 1991, 734; ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 44.
830 Hierzu: DKW-*Däubler*, § 77 Rn. 130.
831 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887; 21. 1. 2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097.
832 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887 (890 ff.).

Inhalte hinausgehen. Im nicht-normativen Bereich kann man der Rechtsprechung des BAG zu Regelungsabreden entnehmen, dass rein schuldrechtliche Inhalte prinzipiell nicht vom Tarifvorbehalt erfasst werden.[833] Das betrifft nach der hier vertretenen Ansicht etwa Fragen der Investitionszusagen oder Qualifizierungszusagen ohne arbeitsvertragliche Inhalte.

Selbst bei individual-rechtlichen Inhalten begründet ein Tarifvertrag nicht automatisch eine Sperre. Denn nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG kann der Tarifvertrag Ergänzungen und Abweichungen[834] zulassen. Was Regelungen im Sozialplan angeht, bei denen Standortsicherung durch den Ausgleich von Nachteilen erfolgt, kommt § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG zur Anwendung und § 77 Abs. 3 BetrVG wird ausgeschlossen. Der Sozialplan kommt zur Anwendung.

In der aktuellen Entwicklung zeigt sich gerade bei Standortsicherungsvereinbarungen eine komplexere Architektur. Denn oftmals enthalten Tarifverträge eine Stärkung der Lösungen auf betrieblicher Ebene.[835] Die sog. dreigliedrigen Standortsicherungsverträge zwischen Gewerkschaften, Betriebsräten und Arbeitgebern sind hingegen seit der Entscheidung des BAG vom 15.4.2008[836] seltener geworden.

ii) Ende und Grenzen von Standortsicherungsverträgen

Standortsicherungen und bindende Lösungen haben offensichtlich eine zeitliche Dimension. In aller Regel wird es um bestimmte Zeiträume gehen. Diese können die Parteien festlegen. Ansonsten endet die Regelung mit Zweckerreichung.[837] Was in der Zwischenzeit oder danach gilt, kann hingegen unklar sein. Die Laufzeit der Vereinbarung, ihre mögliche Nachwirkung und ein mögliches Kündigungsrecht sollen daher im folgenden Abschnitt kurz erörtert werden.

833 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

834 ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 60.

835 Vgl. *https://www.bw.igm.de/tarife/tarifvertrag.html?id=99827* (Abruf: November 2021), dort ist etwa bestimmt, dass die betriebsbedingte Kündigung *der Zustimmung* des Betriebsrats bedarf (vgl. auch § 102 Abs. 5 BetrVG). Darüber hinaus wird die Position des Betriebsrats hinsichtlich der Qualifizierung während der Zeit der Kurzarbeit gestärkt.

836 BAG, NZA 2008, 1074; hierzu: *Grau/Döring*, NZA 2008, 1335; die von diesen Vereinbarungen ausgehende Legitimation der Vereinbarungen ist hingegen sehr hoch, da alle Akteure „an einem Strang ziehen". Insofern lässt sich erwägen, ob eine dreigliedrige Standortsicherung zulässig ist, wenn für die Regelungskomplexe eine doppelte Regelungszuständigkeit von Gewerkschaften und Betriebsräten besteht und die Adressaten klar erkennbar sind: in diese Richtung BAG, NZA 2020, 1121; zum Problem: DKW-*Berg*, § 77 Rn. 79 ff.

837 ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 89.

(1) Die Kündigung von Betriebsvereinbarungen

Nach § 77 Abs. 5 BetrVG können Betriebsvereinbarungen mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden. Dieses Kündigungsrecht gilt unabhängig davon, ob die Betriebsvereinbarung auf einer erzwingbaren oder einer freiwilligen Mitbestimmung basiert.[838]

Das Recht zur ordentlichen Kündigung kann jedoch durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.[839] Ob ein solcher Ausschluss vorliegt, muss durch Auslegung der Betriebsvereinbarung erfolgen. Das BAG stellt hohe Anforderungen, insbesondere bei einem konkludenten Ausschluss. Dieser muss sich aus der Betriebsvereinbarung selbst ergeben.[840] Für eine befristete Standortgarantie liegt ein solcher Ausschluss indes nahe, denn gerade bei einer Befristung ist im Zweifel die ordentliche Kündigung ausgeschlossen.[841] Nicht ausschließbar ist hingegen das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB.[842]

Gerade bei Sozialplänen war und ist die Rechtsprechung restriktiv bei der Annahme von Kündigungen, weil die Gefahr besteht, dass der Zweck des Sozialplans durch die Kündigung vereitelt wird.[843] Dieser Gedanke wird teilweise dahingehend verallgemeinert, dass Betriebsvereinbarungen, die sich auf einen konkreten Tatbestand beziehen, grundsätzlich nicht kündbar sind.[844]

(2) Die Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen

Ist die Betriebsvereinbarung abgelaufen, bleibt sie nach § 77 Abs. 6 BetrVG in Kraft. Die Nachwirkung tritt auch im Falle der ordentlichen Kündigung ein.[845]

Eine wichtige Frage ist schließlich, ob Regelungen von freiwilligen Betriebsvereinbarungen der Nachwirkung unterliegen. Die Frage ist gerade für Standortsicherungsvereinbarungen von Bedeutung, weil die Kündigung schuldrechtliche Zusagen beseitigen könnte.

Diese Frage wird von der herrschenden Meinung mit Blick auf die unterschiedliche Formulierung von § 77 Abs. 5 und § 77 Abs. 6 BetrVG verneint.[846]

---

838 BAG 21.8.1990 – 1 ABR 73/89 AP BetrVG 1972 § 77 Nachwirkung Nr. 5.
839 BAG 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575 (577).
840 BAG 21.8.2001 – 3 ABR 44/00, NZA 2002, 575 (577).
841 ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 96.
842 Zur außerordentlichen Kündigung einer befristeten Betriebsvereinbarung: BAG 29.5.1964 – 1 AZR 281/63, AP BetrVG § 59 Nr. 24.
843 BAG 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, NZA 1995, 314.
844 Richardi-*Richardi*, § 77 Rn. 214.
845 ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 102.
846 BAG 28.4.1998 – 1ABR 43/97, NZA 1998, 1348; *Roloff*, RdA 2015, 252 (254); *Ahrendt*, NZA 2011, 774 (776).

Damit ist die Frage aber nicht vollends beantwortet. Das BAG sieht die Lösung des Problems in einer Vereinbarung der Nachwirkung.[847] Dafür spricht, dass wenn sich Parteien auf eine Vereinbarung in der Sache geeinigt haben, diese Regelung auf Dauer Bestand haben soll.

(3) Die Kündigungsmöglichkeit einer Regelungsabrede und Nachwirkung

Das BAG vertritt nunmehr in ständiger Rechtsprechung, dass sofern nichts anderes vereinbart ist, eine Regelungsabrede analog § 77 Abs. 5 BetrVG kündbar ist.[848] Dieses ordentliche Kündigungsrecht mit einer Frist von drei Monaten wird flankiert von der Möglichkeit, nach § 314 BGB die Regelungsabrede außerordentlich zu kündigen.

Nicht überzeugend wäre es, an dieser Stelle andere Maßstäbe an die Annahme des Ausschlusses der Kündigung als bei der Betriebsvereinbarung anzulegen. Es mag zwar zutreffen, dass der normative Teil einer Betriebsvereinbarung ein größeres Maß an Rechtssicherheit erforderlich macht. Inwieweit aber die Kündigung in Betracht kommt oder nicht, bleibt eine Auslegungsfrage. Das gleiche gilt auch, wenn die Regelungsabrede auf einen einmaligen Tatbestand entworfen wurde. Wie bei der Betriebsvereinbarung ist dann das Kündigungsrecht grundsätzlich ausgeschlossen.

Anders als die Betriebsvereinbarung soll die Regelungsabrede nach neuerer Rechtsprechung des BAG keine Nachwirkung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG analog haben.[849] Das führt dazu, dass die Parteien einer Regelungsabrede der Fassung der Laufzeit größeres Augenmerk widmen müssen.

Denn nach dieser Rechtsprechung kann zwar das ordentliche Kündigungsrecht abbedungen werden. Eine außerordentliche Kündigung würde mangels Nachwirkung jedoch nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das gesamte Vereinbarungskonstrukt beseitigen können.[850]

(4) Die Kündigung eines Interessenausgleichs

Ist ein Interessenausgleich mit nicht bindender Natur vereinbart worden, stellt sich für die Praxis die Frage nach der Kündigung nicht. Anders sieht es aus, wenn der Interessenausgleich Bindungswirkung hat. Doch auch dann wird

847 BAG 19.2.2008 – 1 ABR 84/06, NZA 2008, 1078 (1080); gerade mit Blick auf die Kündigung vgl. auch: BAG 28.4.1998 – 1 ABR 43/97, NZA 1998, 1348 (1349).

848 BAG 23.6.1992 – 1 ABR 53/91, NZA 1992, 1098 (1099).

849 BAG 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651.

850 Zu den Perspektiven der sog. Teilkündigung: ErfK-*Kania,* BetrVG § 77 Rn. 95.

sich der Interessenausgleich in aller Regel auf einen einmaligen Tatbestand beziehen, so dass ein ordentliches Kündigungsrecht ausgeschlossen ist.

(5) Exkurs: Anwendung von § 313 BGB

Des Weiteren wird die ordentliche Kündigung aus einer anderen Perspektive heraus diskutiert. Denn bereits die Frist der drei Monate könnte dazu führen, dass ein sanierungsbedürftiges Unternehmen nicht mehr gerettet werden könnte.[851] In diesen Fällen wird ein Rückgriff auf § 313 BGB erwogen.

Die Anwendung von § 313 BGB auf Betriebsvereinbarungen ist umstritten. Allein wegen der Kündigungsmöglichkeit § 313 BGB zu sperren[852], kann nicht durchdringen. Diese Problemlage besteht bereits im allgemeinen Vertragsrecht und wird dort durch einfache Konkurrenz der Rechtsinstitute gelöst. Dementsprechend wenden das BAG und ihm folgend die wohl überwiegenden Literaturstimmen § 313 BGB auf eine Betriebsvereinbarung an.[853]

In solchen Fällen wird sich vielmehr die Frage stellen, ob die wirtschaftliche Entwicklung eine Geschäftsgrundlage werden kann, wenn die wirtschaftliche Entwicklung in Form der Betriebsänderung Teil des Geschäftswillens war. Jedenfalls führt § 313 BGB nicht per se zum Wegfall der Vereinbarung, sondern zunächst nach § 313 Abs. 1 BGB zu einem Nachverhandlungsanspruch, den der Betriebsrat bei weitergehender Existenznot auch von sich bedienen wird. Bei näherer Betrachtung geht die Rechtswirkung von § 313 Abs. 1 BGB daher nicht über das hinaus, was der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG nicht ohnehin schon verlangt.

3. Korrekturmöglichkeiten nach § 91 BetrVG

Das Beteiligungsrecht nach § 90 BetrVG wird bei Standortsicherungen nur in Ausnahmekonstellationen gegenüber § 111 BetrVG Relevanz entwickeln. Eine allzu große Bedeutung hat § 91 BetrVG in der Praxis bislang nicht erlangt. Raum bleibt dort, wo die Anforderungen der Regelbeispiele des § 111 S. 3 BetrVG nicht erreicht werden, oder bei Veränderungen, aus denen keine wesentlichen Nachteile für Arbeitnehmer entstehen können.

Nach einer Umstrukturierung kann § 91 BetrVG Bedeutung erlangen. Werden die Arbeitnehmer durch Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich

851 *Von Steinau-Steinrück/Mosch*, NJW-Spezial 2009, 210 (210).

852 In diese Richtung aber: Richardi-*Richardi*, § 77 Rn. 211.

853 BAG 28.8.1996 – 10 AZR 886/95, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 104; *Oberthür* in: Oberthür/Seitz, A. VIII. Rn. 15.

widersprechen, in besonderer Weise belastet, so kann der Betriebsrat angemessene Maßnahmen zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich der Belastung, notfalls durchsetzbar über die Einigungsstelle, verlangen.

