

Sonderdruck aus Heft 45.2024 und Heft 46.2024

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M., RA/FAArbR

Tarifsozialplan – der Arbeitgeber zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Tarifautonomie

Teil I: Seiten 2612–2624

Teil II: Seiten 2676–2683

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M., RA/FAArbR

Tarifsozialplan – der Arbeitgeber zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Tarifautonomie – Teil I

Spätestens seitdem das BAG in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2007 (1 AZR 252/06) die Erstreikbarkeit eines Tarifvertrags mit sozialplanähnlichem Inhalt (nachfolgend: „Tarifsozialplan“) grundsätzlich anerkannt hat, sehen sich Arbeitgeber bei der Planung und Umsetzung von Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG häufig einer konzentrierten Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter gegenüber. Auf der einen Seite muss das gesetzlich geregelte betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsverfahren in wirtschaftlichen Angelegenheiten durchlaufen werden. Auf der anderen Seite stellen die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften immer öfter die Forderung nach dem Abschluss eines Tarifsozialplans in den Raum, dessen Kosten ganz erheblich über die eines betriebsverfassungsrechtlich erforderlichen Sozialplans hinausgehen können. Der springende Punkt ist, dass die Tarifsozialplanforderung, im Gegensatz zur Sozialplanforderung des Betriebsrats, grundsätzlich erstreikbar ist. In der Praxis stimmen sich Betriebsräte und Gewerkschaften häufig eng über ihre Forderungen und Vorgehensweise ab. Der Arbeitgeber kann dadurch in die Situation kommen, durch die betriebsverfassungsrechtlichen und tariflichen Arbeitnehmervertreter gleichsam in die Zange genommen zu werden, wodurch die tatsächlichen Kosten auch einer unternehmerisch gebotenen Betriebsänderung einem erheblichen Prognoserisiko ausgesetzt sind. In Teil I dieses Beitrags wird zunächst beleuchtet, auf was sich ein Arbeitgeber in dieser Situation einzustellen hat und wo die rechtlichen Grenzen der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter verlaufen. Teil II (BB 2024, Heft 46) wird sich mit Handlungsoptionen und Reaktionsmöglichkeiten für den Arbeitgeber befassen.

I. Rechtlicher Rahmen für die Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter (*de lege lata*)

1. Aktuelle Rechtsprechung

Auf der Grundlage der geltenden Gesetzeslage ist das Spielfeld für Tarifsozialplanforderungen¹ und eine abgestimmte Strategie von Gewerkschaft und Betriebsrat² von der instanz- und höchstgerichtlichen Rechtsprechung ausgesprochen weit abgesteckt. Hierauf müssen sich Arbeitgeber in der Praxis einstellen.

Schon vor der viel zitierten Grundsatzentscheidung des BAG³ haben sich das LAG Schleswig-Holstein⁴ und das LAG Niedersachsen⁵ jeweils in einstweiligen Verfügungsverfahren mit den wesentlichen rechtlichen Fragen einer parallel zum betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahren gem. §§ 111 ff. BetrVG geltend gemachten Tarifsozialplanforderung und entsprechender Streikaufrufe auseinandergesetzt – und letztlich im Sinne der jeweils verfügungsbeklagten Gewerkschaften entschieden. Beide der genannten LAG-Entscheidungen haben von der IG-Metall organisierte Streiks zur Erzwingung ei-

nes Tarifvertrags mit sozialplanähnlichen Inhalten für rechtmäßig gehalten und deswegen einen Verfügungsanspruch des Arbeitgebers jeweils verneint. Die Kernaussagen der beiden Urteile waren: Ein Streik zur Erzwingung einer tariflichen Regelung von Abfindungen bei betriebsbedingten Kündigungen, Qualifizierungsmaßnahmen oder, im Fall des LAG Schleswig-Holstein, zusätzlich um verlängerte Kündigungsfristen richtet sich auf tariflich regelbare Ziele. Die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen zur Mitbestimmung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten gem. §§ 111 ff. BetrVG haben keinen Vorrang vor der tarifautonomen Regelung dieser Inhalte. Solange die Tarifforderung auf tariflich regelbare Ziele gerichtet ist, ist eine Überprüfung der Höhe der Tarifforderung so gut wie gar nicht justitiabel.⁶ Schließlich verneinten beiden Landesarbeitsgerichte im jeweiligen Einzelfall einen Verstoß gegen die relative Friedenspflicht.⁷ Nachdem der 4. Senat des BAG⁸ bereits die Ansicht vertreten hatte, dass die §§ 111, 112 BetrVG⁹ die Befugnis der Tarifparteien zum Abschluss eines Tarifsozialplans nicht einschränkten, gelangten die grundsätzlichen Rechtsfragen eines Unterlassungsanspruchs der Arbeitgeberseite gegenüber Streikaufrufen zur Durchsetzung einer Tarifsozialplanforderung schließlich über die Vorinstanz LAG Hessen¹⁰ zum 1. Senat des BAG.¹¹ Dieser hat mit seinem viel beachteten¹² Urteil vom 24.4.2007 die von Ge-

1 In der Praxis haben sich eine Reihe von anderen Bezeichnungen für Tarifverträge mit sozialplanähnlichem Inhalt eingebürgert. Die Gewerkschaften scheinen insofern den Begriff „Sozialtarifvertrag“ zu favorisieren. Gemeint ist in jedem Fall das Gleiche.