§ 91 BetrVG soll zwar vorrangig § 90 BetrVG ergänzen. Das führt aber nicht dazu, dass die Norm im Anwendungsbereich von § 111 BetrVG gesperrt ist. Vielmehr bestehen bereits die Beteiligungsrechte nach § 90 BetrVG und § 111 BetrVG gleichberechtigt nebeneinander.[854] § 91 BetrVG hat die Aufgabe, getroffene Ergebnisse zu korrigieren, wenn sie arbeitsschutzwidrig sind. Daher schadet eine vorherige Zustimmung des Betriebsrats zu einer Umstrukturierung im Rahmen eines Interessenausgleichs nicht, wenn sich herausgestellt, dass diese unter den Tatbestand des § 91 BetrVG fällt. Der Betriebsrat kann dann das Verfahren nach § 91 BetrVG betreiben.[855]

4. Die Förderung der Berufsbildung nach §§ 96 und 97 BetrVG

Die Stärkung der Weiterbildung kommt insbesondere im Beteiligungsrecht nach §§ 96, 97 BetrVG zum Ausdruck. Für die reagierende Standortsicherung kann § 97 Abs. 2 BetrVG Bedeutung gewinnen. Während § 97 Abs. 1 BetrVG auf die Implementation von Einrichtungen für betriebliche Bildung gerichtet ist, reagiert § 97 Abs. 2 BetrVG darauf, dass ein Arbeitgeber Maßnahmen plant oder durchführt, die dazu führen, dass sich die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert und ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen. In diesem Fall hat der Betriebsrat bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung mitzubestimmen. § 97 Abs. 2 BetrVG reagiert daher auf einen drohenden Qualifizierungsverlust.[856] Der Anwendungsbereich ist weiter als der von § 111 BetrVG.[857]

5. Personelle Einzelmaßnahmen und Standortsicherung (Überblick)

Eine Standortsicherung wird in aller Regel von personellen Einzelmaßnahmen begleitet. Als besonders relevant sticht die Versetzung hervor. Gemäß § 95 Abs. 3 BetrVG ist eine Versetzung die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder die mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Die unterschiedlichen Facetten der Versetzung sollen an

854 Richardi-*Annuß*, § 111 Rn. 142; zum Verhältnis zu § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG: ErfK-*Kania,* BetrVG § 91 Rn. 1.

855 DKW-*Wankel*, § 91 Rn. 2; Richardi-*Annuß* § 91 Rn. 32 mit Hinweisen auf die in der älteren Literatur vertretene Gegenmeinung.

856 ErfK-*Kania,* BetrVG § 97 Rn. 6.

857 DKW-*Buschmann*, § 97 Rn. 11.

dieser Stelle nicht weiter diskutiert werden.[858] Versetzungen jedweder Form haben Bedeutung für die Standortsicherung.

Im Kontext der Standortsicherung kann das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats Bedeutung gewinnen. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung u.a. nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn die Versetzung gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung verstößt. Kam es im Vorfeld der Versetzung im Kontext einer Entscheidung über einen Standort zu einer Einigung auf der tariflichen oder betrieblichen Ebene, kann der Betriebsrat daher seine Zustimmung verweigern, wenn die Versetzung gegen einen Tarifvertrag oder gegen eine Betriebsvereinbarung verstößt, die personelle Umgestaltungen verhindern sollte.

Das BAG hat 2019 entschieden, dass § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG keine Anwendung auf Regelungsabreden finden soll.[859] Das ist im System der genannten Rechtsquellen durchaus nachvollziehbar. Eine Normwirkung kommt der Regelungsabrede gerade nicht zu. Das BAG hat es aber unterlassen, einen Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG zu prüfen. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass die personelle Maßnahme als solche gegen den Geist der Regelungsabrede verstößt. Das gilt insbesondere dann, wenn die Betriebsparteien anstelle einer Betriebsvereinbarung auf eine Regelungsabrede zurückgreifen. In diesem Fall darf die Einhaltung der Vereinbarung nicht von der Rechtsnormqualität abhängen. Entscheidend muss vielmehr der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit sein, der sich auch auf die Einhaltung von Vereinbarungen bezieht. In diese Systematik fügt sich dann auch § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG ein.

Zudem kann der Betriebsrat seine Zustimmung verweigern, wenn § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG relevant wird. Dieser Tatbestand setzt die durch Tatsachen begründete Besorgnis voraus, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Den von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer schützt § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG.

858 Vgl. den Überblick bei Düwell-*Kreuder/Matthiessen*, § 99 Rn. 42 ff.

859 BAG 13.8.2019 – 1 ABR 10/18, NZA 2019, 1651 (1653 f.) auch gegen eine Analogie.

V. Initiativen für eine Standortsicherung

Neben reagierender Beteiligung kann der Betriebsrat nach der Betriebsverfassung auch die Initiative für die Standortsichersicherung ergreifen.

1. Kein Initiativrecht bei § 111 BetrVG

Die Betriebsverfassung und die Konstanz der Betriebsverfassung im Betrieb sind Ausdruck der Teilhabe der Arbeitnehmerschaft an Arbeitgeberentscheidungen, die bei bestehenden betrieblichen Strukturen anfallen. Gleichwohl besteht bei § 111 BetrVG kein Initiativrecht.[860] Das Beteiligungsrecht knüpft an der Planung des Arbeitgebers hinsichtlich einer Betriebsänderung an.

2. Das Arbeitskampfverbot und die Einigungsstelle

Für den Betriebsrat besteht nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG ein Arbeitskampfverbot. Dieses Verbot bezieht sich insbesondere auf das „Erkämpfen" von Betriebsvereinbarungen über betriebliche Themen in den sozialen, persönlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten.[861] Der Wortlaut des § 74 Abs. 2 BetrVG ist weitreichend und bezieht sich darüber hinaus auch auf Regelungsabreden und die Vereinbarungen i.S.v. § 112 BetrVG.[862]

Als Konsequenz aus dem Arbeitskampfverbot stellt das BetrVG dem Betriebsrat das Verfahren vor der Einigungsstelle zur Verfügung. Dieses Verfahren steht allerdings nicht immer offen. Gemäß § 76 Abs. 1 BetrVG kann eine Einigungsstelle grundsätzlich nur im Bedarfsfall eingesetzt werden und ist außerhalb spezieller gesetzlicher Vorgaben von der beiderseitigen Zustimmung abhängig.

Nur im Fall eines Initiativrechts besteht die Befugnis des Betriebsrats eine Regelungsfrage anzustoßen und notfalls von der Einigungsstelle in Form einer Betriebsvereinbarung überführen zu können. Damit ist der Betriebsrat bei den Mitwirkungsrechten jenseits der Mitbestimmungsrechte i.e.S. auf die Zustimmung des Arbeitgebers oder gesetzliche Hilfe angewiesen.

3. Auswahlrichtlinien

In Betrieben mit über 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat u.a. die Aufstellung von Richtlinien über die bei Versetzungen und Kündigungen zu beachtenden fachlichen und persönlichen Voraussetzungen und sozialen Gesichts-

860 *Molkenbur/Schulte,* DB 1995, 269 (269).

861 Vgl. hierzu: BAG 30.8.1994 – 1 ABR 10/94, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 132; DKW-*Berg*, § 74 Rn. 16.

862 Umfassende Friedenspflicht: ErfK-*Kania,* BetrVG § 74 Rn. 9.

punkte verlangen und diese gegebenenfalls über die Einigungsstelle durchsetzen (§ 95 Abs. 2 BetrVG). § 95 BetrVG bezieht sich zwar auf Grundsätze für eine personelle Einzelmaßnahme. Es bestehen aber keine Bedenken, personelle Einzelmaßnahmen in den Kontext größerer Umstrukturierungen zu rücken. Diesen Prozess kann § 95 BetrVG ebenso begleiten. Insofern bietet das Initiativrecht dem Betriebsrat die Möglichkeit, im Vorfeld Voraussetzungen festzulegen.[863]

4. Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG

Nach § 92a BetrVG kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen. Die Norm wurde im Zuge der Reform von 2001 in das BetrVG eingeführt und konkretisiert die allgemeine Aufgabe der Beschäftigungssicherung nach § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG.[864] Da diese Aufgabe auch wirtschaftliche Fragen beinhalten kann, tritt § 92a BetrVG für die Standortsicherung neben die §§ 111 ff. BetrVG.[865]

a) Der Inhalt des Vorschlagsrechts

Das Vorschlagsrecht ist auf die Beschäftigungssicherung und die Beschäftigungsförderung gerichtet. Beide Bereiche werden im Folgesatz beispielhaft auf bestimmte Maßnahmen konkretisiert. Bemerkenswert an der beispielhaften, nicht abschließenden[866] Aufzählung möglicher Vorschläge ist, dass hier eine ganze Reihe von zentralen Unternehmerentscheidungen wiedergegeben wird. Nach der Gesetzesbegründung ist das Vorschlagsrecht umfassend.[867]

Der Begriff der Beschäftigungssicherung ist auf den Erhalt der Arbeitsplätze per se und die Vermeidung von Kündigungen gerichtet.[868] Nicht ganz klar ist, ob es auch um den Erhalt des Status quo der Arbeitsbedingungen geht. Bereits aus dem Zusammenspiel von § 1 und § 2 KSchG lässt sich aber folgern, dass Bestandsschutz und Inhaltsschutz zusammen realisiert werden müssen.

Beschäftigungsförderung hingegen ist auf die Arbeitsbedingungen gerichtet. Es geht um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen. Von der herrschenden Meinung wird darüber hinaus aus S. 2 gefolgert, dass der Betriebsrat auch die Schaffung neuer Arbeitsplätze vorschlagen kann.[869] Ausweislich der Gesetzesbegründung führt kein Weg an dieser Dimension vorbei. Der Gesetzgeber

863 Deshalb kritisch: ErfK-*Kania,* BetrVG § 95 Rn. 4; zur Bedeutung von § 95 BetrVG bei der Gestaltung von unternehmerischen Entscheidungen: DKW-*Klebe* § 95 Rn. 2.
864 *Göpfert/Giese*, NZA 2016, 463 (463); ErfK-*Kania,* BetrVG § 92a Rn. 1.
865 *Nebe*, AuR 2014, 51 (57); DKW-*Däubler*, § 92a Rn. 3.
866 BT-Drs. 14/5741 S. 49; *Körner*, NZA 2006, 573 (575); *Göpfert/Giese*, NZA 2016, 463 (463).
867 BT-Drs. 14/5741 S. 49.
868 DKW-*Däubler*, § 92a Rn.5; GK-*Raab*, § 92a Rn. 10.
869 Vgl. die Nachweise bei: GK-*Raab*, § 92a Rn. 11.

sprach davon, dass Beschäftigungsförderung auch zum Ausbau der Beschäftigung beitragen soll.[870]

Die Verwendung des Tatbestandsmerkmal „zur" wird nicht eng interpretiert. Vorschläge des Betriebsrats müssen zumindest auf eines dieser beiden Ziele ausgerichtet sein.[871] Es genügt nach allgemeiner Ansicht, wenn die Vorschläge der Beschäftigungssicherung oder Beschäftigungsförderung *dienen*.[872] D.h., die Vorschläge müssen mindestens einen Bezug zur Beschäftigungssicherung oder Beschäftigungsförderung haben.[873] Weitergehende Ziele wie die Einflussnahme auf die Entwicklung des Unternehmens schaden dem Beteiligungsrecht nicht.

b) Das Vorschlagsrecht

Ein Vorschlagsrecht ist ein Initiativrecht geringerer Rechtsmacht. Es ermöglicht dem Betriebsrat, die Initiative für die Beschäftigungssicherung zu ergreifen. Er kann diese Maßnahmen hingegen nicht erzwingen. Für sich genommen begründet § 92a BetrVG kein Mitbestimmungsrecht i.e.S.[874]

§ 92a BetrVG hat im Ausgangspunkt einen über-individuellen Charakter. Das Mitwirkungsrecht ist auf die Sicherung und Stärkung der Beschäftigung im Betrieb ausgelegt. Der Betriebsrat soll strukturelle Maßnahmen vorschlagen dürfen. Mit dem Charakter als umfassendem Vorschlagsrecht verträgt es sich aber nicht, individuell wirkende Maßnahmen auszublenden.

Ein Vorschlag kann jederzeit gemacht werden. Es gibt keine Sperrzeit, nach einem Vorschlag einen anderen Vorschlag zu machen. Aus § 92a BetrVG lässt sich darüber hinaus folgern, dass ein Vorschlag keiner Form bedarf.[875]

c) Die Beratungspflicht

Dem Vorschlag folgt eine Beratungspflicht des Arbeitgebers nach § 92a Abs. 2 S. 1 BetrVG, die in formaler Hinsicht abgestuft nach Betriebsgröße erfolgt: Hält der Arbeitgeber die Vorschläge des Betriebsrats für ungeeignet, hat er dies zu begründen; in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern erfolgt die Begründung schriftlich.[876] Zustimmungen zu den Vorschlägen können daher

870 BT-Drs. 14/5741 S. 29.

871 Henssler/Willemsen/Kalb-*Ricken*, § 92a BetrVG Rn. 2.

872 GK-*Raab*, § 92a Rn. 8.

873 GK-*Raab*, § 92a Rn. 8.

874 LAG Hamm, Beschluss vom 20.3.2009 – 10 TaBV 17/09, BeckRS 2009, 73750; *Kania*, NZA 2020, 846 (847).

875 DKW-*Däubler*, § 92a Rn. 14; GK-*Raab*, § 92a Rn. 14.

876 Entgegen *Bauer*, NZA 2001, 375 (378), spricht einiges dafür, dass es nicht auf die Regelstärke ankommt, sondern auf die Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt der Beratung.

grundsätzlich mündlich erfolgen, es sei denn, sie sollen in rechtsverbindliche Einigungen überführt werden.

Wann die Beratung stattfinden soll, dazu sagt § 92a BetrVG nichts. Insbesondere fehlen Tatbestandsmerkmale wie *rechtzeitig* oder *zeitnah*. Es würde allerdings dem Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts widersprechen, wenn der Arbeitgeber Vorschläge einfach aussitzen könnte. Vielmehr ist auf § 271 BGB (analog) abzustellen. Danach wird eine Schuld sofort fällig. Gegenüber anderen Beteiligungsrechten enthält § 92a Abs. 2 BetrVG somit eine Tempoverschärfung, die der Bedeutung der Beschäftigungssicherung Rechnung trägt.

Die Art und Weise der Beratung richtet sich nach den Vorschlägen. Ausweislich der Gesetzesbegründung erwartet der Gesetzgeber, dass sich der Arbeitgeber *intensiv* mit den Vorschlägen auseinandersetzt.[877] Diese Vorgabe findet seine Entsprechung in § 74 Abs. 1 S. 1 BetrVG.[878]

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber Vorschläge des Betriebsrats mit schriftlich begründeten Ablehnungsschreiben schlicht „begraben" könne.[879] Das wird dem Sinn und Zweck des Rechts nicht gerecht. Der Pflichtenkanon ist vorgelagert auf eine Beratung mit dem Betriebsrat gerichtet. Ein Problem besteht vielmehr darin, was gilt, wenn der Arbeitgeber keine oder sachlich unrichtige Argumente ins Feld führt. Das Begründungserfordernis wäre inhaltlich entleert, wenn der Arbeitgeber Scheinargumente vorbringen darf. Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit die Argumente subjektiv determiniert sind.[880] In der Literatur wird vertreten, dass grundsätzlich die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers entscheiden soll. Eingeschränkt wird diese Ansicht lediglich über eine Forderung nach Verständlichkeit. Insofern müssten die tragenden Gründe ersichtlich werden.[881] Lässt sich hieraus folgern, dass die Begründung nur vorgeschoben ist, ist das Beteiligungsrecht nicht erfüllt.

Weiterhin erscheint problematisch, worauf sich die Begründungspflicht bezieht. Nach *Rieble* bezieht sich diese nicht auf die unternehmerische Erwägung, sondern allein auf die fehlende Wirkung für die Beschäftigung.[882] Diese These begegnet Bedenken. Oftmals wird eine Trennung der Themenbereiche nicht möglich sein. Denn je nach Perspektive werden bestimmte wirtschaftliche Fragestellungen mehr oder weniger für die Beschäftigung von Bedeutung

877 BT-Drs. 14/5741 S. 29.
878 GK-*Raab*, § 92a Rn. 17; DKW-*Däubler*, § 92a Rn. 14.
879 *Kania*, NZA 2020, 846 (847).
880 *Ricken* in: Henssler/Willemsen/Kalb, § 92a BetrVG Rn. 7.
881 *Löwisch*, BB 2001, 1790.
882 *Rieble*, NZA 2004, 1029 (1031).

sein. Ein nachhaltiger Dialog über Beschäftigungssicherung muss daher bei den wirtschaftlichen Fragen anfangen.

Schlägt der Betriebsrat die gleiche Maßnahme später wieder vor, muss sich der Arbeitgeber wieder mit dem Vorschlag befassen. In der Literatur wird zwar darauf hingewiesen, dass die Beratungspflicht erfüllt ist. Das wird dem Wesen des Beteiligungsrechts aus § 92a BetrVG nur eingeschränkt gerecht. Im Ausgangspunkt löst das Beratungsrecht ein rein formeller Akt aus: der Vorschlag. Im Einzelfall kann dem Vorschlag lediglich § 2 Abs. 1 BetrVG bzw. Treu und Glauben entgegenstehen, wenn sich im Vergleich zu vorangegangenen Verhandlungen nichts geändert hat.[883]

d) Vereinbarungen über Strategien zur Beschäftigungssicherung

Immer noch nicht geklärt ist, ob das Beratungsrecht in Vereinbarungen münden kann, und wenn ja, in welchen.

Die erste Frage wird überwiegend bejaht. Dass sich Betriebsrat und Arbeitgeber über die vorgeschlagene Maßnahme verständigen können, ist in § 92a BetrVG angelegt.[884] Es muss dem Betriebsrat möglich sein, den Arbeitgeber zu überzeugen. Davon zu trennen ist gewiss, dass sich die Reaktion des Arbeitgebers auf eine bloße unverbindliche Absichtserklärung beschränken kann.[885] Außer mit guten Argumenten kann der Betriebsrat § 92a BetrVG nicht in Richtung einer Vereinbarung hinwirken.[886] Es besteht kein Einigungszwang.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, welche Vereinbarungen geschlossen werden *können*. Im Ausgangspunkt liegt es nahe, dass § 92a BetrVG zu einer Planung einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG führen kann. Da bereits informiert und beraten wurde, wäre das logische Ergebnis dieser Beratungen ein Interessenausgleich i.S.v. § 112 BetrVG.

Nach der Systematik ist der Interessenausgleich mit einer bestimmten Betriebsänderung verbunden. Es mag Fälle geben, in denen es gerade nicht um eine Änderung des Betriebs geht; in diesen Fällen greift das System der §§ 111–113 BetrVG nicht ein und Regelungslösungen in Form von freiwilligen Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden kommen in Betracht.[887]

883 Richardi-*Thüsing*, § 92a Rn. 13; a.A. GK-*Raab*, § 92a Rn. 21.
884 *Göpfert/Giese*, NZA 2016, 463 (465).
885 DKW-*Däubler*, § 92a Rn. 17.
886 *Reichold*, NZA 2003, 289 (297).
887 Düwell-*Schulze/Doll*, § 92a Rn. 19.

Für Regelungsabreden und Betriebsvereinbarungen wird von der herrschenden Meinung die funktionale Zuständigkeit unmittelbar aus § 92a BetrVG entnommen und insbesondere auch auf unternehmerische Entscheidungen bezogen.[888] Von der Gegenansicht wird vertreten, dass § 92a BetrVG keine eigene funktionale Zuständigkeit begründen soll und die Zulässigkeit von freiwilligen Betriebsvereinbarungen im (rein) wirtschaftlichen Bereich unzulässig ist.[889] Das soll insbesondere bei unternehmerischen Maßnahmen wie der Ausgliederung von Arbeit oder ihre Vergabe an andere Unternehmen oder der Festlegung des Produktions- und Investitionsprogramms gelten.[890]

Nach den oben dargestellten Grundsätzen kommt auch eine freiwillige Betriebsvereinbarung in wirtschaftlichen Angelegenheiten in Betracht. Speziell im Anwendungsbereich des § 92a BetrVG wäre es widersinnig, eine Beratungspflicht zu begründen, aber dann bei dieser stehen zu bleiben und sogar im Extremfall gegen den Willen des Arbeitgebers eine freiwillige Betriebsvereinbarung auszuschließen. Das gilt jedenfalls für Regelungsabreden.

Nicht überzeugend ist es, der Gesetzesbegründung, die explizit den Bereich der Unternehmensführung hervorhebt und in den Kontext der Betriebsratsarbeit rückt,[891] mangels eindeutiger Aussage keine Bedeutung beizumessen.[892] Diese gesetzgeberische Aussage ist eine wichtige Klarstellung der funktionalen Zuständigkeit des Betriebsrats, die nicht eng ausgelegt werden sollte.

5. Best-Owner-Vereinbarungen

Bereits zum europäischen Recht wurde herausgearbeitet, dass die Übertragung eines Betriebs- oder Betriebsteils Relevanz für die kollektiven Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben kann.

Geht der Inhaberwechsel nicht mit einer Betriebsänderung einher, ist das deutsche Recht von einem vergleichsweise komplexen Modell gekennzeichnet. Danach gehen die bestehenden kollektiven Vereinbarungen entweder originär kollektiv-rechtlich oder nach § 613a Abs. 1 BGB auf den Erwerber über[893] und folgende Entscheidungen des Erwerbers können Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösen.

888 DKW-*Däubler*, § 92a Rn. 17.
889 Löwisch/Kaiser/Klumpp-*Dahm*, § 92a Rn. 9; *Löwisch*, BB 2001, 1790 (1794).
890 *Löwisch*, BB 2001, 1790 (1794).
891 BT-Drs. S. 3 u. 32.
892 So wohl *Bauer*, NZA 2001, 375 (378).
893 ErfK-*Preis*, BGB § 613a Rn. 112 ff.

Diese Lösung wird jedoch den Interessen bei Betriebsübergang nicht immer gerecht. Bereits in dieser Konstellation können Betriebsrat, Veräußerer und Erwerber eine Vereinbarung schließen, die oftmals als Best-Owner-Agreement oder Best-Owner-Vereinbarung umschrieben[894] wird und inhaltlich viele Schnittmengen mit Standortsicherungsvereinbarungen hat. Oftmals gehen Best-Owner-Vereinbarungen über eine bloße Standortsicherung hinaus und beziehen sich auch auf bestimmte Arbeitsstandards oder ein Bekenntnis zur Tarifbindung per se.

Die Bedeutung solcher Vereinbarungen darf nicht unterschätzt werden. Durch die breit angelegte Zustimmung der Arbeitnehmervertreter wird die Veräußerung des Betriebs auf eine profunde Legitimationsbasis gestellt und gerade für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besser akzeptierbar. In diesen Fällen erfolgt die Übertragung nicht über ihre Köpfe hinweg. Vielmehr werden sie eingebunden und können gestaltend tätig werden.

Eine Best-Owner-Vereinbarung kann viele Gestalten annehmen. Auf der betrieblichen Ebene kommt wiederum eine Kombination aus Regelungsabrede und freiwilliger Betriebsvereinbarung in Betracht, die durch jeweils tangierte Beteiligungsrechte nach dem BetrVG aufgewertet werden kann.