2 Helm, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 109, 121, spricht hier gar von einem „Synchronisationsgebot“ nebst instruktivem Praxisbeispiel; ebenfalls instruktiv: der gemeinsame Bericht von Betriebsratsmitgliedern und IG Metall Funktionären zur Koordination ihres Vorgehens gegen betriebliche Maßnahmen an den deutschen Standorten des Automobilzulieferers Musashi Europe, unter dem Titel „Zukunft durch Widerstand“, herausgegeben von der IG Metall Bezirken Mitte und Sachsen-Anhalt, Frankfurt/Hannover, Sept. 2022, abrufbar unter https://www.igmetall.de/download/20220804-Musashi_Zukunft-durch-Widerstand.pdf (Abruf: 17.10.2024).

3 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235.

4 LAG Schleswig-Holstein, 27.3.2003 – 5 Sa 137/03, juris.

5 LAG Niedersachsen, 2.6.2004 – 7 Sa 819/04, AP Nr. 164 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

6 Immerhin hat das LAG Schleswig-Holstein, 27.3.2003 – 5 Sa 137/03, juris, noch festgestellt, dass die Tariffähigkeit einer Forderung auch vom Forderungsumfang abhängig sein kann. Im konkreten Fall habe der Arbeitgeber aber nicht dargelegt und bewiesen, dass die Umsetzung der konkreten Tarifforderung zu einer „wirtschaftlichen Erdrosselung“ seines Unternehmens geführt hätte.

7 Das LAG Niedersachsen, 2.6.2004 – 7 Sa 819/04, AP Nr. 164 zu Art 9 GG Arbeitskampf, hat dies auch im Hinblick auf eine für den betrieblichen Sozialplan eingesetzte tarifliche Schlichtungsstelle gem. § 76 Abs. 8 BetrVG mit der Begründung verneint, es handle sich bei der betreffenden Regelung des einschlägigen Manteltarifvertrags lediglich um eine Verfahrensregelung und nicht um eine abschließende Kompetenzzuweisung für Sozialpläne.

8 BAG, 6.12.2006 – 4 AZR 798/05, BAGE 120, 281.

9 Bzw. entsprechende personalvertretungsrechtliche Regelungen.

10 LAG Hessen, 2.2.2006 – 9 Sa 915/05, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75.

11 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235.

12 Mues, ArbRB 2007, 352 ff.; Zabel, AiB 2007, 379 ff.; Weller, EWiR 2007, 657 f.; Krieger, FA 2007, 366 ff.

werkschaftsseite schon im Vorfeld propagierte¹³ Strategie des „Doppelten Sozialplans“ weitgehend absegnet. In dieser Grundsatzentscheidung hat das BAG eine Reihe von Pflöcken eingeschlagen, die seither den rechtlichen Rahmen für die Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter im Falle einer anstehenden – oder auch nur vermuteten¹⁴ – Betriebsänderung bestimmen. Die wesentlichen vom BAG eingerammten Pflöcke sind:

- Ein Streik mit dem Ziel einen Tarifvertrag über den Ausgleich der mit einer geplanten Betriebsänderung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile zu erzwingen, ist nicht wegen der zwingenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung ausgeschlossen. Eine dahingehende „Sperrwirkung“ ordneten die §§ 111 ff. BetrVG nicht an. Auch im Hinblick auf den arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei einem Streik über eine tariflich regelbare Nachteilsausgleichsregelung grundsätzlich nicht ein Mangel der Erforderlichkeit entgegenzuhalten. Die Auffassung, es fehle an Letzterer weil die Regelungen der §§ 111 ff. BetrVG ein friedliches und weniger belastendes Verfahren zum Abschluss von Sozialplanregelungen bereithalte, sei nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG zu vereinbaren.
- Gewerkschaften müssen mit einem auf den Abschluss eines Tarifsozialplans gerichteten Streikaufruf nicht zuwarten, bis das betriebliche Interessenausgleichs- und Sozialplanverfahren abgeschlossen ist. Eine solche Beschränkung der koalitionspezifischen Betätigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG gäbe das BetrVG nicht her. Auch aus arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen ergäbe sich keine von Gewerkschaftsseite einzuhaltende Reihenfolge. Eine damit einhergehende „Zangenwirkung“ könne im Hinblick auf die Koalitionsbetätigungsgarantie jedenfalls nicht zu Lasten der Tarifvertragsparteien aufzulösen sein.
- Das BAG lehnt eine gerichtliche Übermaßkontrolle von Streikforderungen ab, solange deren Gegenstand tariflich regelbar ist. Eine solche Kontrolle verstoße gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaften und stelle die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in Frage. Die Höhe einer Streikforderung greife nicht in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Arbeitgebers ein. Die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie bestehe auch darin, selbst über Arbeitskampfstrategien und damit auch über das als erforderlich angesehene Maß einer Streikforderung entscheiden zu können. Eine Grenze sieht das BAG erst dort, wo die Streikforderung gezielt auf die wirtschaftliche Existenzvernichtung des Gegners gerichtet ist.
- Tarifsozialplanforderungen zu Abfindungsregelungen, Qualifizierungsmaßnahmen und verlängerten Kündigungsfristen sind grundsätzlich auf tariflich regelbare Ziele gerichtet.
- Maßgeblich für den gerichtlich überprüfbaren Inhalt einer Streikforderung sind ausschließlich die dem Gegner in Form des konkreten von den dazu legitimierten Gremien der Gewerkschaft getroffenen Streikbeschlusses übermittelten Forderungen. „Sonstige Verlautbarungen“ nicht vertretungsberechtigter Gewerkschaftsmitglieder seien zur Bestimmung des Streikziels schon aus Gründen der Rechtssicherheit und um der Unbefangenheit der Meinungsbildung innerhalb der Gewerkschaft willen unmaßgeblich.¹⁵

Aufgrund seiner ausschließlichen Orientierung an dem formalen Streikbeschluss als Grundlage für die rechtliche Bewertung des Streikziels, sah das BAG im konkreten Fall keine Veranlassung zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine Tarifforderung nach dem Verzicht auf die geplante Betriebsänderung an sich zulässig wäre. Denn nach der

Interpretation des streitgegenständlichen Streikbeschlusses durch das BAG wurde diese Forderung gar nicht gestellt. Dass die gestellten Tarifsozialplanforderungen, so das BAG, „jedenfalls in ihrer Summe geeignet gewesen wären“, die geplante Betriebsänderung faktisch zu verhindern oder wirtschaftlich unsinnig zu machen, konnte nach Sicht der Erfurter Richter konsequenterweise keine Rolle spielen, da eine gerichtliche Übermaßkontrolle von bloßen Streikforderungen, wie oben beschrieben, nicht stattfindet.

Die Entscheidung des BAG vom 24.4.2007 fand in der Literatur ein außerordentliches Echo. Während eine Gruppe von Autoren¹⁶ die weitreichende höchstrichterliche Absegnung einer „Strategie des doppelten Sozialplans“ auf der Grundlage der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsbetätigungsfreiheit und Tarifautonomie begrüßten, wurde die Entscheidung von einer anderen Autorengruppe¹⁷ kritisiert. Jedenfalls haben sich, soweit ersichtlich, die Instanzgerichte in der Folge ausnahmslos der Grundsatzentscheidung des BAG nicht nur angeschlossen, sondern die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Tarifsozialplanforderung und eines darauf gerichteten Streikaufrufs noch weiter gesenkt. So hat das LAG Hamm¹⁸ entschieden, dass ein Tarifsozialplan auch dann tariflich regelbar und damit erstreikbar sei, wenn keine Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG vorliegt. Das LAG Hessen¹⁹ hat im Zusammenhang mit einer Übermaßkontrolle einer Tarifsozialplanforderung festgestellt, dass auch ein aufgrund von der Beschädigung von Kundenbeziehungen vom Arbeitgeber befürchteter unverhältnismäßiger Schaden keine Bedeutung für die Rechtmäßigkeit eines Erzwingungsstreiks hat. Mit der vom BAG nicht entschiedenen Frage, inwieweit durch eine Tarifsozialplanforderung in die, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte, tarifvertragsfreie Unternehmensautonomie eingegriffen werden darf, hat sich das LAG Baden-Württemberg in einer bemerkenswerten Entscheidung²⁰ näher auseinandergesetzt. Das Gericht hat in dieser Entscheidung letztlich bestätigt, dass die „eigentliche“ von Art. 12 GG garantierte Unternehmerfreiheit nicht Gegenstand einer Tarifsozialplanforderung sein kann, wenngleich, so das LAG Baden-Württemberg, die Gewerkschaften nicht darauf beschränkt seien, nur soziale Folgewirkungen unternehmerischer Entscheidungen zu regeln.