Dagegen, dass sich der Betriebsrat frühzeitig mit dem neuen Inhaber des Betriebs berät, sprechen keine Bedenken. Schwierigkeiten kann die Vereinbarung haben, weil mangels aktueller Betriebsinhaberschaft noch die Legitimation des neuen Arbeitgebers für die Vereinbarung fehlen könnte und insofern die Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats auch einer Vereinbarung entgegenstehen könnte. Die kollektiv-rechtliche Fortgeltung der Betriebsvereinbarungen deutet jedoch eine funktionale Zuständigkeit bereits vor Erwerb des Betriebs an. Auch die Gesamtschuldnerschaft in § 613a Abs. 2 BGB deutet in diese Richtung. In letzter Konsequenz fällt dieses Problem nicht sonderlich ins Gewicht. Erwerber und Veräußerer werden in aller Regel einen Vertrag aufsetzen, zu dessen Inhalt der Betriebsrat nach § 92a BetrVG im Rahmen der Beschäftigungsförderung Vorschläge machen kann. Vertragspartei muss der Betriebsrat also nicht zwangsläufig sein, um ein Mitwirkungsrecht zu realisieren.

894 Vgl. etwa FD-ArbR 2014, 356784; vgl. auch *https://www.igmetall.de/im-betrieb/betriebsrat-glaettet-wogen (Abruf: Februar 2022)*.

D. Die Durchsetzung von Standortsicherungskonzepten

Das BetrVG verfolgt eine differenzierte Strategie hinsichtlich der Durchsetzung von Standortsicherungskonzepten.

I. Öffentlich-rechtliche Lösungen

Neben Leistungen der Arbeitsförderung zur Unterstützung von Umstrukturierungen kennt das BetrVG auch drastische Maßnahmen. So sieht § 121 Abs. 1 BetrVG einen Ordnungswidrigkeiten-Katalog für die Verletzung der Informationsrechte des Betriebsrats vor, der insbesondere auch die §§ 90 und 111 BetrVG aufzählt. Dadurch, dass § 121 Abs. 2 BetrVG allerdings die Geldbuße bei 10.000 Euro deckelt, trägt diese Norm nur eingeschränkt zur Durchsetzung der Rechte des Betriebsrats bei.[895]

In der Theorie sollte daher der Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG größere Bedeutung erlangen. Die Norm stellt das Behindern der Tätigkeit des Betriebsrats unter Strafe. Anders als bei § 78 BetrVG wird auch das Nichtbeteiligen von der Norm erfasst[896] und kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr geahndet werden. § 119 BetrVG hat jedoch bislang ebenfalls keine praktische Bedeutung erlangt. Das Erfordernis eines Strafantrags durch den Betriebsrat wirkt angesichts des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit sehr abschreckend und dürfte nur im Extremfall ein Mittel der Wahl darstellen.

II. Die Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten i.e.S.

Für das Thema Standortsicherung hat § 87 BetrVG eine überschaubare Bedeutung, daher soll die Durchsetzung nur kurz erläutert werden. Inhaltlich besteht die Möglichkeit, über die Einigungsstelle gemeinsame Lösungen für die mitbestimmungspflichtige Maßnahme zu finden.

---

895 Richardi-*Annuß*, § 119 Rn. 2.

896 Zur Bedeutung des Wortlauts: *Klocke,* S. 280.

Als Schutzrecht bejaht das BAG im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG einen Unterlassungsanspruch aus §§ 87, 2 BetrVG. Der Anspruch folgt nach Ansicht des BAG aus dem Betriebsverhältnis, welches es gebietet, auf die gegenseitigen Rechte Rücksicht zu nehmen.[897] Diese Rechtsprechung ist nunmehr ständige Rechtsprechung und entspricht auch der herrschenden Meinung in der Literatur.[898] Damit sind die Themen des § 87 BetrVG stark gegenüber einer einseitigen Regelung geschützt.

Mit Blick auf Standortsicherungskonzepte fällt hingegen die fragmentarische Schutzwirkung des Regelungsbereichs der sozialen Angelegenheiten schwer ins Gewicht. Es kann allerdings zu thematischen Überschneidungen kommen, die die Frage nach der Reichweite des paritätischen Unterlassungsanspruchs aufwerfen. So hatte das LAG Schleswig-Holstein 2021 einen Fall zu entscheiden, in dem die Verlegung einer mechanisierten Zustellbasis unter Hinweis auf die unterbliebene Gefährdungsbeurteilung (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG) verhindert werden sollte.[899] Das LAG bejahte das Recht auf Gefährdungsbeurteilung, verneinte jedoch einen Anspruch aus § 87 BetrVG mit überkommener Begründung. Die Behörden seien zuständig, die Maßnahme sei unwirksam und die Einigungsstelle solle das Problem lösen. All diese Argumente sind in der Argumentation des BAG für einen Unterlassungsanspruch aufgegangen.[900] Korrekterweise hätte das Gericht nach der Reichweite des Anspruchs fragen müssen. Der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG impliziert nicht nur Schutz für die einzelnen Arbeitnehmer, sondern auch einen allgemeinen Schutz über die Arbeitsplatzgestaltung. Bis die Mitbestimmung den Anforderungen des Arbeitsschutzrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG entspricht, darf auf den Arbeitsplätzen niemand beschäftigt werden. Ob damit auch die Verlegung des Betriebs verhindert werden kann, erscheint hingegen fraglich. Die Frage nach der Gefährdungsbeurteilung stellt sich so oder so.

III. Die Durchsetzung der Informations- und Beratungsrechte

Die Standortsicherung durch den Betriebsrat hat dementsprechend ihren Sitz in erster Linie in den Mitwirkungsrechten der §§ 92a, 111 BetrVG, flankiert von §§ 99, 97, 95, 91 BetrVG und im Einzelfall von § 87 BetrVG sowie § 17

897 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 23.
898 Vgl. ErfK-*Kania*, BetrVG § 87 Rn. 138; DKW-*Klebe*, § 87 Rn. 392; Düwell-*Kohte*, § 87 Rn. 159.
899 LAG Schleswig-Holstein 12.1.2021 – 1 TaBVGa 4/20 = juris.
900 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 23.

KSchG. Somit wird die Durchsetzung dieser Beteiligungsrechte oftmals in den Mittelpunkt rücken.

1. Die Klagbarkeit der Informations- und Beratungsrechte

Die Informations- und Beratungsrechte des Betriebsrats müssen einklagbar sein. Dies war vor Erlass der Richtlinie 2002/14/EG ganz herrschende Meinung und wird nunmehr durch Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie als Rahmenvorgabe unterstrichen.[901]

Eine erfolgreiche Betriebsratsarbeit knüpft an einer ausreichenden Information an. Das BetrVG selbst verlangt, dass die Information umfassend erfolgt. Umfassend ist die Unterrichtung, wenn sich der Betriebsrat ein vollständiges Bild von der geplanten Maßnahme und deren Auswirkungen machen kann.[902] Das BAG geht sogar so weit, die Informationen auf die eigenen Vorstellungen des Betriebsrats über die Betriebsänderung zu entwerfen.[903] Das überzeugt. Denn dem Konzept der §§ 111–113 BetrVG ist zu entnehmen, dass der Betriebsrat eigene Vorschläge machen kann. Die Grundlage dieser ist die Information durch den Arbeitgeber.

Das Informationsrecht nach § 111 BetrVG wird durch die Inhalte des § 80 Abs. 2 BetrVG ergänzt. § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG stellt klar, dass der Betriebsrat die Information als Unterlagen erhält und dass der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG erforderlichenfalls auf sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zurückgreifen kann. Weitergehend sieht § 80 Abs. 3 BetrVG vor, nach näherer Vereinbarung Sachverständige hinzuziehen zu können.

Das Beratungsrecht nach § 111 BetrVG verlangt, dass Betriebsrat und Arbeitgeber die geplante Maßnahme mit dem ernsthaften Willen, zu einer Übereinkunft zu gelangen, diskutieren.[904]

2. Verhandlungen und das Einigungsstellenverfahren nach § 112 BetrVG

Wichtiger im Konzept der Standortsicherung ist aber § 112 Abs. 2 S. 2 BetrVG. Nach dieser Norm kommt ein Einigungsstellenverfahren sowohl für den Interessenausgleich als auch für den Sozialplan in Betracht.

---

901 *Weber* in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 2002/14/EG Art. 8 Rn. 6; Düwell-*Kohte*, RL 2002/14/EG Rn. 43 f; kritisch zu § 92a BetrVG: *Körner*, NZA 2006, 573 (575).

902 *Fitting* § 111 Rn. 111; ErfK-*Kania*, BetrVG § 111 Rn. 23.

903 BAG 30.3.2004 – 1 AZR 7/03, NZA 2004, 931 (933).

904 DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 165.

Das Verfahren ist für beide Verhandlungsresultate unterschiedlich. Der Sozialplan ist Gegenstand erzwingbarer Mitbestimmung (§ 112 Abs. 4 BetrVG). Der Interessenausgleich wird durch das BetrVG hingegen einschränkt. Nach § 112 Abs. 3 BetrVG hat die Einigungsstelle eine Einigung zu versuchen.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an einen Versuch sind hoch.[905] Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat rechtzeitig sowie umfassend unterrichten und die Frage mit dem ernsthaften Willen zu einer Verständigung über die geplante Betriebsstilllegung beraten. Dazu muss er sich mit den vom Betriebsrat vorgeschlagenen Alternativen zu der geplanten Betriebsänderung befassen und argumentativ auseinandersetzen. Können sich die Betriebsparteien nicht auf einen Interessenausgleich verständigen, muss der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen. Scheitern die Verhandlungen liegt ein Versuch nur dann vor, wenn die Einigungsstelle das Scheitern der Interessenausgleichsverhandlungen durch einen förmlichen Beschluss feststellt. Einen verbindlichen Spruch hinsichtlich des Interessenausgleichs kann der Betriebsrat hingegen nicht über die Einigungsstelle erzwingen.

3. Der Schutz des Verhandlungsergebnisses nach § 113 Abs. 1 BetrVG

Kommt es zu einer Einigung über den Interessenausgleich, sichert § 113 Abs. 1 BetrVG diese Einigung ab. Nach dieser Norm erhalten Arbeitnehmer, die infolge dieser Abweichung entlassen werden, eine Abfindung, wenn der Unternehmer von einem Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung ohne zwingenden Grund abweicht. Das BAG hat zu diesem Tatbestand 1989 Stellung genommen und hohe Anforderungen gestellt. Ob ein zwingender Grund vorliegt, müsse sich aus den Umständen des einzelnen Falles ergeben. Ein zwingender Grund sei mehr als ein wichtiger Grund. Vom Standpunkt eines verantwortungsbewussten Unternehmers dürfe dieser eigentlich nicht anders handeln, als die Maßnahme entgegen der getroffenen Vereinbarung vorzunehmen.[906]

4. Der Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG

§ 113 Abs. 3 BetrVG verlagert dieses Konzept dann zeitlich nach vorne. An den fehlenden Versuch der Einigung knüpft § 113 Abs. 3 BetrVG die Rechtsfolgen nach §§ 113 Abs. 1 (Abfindungen) und § 113 Abs. 2 BetrVG (Ausgleich anderer wirtschaftlicher Nachteile). Nach der Rechtsprechung des BAG dient der Anspruch aus § 113 Abs. 3 BetrVG vornehmlich der Sicherung des Verhandlungs-

905 BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175 (181).

906 BAG 3.10.1989 – 1 AZR 606/88, BeckRS 1989, 30895600; so auch die h.L.: *Fitting*, § 113 Rn. 8.

anspruchs aus § 111 BetrVG;[907] der Schutz der Interessen der Arbeitnehmer ist eine mittelbare Konsequenz.

5. Der verfahrenssichernde Unterlassungsanspruch

Die begrenze Wirkung des paritätischen Unterlassungsanspruchs für die Standortsicherung leitet zu der Frage des sog. verfahrenssichernden Unterlassungsanspruchs über. Anders als beim paritätischen Unterlassungsanspruch sichert dieser Unterlassungsanspruch nicht die gemeinsame Regelungskompetenz der Betriebsparteien, sondern die ordnungsgemäße Durchführung der Beteiligungsverfahren.

a) Der Anspruch aus § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG analog

Der verfahrenssichernde Unterlassungsanspruch ist vom paritätischen Unterlassungsanspruch streng zu trennen. Der ist allein auf die Aufrechterhaltung der Beteiligungssituation gerichtet und endet, wenn das Beteiligungsrecht ordnungsgemäß erfüllt wurde. Anders als beim paritätischen Unterlassungsanspruch verbleibt dem Arbeitgeber somit die Letztentscheidungsbefugnis.[908] Entscheidendes Argument für die Verhältnismäßigkeit dieses Anspruchs ist, dass der Arbeitgeber durch schlichte Normbefolgung den Eingriff in seine Unternehmerfreiheit abwehren kann.

Als Anspruchsgrundlage bietet sich § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG analog an. Die Norm gewährt einen Unterlassungsanspruch, wenn ein grober Verstoß gegen eine Pflicht aus der Betriebsverfassung droht.[909] Ausgehend von der Prämisse, dass ein grober Verstoß gegen ein Beteiligungsrecht erfasst ist und somit in diesem Fall ein Unterlassungsanspruch besteht, kann die Norm auf einfache Verstöße teleologisch extendiert werden.[910] Bei Beteiligungsrechten ist nämlich entscheidend, ob das Beteiligungsrecht das Treffen der Maßnahme in dem konkreten Abschnitt des Beteiligungsverfahrens erlaubt oder missbilligt. Das ist auch Rechtsprechung des BAG, auch wenn das Gericht eine andere dogmatische Lösung bevorzugt.[911]

Der historische Gesetzgeber hatte das Problem des verfahrenssichernden Unterlassungsanspruchs nicht im Blick. Vielmehr wollte er eine verfassungsrechtliche Problematik im Vergleich zu § 23 Abs. 1 BetrVG auflösen. Wenn das Beteiligungsrecht darüber hinaus schon das einfache Nichtbeteiligen missbilligt, kann es von der Warte der Unternehmerfreiheit keinen Unterschied machen,

907 BAG 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175 (181).
908 *Klocke*, S. 166.
909 *Klocke*, S. 82 ff.
910 *Klocke*, S. 100 ff.
911 BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 23.

ob der Verstoß qualifiziert oder einfach ist. Das ist dann eine Frage der Auslegung des einfachen Rechts.

b) Zur unionsrechtlichen Dimension

Von Teilen der Literatur wird der Unterlassungsanspruch bereits unter dem Gesichtspunkt der effektiven Wirksamkeit der Richtlinie 98/59/EG und der Richtlinie 2002/14/EG abgeleitet.[912] An dieser Stelle könnte allerdings die Rechtsprechung des BAG zur Anrechenbarkeit von Sozialplan und Nachteilsausgleich wiederum relevant werden.[913] Im Lichte des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit und der Forderung der Richtlinie nach wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen erachtete das Gericht die Unwirksamkeit der Kündigung für ausreichend.[914]

Das wirft auch die Frage auf, ob diese Rechtsprechung einem Unterlassungsanspruch entgegensteht. Richtigerweise ist dies nicht der Fall. Die Argumentation des Gerichts konzentrierte sich auf die Bedeutung einer Geldentschädigung. Denn diese ließe erstens den Bestand der Kündigung unberührt. Zudem bestünden zweitens unterschiedliche Sanktionen in den jeweiligen Verfahren.

Der erste Punkt trifft auf den Unterlassungsanspruch offensichtlich nicht zu. Ein Unterlassungsgebot, versehen mit Zwangsmitteln, ist nach dem System des deutschen Rechts das Mittel, um eine Handlung zu verhindern. Der zweite Punkt trägt ebenfalls nicht. Unionsrechtlich ist der Unterlassungsanspruch die durchsetzbare Facette der Unterlassungspflicht, die der EuGH in der Entscheidung *Junk* herausgebildet hat.[915] Diese Unterlassungspflicht besteht in beiden Verfahrensarten. Dass diese Pflicht für die Arbeitnehmer durchsetzbar sein muss, folgt aus Art. 6 der Richtlinie 98/59/EG bzw. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2002/14/EG.

c) Der Unterlassungsanspruch im Verfahren von § 111 etc. BetrVG

Seit jeher ist die Frage nach dem auf Unterlassung der Betriebsänderung gerichteten Anspruch eine der umstrittensten Rechtsfragen des BetrVG.[916] Quer durch die Republik und die jeweiligen Gerichte zeichnet sich keine klare herrschende Meinung ab. Die Frage bleibt aber weiterhin aktuell. Mehrere Verfahren scheiterten, weil die Maßnahmen bereits durchgeführt worden waren.[917]

912 Vgl. die Nachweise bei *Klocke*, S. 170 ff.
913 BAG 12.2.2019 – 1 AZR 279/17, NZA 2019, 719.
914 BAG 12.2.2019 – 1 AZR 279/17, NZA 2019, 719 (721).
915 EuGH 27.1.2005 – C-188/03 (*Junk*), AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18.
916 Vgl. DKW-*Däubler*, § 111 Rn. 52 ff.; zu § 92a BetrVG: *Nebe*, AuR 2014, 51 (57).
917 Hess. LAG 13.3.2018 – 4 TaBVGa 32/18 = juris; LAG Rheinland-Pfalz 22.3.2018 – 4 TaBV 20/17 = juris.

Zu § 111 BetrVG wurde dieser Anspruch – soweit die Entscheidungen veröffentlicht wurden – in den letzten Jahren etwa vom LAG Düsseldorf[918] oder vom ArbG Oberhausen[919] vertreten.

Für die Standortsicherung hat diese Frage offensichtlich Bedeutung, weil der Anspruchsinhalt des Unterlassungsanspruchs im Prinzip der Standortsicherung entspricht. Für dieses Thema ist die Entscheidung des Arbeitsgerichts Essen von besonderer Aktualität. In dem Fall war eine Filialschließung Teil eines unternehmerischen Sanierungskonzepts. Das Gericht verneinte einen Anspruch unter Hinweis auf § 113 BetrVG.[920]

Aus dieser Argumentation lassen sich wichtige Schlüsse ziehen. Auch bei einem unternehmerischen Sanierungskonzept bleibt die Frage nach dem Unterlassungsanspruch vorrangig eine Frage des Systems des BetrVG. Eine übergeordnete Unternehmerfreiheit wird in der Praxis aktuell nicht mehr per se angeführt. Darüber hinaus tritt eine weitere wichtige Differenzierung in der Rechtsprechung des Arbeitsgerichts Essen zum Vorschein. Nach Ansicht des Gerichts besteht kein Anspruch auf Unterlassung, bis der Interessenausgleich *durchgeführt* wurde.[921] Diese Aussage weist selbst für verneinende Positionen in die differenzierbare Richtung, weil das BetrVG in §§ 112, 113 maßgeblich auf den *Versuch der Einigung* abstellt. Während das Verfahren bis zum Versuch einer Einigung durch den verfahrenssichernden Unterlassungsanspruch gesichert ist, erscheint es konsequent, die Frage nach der Maßnahme danach entweder zu einer Frage der Letztentscheidungskompetenz des Arbeitgebers oder der Auslegung des Ergebnisses der Betriebsparteien zu machen.

Falsch wäre es lediglich, von dem Erfordernis des Versuchs auf die Freiheit hinsichtlich der Maßnahme zu schließen. Die Unternehmerfreiheit wird erst dadurch wieder umfassend gewährleistet, wenn der ernsthafte Versucht einer Einigung durch förmlichen Beschluss der Einigungsstelle festgestellt wurde. Eine Übertragung der Rechtsprechung des BAG zu § 99 BetrVG[922] kommt daher ebenfalls nicht in Betracht. Nicht nur ist diese Rechtsprechung inhaltlich abzulehnen, sie wertet das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 100 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG um.[923] Der Betriebsrat hat zudem nicht wie in § 101 BetrVG die Möglichkeit, die Maßnahme ungeschehen zu machen.

---

918 LAG Düsseldorf 6.1.2021 – 4 TaBVGa 6/20 = juris.
919 ArbG Oberhausen 18.11.2020 – 3 BVGa 3/20 = juris.
920 ArbG Essen 3.9.2020 – 5 BVGa 5/20 = juris.
921 ArbG Essen 3.9.2020 – 5 BVGa 5/20 = juris.
922 BAG 23.6.2009 – 1 ABR 23/08, NZA 2009, 1430.
923 *Klocke*, S. 149 ff.

Schwierig ist außerdem die Argumentation, Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2002/14/EG sei durch § 113 Abs. 3 BetrVG und § 121 BetrVG ausreichend umgesetzt.[924] Entscheidend muss die Frage bleiben, ob die Beteiligungsrechte ihren Sinn verlieren, wenn der Arbeitgeber sie dadurch unterlaufen kann, dass er die Maßnahme vor Abschluss der Beratungen durchführt. Diese Kernfrage wird durch das Unionsrecht im Anwendungsbereich der Richtlinien 2002/14/EG und 98/59/EG zugunsten einer Unterlassungspflicht während der Verhandlung beantwortet.[925] Insgesamt sprechen daher die besseren Argumente für einen Unterlassungsanspruch in wirtschaftlichen Angelegenheiten, der darauf gerichtet ist, eine Betriebsänderung ohne Beteiligung zu verhindern.

6. Fazit

Der Erfolg der Verhandlungen über die Betriebsänderung hängt maßgeblich davon ab, ob der Arbeitgeber den Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile nach § 113 Abs. 1 und Abs. 3 BetrVG berücksichtigen muss oder nicht. Ein Unternehmen, das ein umfangreiches Sozialplanvolumen bereithält, muss diese Sanktion weniger fürchten als ein Unternehmen, für das die Rationalisierungsmaßnahme ausschlaggebende Bedeutung hat. Diese Beobachtung kehrt sich in dem Moment um, in dem dieses Unternehmen vor der Insolvenz steht. Der Einfluss von § 113 BetrVG auf die Sicherung des Dialogs ist daher begrenzt. Ohne einen verfahrenssichernden Unterlassungsanspruch lässt sich der Dialog nicht effektiv sichern.

IV. Die Durchsetzung der Standortsicherungsvereinbarung

Inwieweit die Standortsicherungsvereinbarung durch den Betriebsrat durchsetzbar ist, hängt in erster Linie von den Inhalten dieser Vereinbarung ab.

1. Die Durchsetzung der relativen Rechte

Nach der hier vertretenen Ansicht können Abreden über wirtschaftliche Inhalte mit Bindungswirkung versehen werden und weitreichende Pflichten des Arbeitgebers begründen. Insofern können diese vertraglichen Rechte auch gerichtlich durchgesetzt werden. Geht es um eine Standortgarantie, bedeutet dies die Unterlassung einer Betriebsänderung.

924 LAG Rheinland-Pfalz 7.12.2017 – 5 TaBVGa 3/17 = juris.

925 Zur Massenentlassungsrichtlinie: EuGH 27.1.2005 – C-188/03 (*Junk*), AP KSchG 1969 § 17 Nr. 18.

Bei einer Betriebsvereinbarung besteht Unsicherheit über die Durchsetzbarkeit des schuldrechtlichen Teils. Da § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG gerade nicht auf den normativen Teil abstellt, sondern allgemein für Vereinbarungen Geltung beansprucht, spricht alles dafür, dass der Betriebsrat auch die Erfüllung des schuldrechtlichen Teils der Betriebsvereinbarung verlangen kann. Denn spätestens mit der Schaffung von § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ist klargestellt, dass Betriebsvereinbarungen nicht in die Nähe von Satzungen zu rücken sind, sondern kollektiv-rechtliche Vereinbarungen sind.[926] Diese Frage ist insbesondere für Regelungen in Standortsicherungsvereinbarungen von Bedeutung, weil diese nicht zwangsläufig Teil des normativen Teils sein müssen, sondern auch rein schuldrechtlich zwischen den Betriebsparteien wirken können.

Insofern sind die relativen Rechte eines bindenden Interessenausgleichs, des schuldrechtlichen Teils der Betriebsvereinbarung und der Regelungsabrede durchsetzbar.