2. Unternehmerische Entscheidung

Für die Praxis ist vor dem Hintergrund der beschriebenen (und gesicherten) Rechtsprechung somit davon auszugehen, dass für Tarifsozialplanforderungen der Gewerkschaften und Streiks zu deren Erzwingung ein weiter Raum besteht, unabhängig von parallel einzuhaltenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahren. Im Falle mitbestimmungspflichtiger Betriebsänderungen müssen sich Arbeitgeber deshalb gegebenenfalls auf eine konzertierte Doppelstrategie von Betriebsrat und im Betrieb vertretener Gewerkschaft einstellen.

¹³ S. unten II.1.

¹⁴ S. unten Fn. 18.

¹⁵ Verweis auf BVerfG, 4.7.19951 – BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365.

¹⁶ *Brecht-Heitzmann*, NJW 2007, 3617; *Zabel*, AiB 2007, 379.

¹⁷ *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 343; *Lipinski/Ferme*, DB 2007, 1250; zur vorhergehenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung (s. oben Fn. 4, 5), sowie der vorinstanzlichen Entscheidung des LAG Hessen (s. oben Fn. 10) *Willemsen/Stamer*, NZA 2007, 413.

¹⁸ LAG Hamm, 2.7.2017 – 12 Ta 373/17, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 111.

¹⁹ LAG Hessen, 16.7.2018 – 16 SaGa 933/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 113.

²⁰ LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114. Im konkreten Fall ging es um die Forderung nach einer befristeten Betriebsfortführung über den seitens des Arbeitgebers beabsichtigten Zeitpunkt hinaus.

Die verbleibende von der Rechtsprechung noch nicht geschliffene Bastion ist die unternehmerische Entscheidung an sich, also die Kernfrage des „ob“ einer Betriebsänderung.²¹ Diese bleibt – jedenfalls vorerst²² – eine streikfreie Zone.

II. Der Tarifsozialplan als Mittel betrieblicher Tarifpolitik

Die Gewerkschaften und gewerkschaftsnahe Autoren sahen und sehen sich durch die von der Rechtsprechung auf der Grundlage der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsbetätigungsfreiheit und der Tarifautonomie etablierten Grundsätze uneingeschränkt bestätigt und haben auf dieser Grundlage seither ihre tarifpolitischen Strategien entsprechend weiterentwickelt.²³ Für den Umgang mit Tarifsozialplanforderungen in der Praxis ist es wichtig, sich die Interessenlage der Arbeitnehmervertreter, insbesondere der Gewerkschaften, zu vergegenwärtigen.

1. Strategie des „Doppelten Sozialplans“

Der Tarifsozialplan ist ein Instrument der vornehmlich auf die Rekrutierung neuer Mitglieder ausgerichteten²⁴ betrieblichen Tarifpolitik der Gewerkschaften. Die sich aus dem Nebeneinander von betrieblicher Mitbestimmung und tarifautonomen Forderungen bei Betriebsänderungen ergebende Möglichkeit einer konzertierten Vorgehensweise von Betriebsrat und Gewerkschaft ist Teil einer von Gewerkschaftsseite gezielt propagierten Strategie.²⁵ Diese bereits 1998 durch die IG Metall entwickelte Strategie des „Doppelten Sozialplans“²⁶ wird spätestens seit der Grundsatzentscheidung des BAG aus April 2007 seitens der Gewerkschaften offensiv vorangetrieben.²⁷ Konsequenterweise bieten die Gewerkschaften bzw. gewerkschaftsnahe Anbieter umfangreiche Betriebsratsschulungen zu diesem Thema an, in denen die gemeinsame Strategieplanung, die Organisation der Unterstützung der Belegschaften sowie eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit im Mittelpunkt stehen.²⁸ In den Betrieben werden die Vorteile eines Zusammenwirkens zwischen Betriebsrat und Gewerkschaften intensiv beworben.²⁹ Und zwar sowohl von den Gewerkschaften als auch von Betriebsratsseite.³⁰ Im Rahmen dieser Kampagne wird, ganz im Sinne des tarifpolitischen Ziels der Mitgliedergewinnung, betont, dass ein hoher Organisationsgrad Voraussetzung für die Erzwingbarkeit eines Tarifsozialplans und damit einer erfolgreichen Umsetzung der Strategie des „Doppelten Sozialplans“ ist, weshalb den einschlägigen Informationsmaterialien oftmals gleich auch Mitgliedschaftsanträge beigelegt sind.