2. Der sog. Durchsetzungsanspruch

Bei Betriebsvereinbarungen kann der Betriebsrat weiterhin auch die Durchführung des normativen und des schuldrechtlichen Teils verlangen. Spiegelbildlich zur Durchführungspflicht nach § 77 Abs. 1 BetrVG besteht ein Durchführungsanspruch des Betriebsrats.[927] Ungeklärt ist lediglich, ob dieser aus der Vereinbarung selbst oder aus § 77 Abs. 1 BetrVG folgt.[928] Versteht man den Anspruch als unveränderliche Konsequenz des Vorliegens einer Betriebsvereinbarung, hat der Streit nur theoretische Natur.[929] Der Inhalt des Anspruchs ist in erster Linie auf die Durchsetzung der Betriebsvereinbarung im Betrieb gerichtet.[930] Das bedeutet nicht etwa einen abstrakten Normanwendungsbefehl, sondern die vereinbarungsgemäße Befolgung der Betriebsvereinbarung.[931]

926 So der wichtige Hinweis von *Roloff*, RdA 2015, 252 (252) m.w.N.
927 BAG 25.2.2020 – 1 ABR 38/18 = juris; BAG 28.7.2020 – 1 ABR 18/19 = juris; grundlegend: BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191.
928 Hierzu: BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, BAGE 54, 191.
929 *Ahrendt*, NZA 2011, 774 (774).
930 Zum Verhältnis vertraglicher Anspruch und Betriebsvereinbarung: *Roloff*, RdA 2015, 252 (253).
931 *Ahrendt*, NZA 2011, 774 (777).

Ergebnisse

I. Tarifverträge zur Standort- und Beschäftigungssicherung

1. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie schützt den Abschluss von Tarifverträgen sowie von schuldrechtlichen Verträgen auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.[932] Die Funktion dieses Begriffspaars besteht darin, den Bereich abzugrenzen, innerhalb dessen die Koalitionen ihre Angelegenheiten selbstverantwortlich und grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme regeln können. Es dient indessen nicht zur Abgrenzung der Tarifautonomie gegenüber kollidierenden Grundrechten (z.B. der unternehmerischen Freiheit). Erfasst sind alle Bedingungen, deren Ausgestaltung die widerstreitenden Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern unmittelbar oder mittelbar betreffen.[933]
2. Die untersuchten Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen unterfallen dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.[934] Sie können deshalb jedenfalls im schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrags vereinbart werden.[935] Entgegen der herrschenden Meinung kann die Zusage eines Standorterhalts, eines Auslagerungsverzichts oder einer Investition in einen Betrieb aber auch als Betriebsnorm vereinbart werden.[936] Dasselbe gilt für die Zusage zur Aufrechterhaltung einer Mindestbeschäftigtenzahl.[937] Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Beschränkung des Kündigungsrechts stellen Beendigungsnormen dar, auch dann, wenn sie eine Kündigung ausnahmsweise mit Zustimmung des Betriebsrats und/oder der Gewerkschaft zulassen.[938] Werden dem Betriebsrat über seine gesetzlichen Rechte hinaus Beteiligungsrechte zur Standort- und Beschäftigungssicherung eingeräumt, handelt es sich um betriebsverfassungsrechtliche Normen.[939]
3. Beim Abschluss von Firmentarifverträgen und firmenbezogenen Verbandstarifverträgen lässt sich eine umfassende Kontrolle des Vertragsin-

932 Siehe unter B.I.1.a)aa).
933 Siehe unter B.I.1.a)bb).
934 Siehe unter C.I.
935 Siehe unter C.II.
936 Siehe unter C.II.2.
937 Siehe unter C.II.2.
938 Siehe unter C.II.1.
939 Siehe unter C.II.3.

halts an den Grundrechten des Arbeitgebers regelmäßig nicht begründen. Nur wenn es beim Abschluss des Vertrags an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, so dass die Wahrung der Grundrechte nicht bereits durch den Vertragsmechanismus gewährleistet ist, gebietet die aus den Grundrechten folgende Schutzpflicht ausnahmsweise eine mittelbare Wirkung der Grundrechte.[940] Der bloße Umstand, dass der Vertragsschluss unter Streikdruck oder Streikdrohung zustande gekommen ist, genügt jedoch nicht für die Annahme eines Kräfteungleichgewichts, da durch den Streik überhaupt erst ein Kräftegleichgewicht hergestellt wird.[941] Kann kein Kräfteungleichgewicht festgestellt werden, kommt eine gerichtliche Korrektur des Tarifvertragsabschlusses nur infrage, wenn der personale Grundzug der unternehmerischen Freiheit und damit der unantastbare Menschenwürdekern des Grundrechts betroffen ist.[942]

4. Die ausnahmsweise durchzuführende Prüfung nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung zielt nicht auf eine möglichst konsequente Minimierung von freiheitsbeschränkenden Eingriffen, sondern auf einen Ausgleich gleichberechtigter Freiheit. Dieser Ausgleich verlangt keinen unternehmerischen Gestaltungsspielraum *ohne* gewerkschaftlichen Einfluss, sondern nur einen Gestaltungsspielraum *trotz* gewerkschaftlichen Einflusses.
5. Bei der Abwägung der kollidierenden Grundrechte ist der soziale Bezug der unternehmerischen Freiheit zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass Standort- und Auslagerungsentscheidungen für die Arbeitnehmer und deren Berufsfreiheit weitreichende Auswirkungen haben.
6. Fragen der Standort- und Beschäftigungssicherung sind vor allem für den Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von zentraler Bedeutung, da deren freie Arbeitsplatzwahl und Berufsausübung unmittelbar vom Erhalt des Standorts und der Arbeitsplätze abhängig sind.
7. Die Ausübung der unternehmerischen Freiheit bleibt grundsätzlich trotz tarifvertraglicher Regelungen – wenn auch mit Einschränkungen – möglich. Die Einschränkungen sind zum Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erforderlich und wegen des sozialen Bezugs und der sozialen Funktion der unternehmerischen Freiheit grundsätzlich hinzunehmen. Die Zumutbarkeitsgrenze wird erst überschritten, wenn die tarifvertragliche Regelung den Arbeitgeber daran hindert,

940 Siehe unter B.I.1.b)aa) und C.III.1.a).
941 Siehe unter B.I.1.b)aa) und C.III.1.a)bb).
942 Siehe unter C.III.1.a)cc).

zwingend notwendige Anpassungen vorzunehmen. Gemessen an diesem Maßstab sind tarifvertragliche Beschränkungen der unternehmerischen Entscheidungshoheit regelmäßig unbedenklich, wenn sie lediglich vorübergehend wirken oder unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen vorsehen.[943] Gegen die untersuchten Vereinbarungen bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken.[944]

8. Enthält der Standort- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag keine Ausnahmeregelung, die dem Arbeitgeber zwingend erforderliche Anpassungen ermöglicht, führt dies regelmäßig nicht zu dessen Unwirksamkeit. Vielmehr ist der schuldrechtliche Teil rechtskonform dahingehend auszulegen, dass im Falle zwingend erforderlicher Anpassungen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Tarifvertrags besteht.[945]
9. Die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV steht den untersuchten Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen nicht entgegen. Ihr Anwendungsbereich kann allenfalls dann eröffnet sein, wenn das Unternehmen eine Verlagerung in einen anderen Mitgliedstaat der EU beabsichtigt; auf rein innerstaatliche Sachverhalte und Verlagerungen in Drittstaaten ist Art. 49 AEUV indes nicht anwendbar.[946]
10. Bei richtiger Interpretation des in Art. 28 GRC enthaltenen Verweises auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten schützt die Norm das Tarif- und Arbeitskampfrecht in seiner Ausgestaltung durch das nationale Recht. Deshalb wird die Zulässigkeit kollektiver Betätigungen einschließlich des Streiks nach den Anforderungen des nationalen Rechts beurteilt und vom Unionsrecht in dieser Form gewährleistet, d.h., die Tarifparteien müssen die Grundfreiheiten nur insoweit beachten, wie dies nach nationalem Recht in der Abwägung mehrerer Grundrechte geboten ist.[947]
11. Eine unmittelbare Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundfreiheiten ist entgegen der Rechtsprechung des EuGH abzulehnen. Tarifverträge sind, selbst wenn sie mittels Arbeitskampfmaßnahmen durchgesetzt werden, das Ergebnis von Verhandlungs- und Entscheidungsprozessen, an denen das Unternehmen entweder unmittelbar (Firmentarifvertrag) oder mittelbar (Verbandstarifvertrag) mitgewirkt hat. Sie wirken daher nicht wie staatliche Rechtssetzung oder Regelwerke internationaler Sportverbände von außen auf die Entscheidung des Unternehmens ein.
12. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der untersuchten Vereinbarungen ergeben sich aber auch nicht, wenn der hier vertretenen Interpretation

943 Siehe unter C.III.1.b)aa).
944 Siehe unter C.III.1.b)bb).
945 Siehe unter C.III.1.b)bb)(6).
946 Siehe unter B.II.2.a) und C.III.2.b).
947 Siehe unter B.II.1.

der Grundfreiheiten und des Art. 28 GRC nicht gefolgt und eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angenommen wird. Die untersuchten Vereinbarungen halten einer Prüfung an den vom EuGH aufgestellten Rechtfertigungsmaßstäben stand.[948]

13. Arbeitskämpfe zur Durchsetzung der untersuchten Vereinbarungen sind nach den allgemeinen richterrechtlichen Arbeitskampfregeln zulässig. Es gilt der anerkannte Grundsatz: Was tariflich regelbar ist, muss auch durch Arbeitskampf durchgesetzt werden können.[949]
14. Die in Teilen der Literatur vertretene These, dass der Gleichlauf von tariflicher Regelbarkeit und Erstreikbarkeit im Hinblick auf tarifliche Regelungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung zum Schutze der unternehmerischen Freiheit einer Einschränkung bedürfe, ist unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben und auf Grundlage der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht haltbar.
15. Die These führt keinen Ausgleich nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz herbei, sondern ordnet die Koalitionsfreiheit der unternehmerischen Freiheit völlig unter, weil ohne das Streikrecht die für die Tarifautonomie grundlegende Parität zwischen den Tarifvertragsparteien nicht besteht.[950]
16. Die These widerspricht zudem der Systematik des deutschen Tarif- und Arbeitskampfrechts. Die richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskampfrechts sehen eine eigene inhaltliche Bewertung des Kampfziels nicht vor, sondern knüpfen insofern an die tarifliche Regelbarkeit und damit an das Tarifrecht an. Sie schützen die Grundrechte des Arbeitgebers prozedural, indem sie verhindern, dass eine Partei in der Lage ist, der jeweils anderen Partei einseitig die Vertragsbedingungen zu diktieren.[951]
17. Im Arbeitskampfrecht findet keine gerichtliche Kontrolle des Umfangs der Streikforderungen statt. Als rechtmäßiges Kampfziel scheidet eine Streikforderung erst dann aus, wenn sie unbeschadet ihres Umfangs rechtswidrig ist.[952]
18. Unabhängig von der Frage, ob Standort- und Beschäftigungssicherungstarifverträge erstreikbar sind, kann die Gewerkschaft einen Abwehrstreik gegen die von der Arbeitgeberseite in Bezug auf bestehende Tarifverträge erhobenen Forderungen und für einen möglichst weitgehenden Erhalt der geltenden Tarifregelungen führen, wenn die Arbeitgeberseite mit der Androhung von Standortverlagerungen bzw. -schließungen oder Ausla-

948 Siehe unter B.II.2.c) und C.III.2.c).
949 Siehe unter D.I.
950 Siehe unter D.II.1.
951 Siehe unter D.II.2.
952 Siehe unter D.II.3.

gerungen versucht, ihr Entgegenkommen in den Verhandlungen zu erzwingen.[953]

19. Der Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfs zur Durchsetzung einer Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarung steht die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) nicht entgegen. Sofern man dem zur Durchsetzung eines Tarifvertrags geführten Arbeitskampf überhaupt eine eigenständige Beschränkungswirkung beimessen kann, ist diese Beschränkung durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt.[954]
20. Aus schuldrechtlichen Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung in einem Firmentarifvertrag ergeben sich für die Gewerkschaft Durchführungs- und Unterlassungsansprüche, die sie gerichtlich – bei Vorliegen eines Verfügungsgrundes auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – geltend machen kann. Die Zwangsvollstreckung richtet sich in diesen Fällen nach § 888 bzw. § 890 ZPO.[955] Da ein Verstoß gegen Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen keine Auswirkungen auf die im Gegenzug vereinbarte Absenkung tariflicher Standards hat, bedarf es einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung, um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung abzusichern.[956]
21. Werden Standort- und Beschäftigungssicherungsvereinbarungen mit der hier vertretenen Ansicht als Betriebsnormen eingeordnet, kann der Betriebsrat im Rahmen seiner Beteiligungsrechte aus §§ 111 ff. BetrVG auf die Einhaltung dieser Normen hinwirken.[957] Zudem steht auch in diesem Fall der Gewerkschaft ein schuldrechtlicher Durchführungsanspruch gegenüber dem vertragsschließenden Arbeitgeber zu. Außerdem kann nach den Grundsätzen der *Burda*-Entscheidung ein Unterlassungsanspruch analog §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG gegenüber einem tarifuntreuen Arbeitgeber bestehen, wenn die Betriebsnorm durch das tarifwidrige Verhalten ihre kollektive Funktion verliert.

II. Vereinbarungen zur Standort- und Beschäftigungssicherung im Betrieb

1. Neben tariflicher Standortsicherung kann das BetrVG einen Beitrag für die Bewältigung wirtschaftlicher Transformationen leisten. Anders als das Tarifvertragsrecht kann das Betriebsverfassungsrecht Standortsiche-

953 Siehe unter D.III.
954 Siehe unter D.IV.
955 Siehe unter E.I.1.
956 Siehe unter E.I.5.
957 Siehe unter E.II.

rung indes nicht über das Inaussichtstellen von Nachteilen wie z.B. einen Streik realisieren (§ 74 Abs. 2 BetrVG). Vielmehr setzt das BetrVG auf freiwillige Lösungen und Anreize wie etwa die §§ 1 Abs. 5 KSchG, 125 InsO.

2. Das BetrVG ist durch die Reform 2001 im Bereich der Beschäftigungssicherung (§§ 80 Abs. 1 Nr. 8, 92a, 97 Abs. 2 BetrVG) aufgewertet worden. Dieser Ansatz wurde durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz weiter ausgebaut. In der Gesetzesbegründung heißt es: „wo Betriebsräte tätig sind, ist mehr Raum für Innovationen, sind die Arbeitsbedingungen besser, wirtschaftliche Erfolge stabiler und können Krisen besser bewältigt werden."[958] Doch wäre es verkürzt, den betrieblichen Dialog allein hierauf zu beschränken. Der innerbetriebliche Dialog kann wichtige Impulse für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens per se zu Tage fördern. § 96 Abs. 1a BetrVG soll daher insbesondere die betriebliche Weiterbildung stärken.[959]
3. Das Unionsrecht stellt sich bindenden betrieblichen Lösungen nicht entgegen, sondern ermöglicht einen betrieblichen Dialog. In letzter Konsequenz fordert es sogar effektive Mechanismen, um den betrieblichen Dialog zu sichern. Aus der Perspektive des Unionrechts darf der Arbeitgeber die Maßnahme nicht durchführen, bis er mit dem Betriebsrat über die Maßnahme informiert beraten hat.
4. Standortsicherung bedeutet nach der deutschen Betriebsverfassung eine Bündelung von sozialen, personellen und wirtschaftlichen Fragen. Es ist ein Regelungsanliegen der Richtlinie 2002/14/EG diese formale Trennung mit Blick auf die praktische Wirksamkeit des Dialogs zwischen Arbeitnehmervertretern und Arbeitgeber in ein einheitliches Konzept eines Mindestschutzes zu überführen. Die §§ 87, 92a, 97, 111 BetrVG etc. müssen einen praktisch wirksamen Dialog sicherstellen, auch über wirtschaftliche Fragen. Aus diesen Normen folgt eine weitreichende funktionale Zuständigkeit für zentrale Themen der Standortsicherung.
5. Die §§ 111, 112, 113 BetrVG haben eine klare Synergie. Die geplante Betriebsvereinbarung wird in eine den Interessen der Arbeitnehmer bzw. des Betriebsrats und den Interessen des Arbeitgebers entsprechende Form gefasst, deren Nichtbeachtung zur Kompensation der daraus resultierenden wirtschaftlichen Nachteile führt (§ 113 BetrVG). Es ist somit die Regelung der Betriebsänderung als solche, die die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren soll.

958 BT-Drs. 19/28899 S. 12.
959 BT-Drs. 19/28899 S. 23.

6. Durchgesetzt wird der betriebliche Dialog zunächst über die Betriebsratsrechte, flankiert von einem das Verfahren sichernden Unterlassungsanspruch. Kommt es dann zu einer Einigung, leiten sich die Rechte in erster Linie aus dieser Vereinbarung ab. Für den Interessenausgleich kommt es nach §§ 133, 157, 242 BGB darauf an, ob die Parteien die Vereinbarung mit einem Rechtsbindungswillen geschlossen haben. Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist anhand der jeweiligen Regelung der Vereinbarung über wirtschaftliche Fragen zu bestimmen.

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AK-GG	Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, Kommentar zum Grundgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis – Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	Arbeitsgericht
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BeckOK GG	Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKS	Berg/Kocher/Schumann, Tarifvertragsgesetz
Bsp.	Beispiel
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
CEACR	Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DKW	Däubler/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz
ECHR	Annual Report of the European Court of Human Rights
ECSR	European Committee on Social Rights
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnzEuR-Bd. 7	Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
ErfK	Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ESC	Europäische Sozialcharta
EuArbRK	Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FS	Festschrift

GG	Grundgesetz
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
h.M.	herrschende Meinung
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.e.	im Sinne eines/einer
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ILO	International Labour Organization
InsO	Insolvenzordnung
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JKOS	Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MHdBArbR	Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW (-RR)	Neue Juristische Wochenschrift (-Rechtsprechungs-Report)
NK-EuGRCh	Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union
NK-GA	Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht
NVwZ(-RR)	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (-Rechtsprechungs-Report)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdTW	Recht der Transportwirtschaft (Zeitschrift)
RESC	Revidierte Europäische Sozialcharta
Rn.	Randnummer
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes

Literatur

Ahrendt, Martina: Der Durchführungsanspruch des Betriebsrats, NZA 2011, S. 774 ff.

Bauer, Jobst-Hubertus: Neues Spiel bei der Betriebsänderung und der Beschäftigungssicherung?, NZA 2001, S. 375 ff.

Bayreuther, Frank: Das Verhältnis zwischen dem nationalen Streikrecht und der EU-Wirtschaftsverfassung, EuZA 2008, S. 395 ff.

Benecke, Martina: Die Regelungsabrede – Absprachen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Wandel der Zeit, RdA 2020, S. 148 ff.

Bepler, Klaus: Deutsches Streikrecht und Europäische Sozialcharta (ESC), in: Festschrift für Hellmut Wißmann, München 2005, S. 97 ff.

Berg, Peter/Kocher, Eva/Schumann, Dirk (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2020 (zitiert: BKS-*Bearbeiter*).

Berger, Gabriel: Zulässigkeit eines gewerkschaftlichen Zustimmungsvorbehalts zu Kündigungen, NZA 2015, S. 208 ff.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.): Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2016 (zitiert: NK-GA-*Bearbeiter*).

Brecht-Heitzmann, Holger: Verhinderung von Betriebsstilllegungen durch Sozialtarifvertrag?, NJW 2007, S. 3617 ff.

Bryde, Brun-Otto: Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung, SR 2012, S. 2 ff.

Buchner, Herbert: Abschied von der Einwirkungspflicht der Tarifvertragsparteien, DB 1992, S. 572 ff.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016.

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Arbeitskampfrecht Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Aufl., Baden-Baden 2018 (zitiert: Däubler-*Bearbeiter*, Arbeitskampfrecht).

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (zitiert: Däubler-*Bearbeiter*, TVG, 4. Aufl. 2016).

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: Däubler-*Bearbeiter*, TVG).

Däubler, Wolfgang: ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe im Widerspruch zum EG-Recht?, AuR 2008, S. 409 ff.

Däubler, Wolfgang: Offshoring und die Hilflosigkeit des Arbeitsrechts, NJW 2005, S. 30 f.

Däubler, Wolfgang: Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, HSI-Schriftenreihe (HSI-SR) Band 16, Frankfurt am Main 2016.

Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz: Kommentar für die Praxis mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 18. Aufl., Frankfurt am Main 2022 (zitiert: DKW-*Bearbeiter*).

Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied 2001 (zitiert: AK-GG-*Bearbeiter*).

Dieterich, Thomas: Zur Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen, in: Festschrift für Wolfgang Däubler, Frankfurt am Main 1999, S. 451 ff.

Düwell, Franz-Josef: Auf dem Weg zu einem Europäischen Betriebsverfassungsrecht, FA 2002, S. 172 ff.

Düwell, Franz-Josef (Hrsg.): BetrVG Handkommentar, 5. Aufl. 2018.

Ehmann, Horst: Zur Verbindlichkeit von Betriebsvereinbarungen über den Fortbestand eines Betriebs, FS Kissel, S. 175 ff.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 47. Edition 15.5.2021 (zitiert: BeckOK GG-*Bearbeiter*).

Evju, Stein: Das Recht auf kollektive Maßnahmen unter der Sozialcharta des Europarates, AuR 2012, S. 276 ff.

Fischinger, Philipp S.: Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, Berlin 2006, zugl. Regensburg, Univ., Diss., 2006.

Fischinger, Philipp S.: Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, S. 808 ff.

Fitting, Karl (Begr.): Betriebsverfassungsgesetz, 30. Aufl., München 2020 (zitiert: *Fitting*).

Franzen, Martin: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-201/15 (AGET), EuZW 2017, S. 229 ff.

Franzen, Martin: Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht, in: Festschrift für Herbert Buchner, München 2009, S. 231 ff.

Franzen, Martin: Standortverlagerung und Arbeitskampf, ZfA 2005, S. 315 ff.

Franzen, Martin: Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004, S. 257 ff.

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zitiert: EuArbRK-*Bearbeiter*).

Frieling, Tino/Jacobs, Matthias/Krois, Christopher (Hrsg.): Arbeitskampfrecht Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 1. Aufl., München 2021.

Fuhlrott, Michael: Durchführung eines vereinbarten innerbetrieblichen Schlichtungs-verfahrens ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung; ArbRAktuell 2017, S. 349 ff.

Gagel, Alexander (Begr.): SGB II/SGB III Grundsicherung und Arbeitsförderung Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 82. Ergänzungslieferung Juni 2021, München (zitiert: Gagel-*Bearbeiter*).

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht Band 1, Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997.

Gaul, Björn: Neue Felder des Arbeitskampfs: Streikmaßnahmen zur Erzwingung eines Tarifsozialplans, RdA 2008, S. 13 ff.

Ginal, Jens/Funke, Bella-Elisa: Drum prüfe, wer sich bindet – Mögliche Folgen von Standortsicherungsvereinbarungen und Beschäftigungssicherungen; ArbRAktuell 2017, S. 478 ff.

Göpfert, Burkard/Giese, Katja: Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung, NZA 2016, S. 463 ff.

Göpfert, Burkard/Wenzler, Franziska: Erzwingbarer „Qualifizierungs"-Sozialplan?, NZA 2020, S. 15 ff.

Göpfert, Burkard/Seier, Jochen: Die „Transformations-Einigungsstelle": Inhalt und Grenzen eines „Qualifizierungs-Sozialplans", NZA 2019, S. 588 ff.

Greiner, Stefan: „Tarifsozialplan" bei Betriebsübergang?, NZA 2008, S. 1274 ff.

Hamann, Wolfgang: Anmerkung zu BAG, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 60.