2. Tarifpolitisches Ziel: „Ausweitung der Kampfzone“

Das grundlegende politische Problem, das sich für die Gewerkschaften im Zusammenhang mit dem Instrument des Tarifsozialplans und mit der auf der Grundlage der insoweit gesicherten Rechtsprechung fortentwickelten Strategie des „Doppelten Sozialplans“ stellt, ist, dass die Zulässigkeit und Erstreikbarkeit – *de lege lata* – auf sozialplanähnliche Inhalte des Tarifvertrags, und damit lediglich auf die „Folgenbewältigung“³¹ der jeweiligen Betriebsänderung beschränkt ist. Ein Streikrecht gegen die eigentliche Umsetzung der der Betriebsänderung zugrundeliegenden unternehmerischen Entscheidung besteht nach herrschender Meinung nach wie vor nicht,³² auch nicht nach der Grundsatzentscheidung des BAG vom April 2007.³³ Tritt die Gewerkschaft also in ernsthafte Verhandlungen³⁴ über die von ihr mit

dem Tarifsozialplan zulässigerweise geforderte „Folgenbewältigung“, muss sie die eigentliche Betriebsänderung implizit akzeptieren. Aufgrund dieser Situation sind mitunter auch die Gewerkschaften selbst erheblicher Kritik³⁵ ausgesetzt. Die tarifpolitische Zielrichtung der Gewerkschaften ist deshalb folgerichtig darauf gerichtet, dass die einer Betriebsänderung zugrundeliegenden unternehmerischen Entscheidungen an sich keine „tarif- und streikfreien Zonen“ sein dürfen.³⁶ Es bleibt daher abzuwarten, wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zukünftig zu einer solchen „Ausweitung der Kampfzone“ positioniert.

III. Grenzen für die Umsetzung der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter

Auch wenn der rechtliche Rahmen für von Gewerkschaftsseite erhobene Tarifsozialplanforderungen, deren Erstreikbarkeit und die enge Abstimmung mit den Betriebsräten im Falle einer geplanten Betriebsänderung nach der Rechtsprechung weit abgesteckt ist, so ist er dennoch endlich. Wird vor³⁷ oder während der Beratungen der Betriebsparteien über Interessenausgleich und Sozialplan von einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft die Forderung nach einem Tarifsozialplan erhoben und deren Durchsetzung durch Arbeitskampfmaßnahmen in Aussicht gestellt, bestehen zum einen tarif- und arbeitskampfrechtliche Grenzen. Zum anderen sind beim abgestimmten Zusammenwirken von Gewerkschaften und Betriebsräten, insbesondere in Beratun-

21 S. unten III.1.a)aa).

22 S. unten II.2.

23 S. unten II.1.

24 Hierzu *Schroeder/Fuchs*, „Neue Mitglieder für die Gewerkschaften – Mitgliederpolitik als neues Politikfeld der IG Metall, Otto Brenner Stiftung, 2019.

25 *Dieterich*, Vortrag „Die betriebliche Mitbestimmung im Zusammenspiel mit der Tarifautonomie“, Jan. 2006, Böcklerimpuls 3/2006; Abschlussbericht der Hans Böckler Stiftung, „Auseinandersetzungen um Betriebsabschlüsse“, Hamburg/München 2008.

26 *Bauer/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, C. Rz. 6; *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019 ff.

27 *Zabel/Steininger/Fay*, ArbuR 2021, 498.

28 S. nur Programm zum Online-Seminar des Netzwerks Arbeit und Innovation für Betriebsräte und Vertrauensleute (Veranstalter: I.M.U.-Institut, Unterstützer: IG Metall Leipzig) vom 23.8.2023 mit dem Titel „Die Zukunft selber in die Hand nehmen: Wie man in der Transformation Absicherung erkämpfen kann“, in dem explizit auch juristische Einschätzungen zum Verhältnis Tarifsozialplan zu betrieblicher Mitbestimmung und der Rolle von Betriebsräten auf der Tagesordnung stehen: PowerPoint-Präsentation (igmetall-leipzig.de [Abruf: 17.10.2024]); Seminarangebot der IG Metall Gera, IG Metall Jena-Saalfeld und dem DGB-Bildungswerk Thüringen, „Gemeinsam durch die Krise – Modul 4 Sozialtarifvertrag und Öffentlichkeitsarbeit“, abrufbar unter https://www.dgb-bwt.de/wp-content/uploads/2021/02/2021-03-24-EL-M4-Sozial-TV_Oeff.arb_.pdf (Abruf: 17.10.2024).

29 IG Metall Schweinfurt, „Erklärt: Das sind die Aufgaben eines Betriebsrats“, 7.12.2021, abrufbar unter <https://www.igmetall.de/im-betrieb/betriebsrat/das-sind-die-aufgaben-eines-betriebsrats> (Abruf: 17.10.2024); IG Metall Pforzheim, Information für die Beschäftigten der Firma Harman/Becker in Karlsbad-Ittersbach, 2014, abrufbar unter https://www.pforzheim.igm.de/downloads/artikel/attachments/ARTID_49222_9q1vGB?name=br.pdf (Abruf: 17.10.2024).

30 Beispielhaft: Information des Konzernbetriebsrats der DuMont Mediengruppe vom 5.10.2016, in der es heißt, dass Betriebsräte zwar verpflichtet sind, den Betriebsfrieden zu wahren, dies die Betriebsräte aber nicht hindere, im Falle von Betriebsänderungen „sehr eng mit den Gewerkschaften zu kooperieren“, abrufbar unter <https://dumontschauerg.files.wordpress.com/2016/10/kbr-info-11-2016.pdf> (Abruf: 17.10.2024).

31 *Helm*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 89.

32 S. unten III.1.a)aa).

33 S. oben I.2.

34 S. unten III.1.c), Teil II, IV.3.c).

35 *Schwarz* auf der World Socialist Web Site vom 28.8.2023, der feststellt, die Gewerkschaften (hier die IG Metall in der Autozuliefererindustrie) „verkaufen die Arbeitsplätze schließlich gegen einen „Sozialtarifvertrag“, abrufbar unter <https://www.wsws.org/de/articles/2023/08/27/zuli-a27.html> (Abruf: 17.10.2024).

36 *Zabel/Steininger/Fay*, ArbuR 2021, 498, bzgl. der Transformation der Automobilindustrie; s. auch „Hannoveraner Erklärung“ der IG Metall vom März 2023, abrufbar unter https://www.igmetall.de/download/20230329_Hannoveraner_Erklaerung.pdf (Abruf: 17.10.2024).

37 *Willemsen*, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148d.

gen gemäß §§ 111 ff. BetrVG und gegenüber den Belegschaften, fortbestehende betriebsverfassungsrechtliche Grundsätze zu beachten.

1. Tarif- und arbeitskampfrechtliche Grenzen

Die Forderung und Erzwingung eines Tarifsozialplans dürfen den (weiten) Rahmen der verfassungsrechtlich verankerten Tarifautonomie und Koalitionsbetätigungsfreiheit und der allgemeinen arbeitskampfrechtlichen Grundsätze nicht überschreiten. Wie oben dargelegt,³⁸ sind eine Reihe von insoweit wesentlichen Fragen im Sinne einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen zur Durchsetzung einer Tarifsozialplanforderung als höchstrichterlich beantwortet zu betrachten. Das BAG³⁹ ist der Ansicht, dass ein Streikaufruf der Gewerkschaft zur Durchsetzung einer von ihr parallel zum betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahren erhobenen Tarifsozialplanforderung grundsätzlich weder gegen das arbeitskampfrechtliche Paritätsgebot noch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁴⁰ verstößt. Gleichwohl verbleiben in der Praxis Bereiche, in denen die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Gewerkschaft im Einzelfall durchaus kritisch geprüft werden sollte, um, gegebenenfalls, gerichtliche Schritte⁴¹ gegen angedrohte Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaft zu erwägen und so die „Zangenwirkung“ der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter abzuschwächen.

a) Tarifbezug

Eine durch die Tarifautonomie und die Koalitionsbetätigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigte Arbeitskampfmaßnahme muss auf ein tarifbezogenes, tariflich regelbares⁴² und rechtmäßiges⁴³ Regelungsziel gerichtet sein. Ist das nicht der Fall, ist ein Streik oder eine sonstige Arbeitskampfmaßnahme rechtswidrig.

aa) Tarifliche Regelbarkeit

Wie oben⁴⁴ dargelegt, sind sozialplanähnliche Forderungen der Gewerkschaft zu Abfindungsregelungen, Qualifizierungsmaßnahmen und verlängerten Kündigungsfristen nach der Rechtsprechung grundsätzlich auf tariflich regelbare Ziele gerichtet. Dabei handelt es sich um Regelungsbereiche, die zweifellos jedenfalls mittelbaren Einfluss auf die einer Betriebsänderung zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung haben können. Nach der Grundsatzentscheidung des BAG ist dies aber nicht zu beanstanden.

Bislang jedenfalls nicht höchstrichterlich entschieden ist indes,⁴⁵ inwieweit auch Tarifsozialplanforderungen, die unmittelbar gegen die unternehmerische Entscheidung gerichtet sind (vor allem Forderungen nach dem Unterlassen einer Betriebsänderung bzw. nach dem Erhalt eines Standorts) einen darauf gerichteten Erzwingungsstreik rechtfertigen können. Die Antwort auf diese Frage ist rechtlich facettenreich⁴⁶ und im Ergebnis in besonderem Maße von den berichtigten Umständen des Einzelfalls abhängig. Richtigerweise ist hier jeweils eine Konkordanzprüfung der betroffenen Grundrechtspositionen der Gewerkschaft (Art. 9 Abs. 3 GG) auf der einen und des Arbeitgebers (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) auf der anderen Seite vorzunehmen.⁴⁷ Nicht von der Hand zu weisen ist in diesem Zusammenhang das Argument,⁴⁸ dass es auch bei einer auf die Verhinderung einer Betriebsänderung gerichteten Tarifforderung letztlich um (tariflich grundsätzlich regelbare) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geht. Auch ist zu beachten, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit nicht nur normative Tarifregelungen umfasst, sondern auch die Forderung nach schuldrechtlichen Vereinbarungen,⁴⁹ beispielsweise über eine Stand-