Hanau, Peter: Beschäftigungssicherung durch Regelungsabrede, FS Adomeit, S. 251 ff.

Hensche, Detlef/Wolter, Henner: Die verhältnismäßige Freiheit – zum Übermaßverbot des Streiks, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 544 ff.

Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Bepler/Klaus (Hrsg.): Der Tarifvertrag, 2. Aufl., Köln 2016 (zitiert: Henssler/Moll/Bepler-*Bearbeiter*).

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (zitiert: HWK-*Bearbeiter*).

Heuschmid, Johannes: Horizontalwirkung von Art. 27 Europäische Grundrechtecharta – Fehlanzeige?, EuZA 2014, S. 514 ff.

Höpfner, Clemens: Schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen, RdA 2020, S. 129 ff.

Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia: Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: JKOS-*Bearbeiter*).

Kamanabrou, Sudabeh: Arbeitsrecht im Binnenmarkt, EuZA 2010, S. 157 ff.

Kania, Marcus: Betriebsverlagerungen ins Ausland als Weg aus der Krise?, ZESAR 2010, S. 112 ff.

Kania, Thomas: Wie die Betriebspartner Betriebe während/nach/trotz Corona retten können – Ein Zwischenruf, NZA 2020, S. 846 ff.

Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich (Begr.): Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2014 (zitiert: Kempen/Zachert-*Bearbeiter*).

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, 4. Aufl., München 2019 (zitiert: MhdBArbR-*Bearbeiter*).

Kissel, Otto Rudolf: Arbeitskampfrecht, München 2002.

Klein, Thomas: Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen, Baden-Baden 2017, zugl. Trier, Univ., Diss., 2016.

Klein, Thomas: Neue Akzente in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Streikrecht, NJW 2020, S. 3069 ff.

Klein, Thomas/Leist, Dominik: Grundrechtsanwendung und Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, ZESAR 2020, S. 449 ff.

Klocke, Daniel: Der Unterlassungsanspruch in der deutschen und europäischen Betriebs- und Personalverfassung, 2013.

Kohte, Wolfhard: Betriebsverfassungsrechtliche Besetzungsregeln im Bereich des Gesundheitsschutzes?, RdA 2019, S. 347 ff.

Kohte, Wolfhard: Auf dem Weg zur betrieblichen Informationsverfassung, FS 50 Jahre BAG, S. 1219 ff.

Kohte, Wolfhard: Der Unterlassungsanspruch der betrieblichen Arbeitnehmervertretung, FS Richardi, S. 601 ff.

Körner, Marita: Neue Betriebsratsrechte bei atypischer Beschäftigung, NZA 2006, S. 573 ff.

Krause, Rüdiger: Agile Arbeit und Betriebsverfassung, Frankfurt am Main 2022.

Krause, Rüdiger: Standortsicherung und Arbeitsrecht, Baden-Baden 2007.

Kühling, Jürgen/Bertelsmann, Klaus: Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit – Arbeitskampf aus Anlass von Standortentscheidungen, NZA 2005, S. 1017 ff.

Laßmann, Nikolai/Rupp, Rudi: Beschäftigungssicherung, 2. Aufl. 2010.

Löwisch, Manfred: Änderung der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, BB 2001, S. 1790 ff.

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017.

Löwisch, Manfred/Kaiser, Dagmar/Klumpp, Steffen: Kommentar BetrVG Band 2, 7. Aufl. 2020.

Manger-Nestler, Cornelia/Noack, Gregor: Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, S. 503 ff.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.): Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: 94. Ergänzungslieferung Januar 2021, München (zitiert: Maunz/Dürig-*Bearbeiter*).

Meyer, Cord: Neue betriebsverfassungsrechtliche Fragen zum Teil-Betriebsübergang; NZA 2018, S. 900 ff.

Meyer, Cord: Bindungswirkung eines Interessenausgleichs, BB 2001, S. 882 ff.

Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: NK-EuGRCh-*Bearbeiter*).

Molkenbur, Josef/Schulte, Wienhold: Rechtscharakter und -wirkungen des Interessenausgleichs, DB 1995, S. 269 ff.

Moll, Wilhelm: Münchner Anwalts Handbuch Arbeitsrecht; 5. Aufl. 2021.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021 (zitiert: ERfK-*Bearbeiter*).

Münder, Matthias: Streiks gegen Standortentscheidungen – Zugleich ein Beitrag zum Tarifbezug des Arbeitskampfs und zur Berufsfreiheit als Streikgrenze, RdA 2020, S. 340 ff.

Nebe, Katja: Neue Arbeitswelten – Die Innovationskraft des Betriebsverfassungsgesetzes, AuR 2014, S. 51 ff.

Oberthür, Nathalie/Seitz, Stefan: Betriebsvereinbarungen, 2. Aufl. 2016.

Otto, Hansjörg: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006.

Patett, Rainer: Das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zu Art. 12 GG und den europäischen Grundfreiheiten, Baden-Baden 2015, zugl. Hamburg, Univ., Diss., 2014.

Paukner, Katharina: Die Zulässigkeit des Unterstützungsstreiks – Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juni 2007, ZTR 2008, S. 130 ff.

Payandeh, Mehrdad: Rechtsauffassungen von Menschenrechtsausschüssen der Vereinten Nationen in der deutschen Rechtsordnung, NVwZ 2020, S. 125 ff.

Poscher, Ralf: Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht, RdA 2017, S. 235 ff.

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl., München 2020 (zitiert: MüKoZPO-*Bearbeiter*).

Rebhahn, Robert: Grundfreiheit versus oder vor Streikrecht, Wirtschaftsrechtliche Blätter 22 (2008), S. 63 ff.

Rebhahn, Robert: Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, S. 109 ff.

Reichold, Hermann: Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung – Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, NZA 2003, S. 289 ff.

Richardi, Reinhard (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 16. Aufl., München 2018 (zitiert: Richardi-*Bearbeiter*).

Rieble, Volker: Interessenausgleich über Auslandsinvestitionen, NZA 2004, S. 1029 ff.

Rieble, Volker/Junker, Abbo/Giesen, Richard (Hrsg.): Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, ZAAR Schriftenreihe Band 27, München 2012.

Riesenhuber, Karl: Informationspflichten beim Betriebsübergang: Fehler bei der Umsetzung der Richtlinie und Anlass für eine grundsätzliche Neuordnung, RdA 2004, S. 340 ff.

Röder, Gerhard/Gebert, Christian: Technologischer Wandel und Betriebsänderung – Bringen Industrie 4.0 und E-Mobilität den „Qualifizierungssozialplan"?, NZA 2017, S. 1289 ff.

Roloff, Sebastian: Der betriebsverfassungsrechtliche Erfüllungsanspruch, RdA 2015, S. 252 ff.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: MüKoBGB-*Bearbeiter*).

Schäfer, Dirk: Der europäische Rahmen für Arbeitnehmermitwirkung, 2004.

Schaub, Günter (Begr.): Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021 (zitiert: Schaub-*Bearbeiter*).

Schlachter, Monika: Die europäische Dimension betrieblicher Arbeitnehmerbeteiligung, EuZA 2015, S. 149 ff.

Schlachter, Monika: Beamtenstreik im Mehrebenensystem, RdA 2011, S. 341 ff.

Schlachter, Monika: Der Schutz der Vereinigungsfreiheit durch die Europäische Sozialcharta, SR 2013, S. 77 ff.

Schlachter, Monika: Diskriminierungsschutz zwischen Unionsrecht und Grundgesetz – Relevante Prüfungsmaßstäbe einer Grundrechtskontrolle, in: Festschrift für Ulrich Preis, München 2021, S. 1157 ff.

Schlachter, Monika: Grundrechtsbindung von Tarifnormen, JbArbR 40 (2003) S. 51 ff.

Schlachter, Monika/Heinig, Hans Michael (Hrsg.): Europäisches Arbeits- und Sozialrecht zugleich Band 7 der Enzyklopädie Europarecht (EnzEuR-Bd. 7), 2. Aufl., Baden-Baden 2021.

Schlachter, Monika/Heuschmid, Johannes/Ulber, Daniel (Hrsg.): Arbeitsvölkerrecht, Tübingen 2019.

Schmidt-Rolfes, Günter: Interessenausgleich und Sozialplan im Unternehmen und Konzern, FS 50 Jahre BAG, S. 1081 ff.

Schröder, Lothar: Der Tarifkonflikt bei der Deutschen Telekom AG, WSI-Mitteilungen 2007, S. 515 ff.

Servais, Jean-Michel: Das Recht auf Arbeitskampf und die Zukunft des ILO-Überwachungsmechanismus, SR 2017, S. 45 ff.

Spelge, Karin: Stufenzuordnung nach Höher- und Rückgruppierung – Ewige Quelle der Unzufriedenheit? – Teil 1 – Zugleich ein Beitrag zur Frage der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien, ZTR 2020, S. 127 ff.

v. Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 241-243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2019 (zitiert: Staudinger-*Bearbeiter*).

v. Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung 2021 (zitiert: Staudinger-*Bearbeiter*).

v. Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht 1), Neubearbeitung 2019 (zitiert: Staudinger-*Bearbeiter*).

von Steinau-Steinrück, Robert; Mosch, Ulrich: Standortsicherung in der Krise?, NJW-Spezial 2009, S. 210.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018.

Thüsing, Gregor: Dreigliedrige Standortvereinbarungen, NZA 2008, S. 201 ff.

Thüsing, Gregor/Braun, Axel (Hrsg.): Tarifrecht Handbuch, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: Thüsing/Braun-*Bearbeiter)*.

Ulber, Daniel/Klocke, Kyra: Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien in der Rechtsprechung des BAG, RdA 2021, S. 178 ff.

Ulber, Daniel/Wiegandt, Karoline: Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten, HSI-Schriftenreihe (HSI-SR) Band 24, Frankfurt am Main 2017.

Waltermann, Raimund: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1995.

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl., München 2019 (zitiert: Wiedemann-*Bearbeiter*).

Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/; Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias: Gemeinschaftskommentar BetrVG, 11. Aufl. 2018.

Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan: Zur umstrittenen Bindungs- und Normwirkung des Interessenausgleichs; NZA 1997, S. 345 ff.

Willemsen, Heinz Josef/Mehrens, Christian: Eine neue Unklarheitenregel für den Arbeitskampf?, NZA 2018, S. 1382 ff.

Wolter, Henner: Arbeitsrecht bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen, Band 40 der HSI-Schriftenreihe, Frankfurt am Main 2021.

Wolter, Henner: Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, S. 218 ff.

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 7. Aufl., München 2015.

Zwanziger, Bertram: Nationale Koalitionsfreiheit vs. europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht, RdA-Beilage 2009, S. 10 ff.

Zwanziger, Bertram: Der Interessenausgleich – betriebliches Regelungsinstrument oder Muster ohne kollektiven Wert? BB 1998, S. 477 ff.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeits- und Sozialrecht sind zuletzt erschienen:

Band 42 Achim Seifert
Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbständige und unionsrechtliches Kartellverbot
ISBN 978-3-7663-7220-8

Band 41 Wolfgang Däubler
Interessenvertretung durch Betriebsrat und Gewerkschaften im digitalen Bereich
ISBN 978-3-7663-7188-1

Band 40 Henner Wolter
Arbeitsrecht bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen
ISBN 978-3-7663-7167-6

Band 39 Eberhard Eichenhofer
Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte
ISBN 978-3-7663-7161-4

Band 38 Olaf Deinert
Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung
ISBN 978-3-7663-7120-1

Band 37 Rüdiger Krause
Agile Arbeit und Betriebsverfassung
ISBN 978-3-7663-7119-5

Band 36 Daniel Ulber/Kyra Klocke
Diskriminierung Minderjähriger bei der Wahl zum Betriebsrat
ISBN 978-3-7663-7115-7

Band 35 Thorsten Kingreen
Exklusive Tariföffnungsklauseln
ISBN 978-3-7663-7059-47

Band 34 Ninon Colneric/Simon Gerdemann
Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht
ISBN 978-3-7663-7058-7

Band 33 Bernd Waas
Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb
ISBN 978-3-7663-7044-0

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de