ortsicherung auch im Rahmen sog. Zukunftstarifverträge oder Vereinbarungen über Investorenprozesse.⁵⁰ Für die Praxis ist gleichwohl wichtig festzustellen, dass die Abwägung der sich in einem solchen Fall gegenüberstehenden Grundrechtspositionen nach der, soweit ersichtlich, herrschenden Meinung⁵¹ dazu führt, dass ein Arbeitskampf, der sich unmittelbar gegen eine Standortentscheidung richtet, grundsätzlich unzulässig ist. Nach teilweise vertretener Ansicht,⁵² sind Ausnahmen von diesem Grundsatz bei Standortentscheidungen von Kapitalgesellschaften oder „Großunternehmen“ angezeigt, weil bei diesen ein personaler Bezug zu den Grundrechten des Arbeitgebers fehlt. Doch sprechen gegen diese Ansicht eine Reihe von überzeugenden Argumenten.⁵³ Angesichts des Fehlens einer höchstrichterlichen Klärung ist nach wie vor davon auszugehen, dass eine direkt gegen eine Standortentscheidung gerichtete Tarifforderung *de lege lata* unzulässig und ein darauf gerichteter Streik rechtswidrig ist.⁵⁴

bb) Ermittlung des Regelungsziels

Da die Rechtmäßig- bzw. Rechtswidrigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme der Gewerkschaft von dem konkreten Streikziel abhängt, ist es wesentlich zu identifizieren, welche Ziele genau durch einen Streik durchgesetzt werden sollen.⁵⁵ Dies ist bei einem auf den Abschluss eines Tarifsozialplans gerichteten Erzwingungsstreik im Rahmen der konzertierten Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter in der Praxis oftmals problematisch, weil die Tarifsozialplanforderungen und -verhandlungen häufig von einer intensiven Öffentlichkeitsarbeit

38 S. oben I.1.

39 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235.

40 Unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Erforderlichkeit eines Arbeitskampfs angesichts des gesetzlichen Schlichtungsverfahrens (Einigungsstelle) im betriebsverfassungsrechtlichen Schlichtungsverfahren. Das BAG hat in seiner Grundsatzentscheidung klargestellt, dass die §§ 111 ff. BetrVG insoweit keine „Sperrwirkung“ entfalten.

41 S. unten III.1.e).

42 BVerfG, 24.10.2019 – 1 BvR 887/17, juris; BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134; LAG Hessen, 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, BB 2015, 2813; jedenfalls dann, wenn es sich nicht um eine reine Nebenforderung der Gewerkschaft handelt.

43 *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 115.

44 S. oben I.1.

45 S. oben I.2.

46 *Münder*, RdA 2020, 340, zu den europarechtlichen, verfassungsrechtlichen, einfachrechtlichen und richterrechtlichen Dimensionen dieser Rechtsfrage.

47 LAG Hessen, 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, BB 2015, 2813; *Treber*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 192, Rn. 6; *Frieling/Jacobs/Krois*, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4, Rn. 51, m. w. N.

48 LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114: Im konkreten Fall ging es allerdings nicht um die komplette Verhinderung einer Standortschließung, sondern lediglich um die Forderung nach einer befristeten Betriebsführung über den seitens des Arbeitgebers beabsichtigten Zeitpunkt hinaus. Das Gericht sah dadurch die unternehmerische Stilllegungsentscheidung selbst (noch) nicht in Frage gestellt; *Helm*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 91 ff., unter expliziter Bezugnahmen auf BAG, 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, BAGE 64, 284.

49 BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, BAGE 148, 139.

50 Beispielsweise die „Tarifvereinbarung über Innovations- und Investorenprozesse“ für den Betrieb der GKN Driveline Deutschland GmbH in Zwickau/Mosel, über die der dortige Betriebsratsvorsitzende in einer IG Metall online-Publikation berichtet, abrufbar unter <https://igm-zwickau.de/aktuelles/meldung/wie-geht-es-weiter-mit-der-gelenkwelle-interviewreihe-startet> (Abruf: 17.10.2024).

51 *Frieling/Jacobs/Krois*, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4, Rn. 52, m. w. N.; *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 6. Aufl. 2024, § 103, Rn. 925 unter expliziter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe in BAG, 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, BAGE 64, 284; selbst *Zabel/Steininger/Fay*, ArbuR 2021, 498, erkennen die „bisher überwiegende Meinung in der Lit.“ an.

52 *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 116; *Helm*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 91 ff.; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 ff.

53 *Willemsen/Mehrens*, NZA 2018, 1382; *Frieling/Jacobs/Krois*, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4, Rn. 53 m. w. N.

54 A.A. *Zabel/Steininger/Fay*, ArbuR 2021, 498 m. w. N.; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017 ff.

55 Hierzu *Polzin*, NZA 2019, 753 ff.; *Wolter/Schubert/Rödl*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, S. 322 f.

der Arbeitnehmervertreter und einer tarifpolitischen Kampagne der Gewerkschaft begleitet wird.⁵⁶

Nach der Rechtsprechung des BAG⁵⁷ muss dem jeweiligen Arbeitskampfgegner der Inhalt des Beschlusses der zu einer Arbeitsk Kampfmaßnahme aufrufenden Partei bekanntgegeben werden. An Form und Inhalt dieser Bekanntgabe sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Solange ein entsprechender Streikbeschluss der Gewerkschaft vorliegt, kann es ausreichend sein, wenn der Arbeitgeber darüber durch im zu bestreikenden Betrieb verteilten Flugblätter Kenntnis erlangt.⁵⁸ Aus dem Streikbeschluss muss sich jedenfalls ergeben, mit welchem Ziel zum Arbeitskampf aufgerufen wird. Nach der Grundsatzentscheidung des BAG vom 24.4.2007⁵⁹ kommt es bei einem Streikaufruf zur Erzwingung eines Tarifsozialplans entscheidend auf die im formellen Streikbeschluss enthaltenen konkreten Tarifforderungen an. Sonstige Äußerungen von Gewerkschaftsvertretern, etwa im Rahmen öffentlichkeitswirksamer Mitgliedergewinnung bzw. -mobilisierung, bleiben außen vor.⁶⁰ Diesen formalen Standpunkt hat das BAG in einer weiteren Entscheidung vom 26.7.2016⁶¹ bestätigt. Allerdings war in beiden vorgenannten BAG-Entscheidungen die Frage, ob der Streikbeschluss inhaltlich den tatsächlichen Tarifforderungen entspricht gar nicht streitig. Zudem hat das BAG selbst den von ihm gebildeten Obersatz, es komme ausschließlich auf den förmlichen Streikbeschluss an insofern relativiert,⁶² als es den verfahrensgegenständlichen Streikbeschluss im Lichte der Gesamtumstände interpretiert. Dieser Punkt wurde vom LAG Hessen in seiner Entscheidung vom 9.9.2015⁶³ zu Recht aufgegriffen. Obwohl ein förmlicher Streikbeschluss vorlag, hat das LAG Hessen im Rahmen freier Beweiswürdigung für die Bestimmung des Streikziels den „wirklichen Willen“ der kampf führenden Gewerkschaft durch Auslegung ermittelt und dabei offizielle Pressemitteilungen und Mitgliederkommunikation berücksichtigt, weil das dem Arbeitgeber kommunizierte Kampfziel nach dem allgemeinen Tarifverhandlungsverlauf unklar war. In Konstellationen, in denen schon kein förmlicher Streikbeschluss vorlag bzw. dieser dem zu bestreikenden Arbeitgeber nicht mitgeteilt wurde, greifen die Instanzgerichte⁶⁴ zu einer Interpretation „anderer Quellen“, wie beispielsweise Abstimmungszettel für eine Urabstimmung, Streikaufrufe und Pressemitteilungen.⁶⁵

Die Beobachtung in der Praxis ist, dass die einen förmlichen Streikbeschluss zur Durchsetzung eines Tarifsozialplans fassenden Gewerkschaften sich eng an der formalen Sichtweise des BAG orientieren und im förmlichen Verfahren regelmäßig nur die anerkanntermaßen tariflich regelbaren Ziele beschließen, ohne (unzulässige)⁶⁶ direkt gegen eine Standortentscheidung gerichtete Tarifforderungen aufzunehmen. Angesichts der aufgezeigten jüngeren instanzgerichtlichen Rechtsprechung kann diese strategisch nachvollziehbare Vorgehensweise der Gewerkschaften jedoch zumindest dann kritisch zu überprüfen sein, wenn im Rahmen der Tarifsozialplanforderung und der entsprechenden Verhandlungen seitens der Gewerkschaft und ihrer Vertretungsberechtigten Verlautbarungen und öffentlichkeitswirksame „Kampagnen“ offensiv vorangetrieben werden, aus denen sich Zweifel an dem „wirklichen“ Ziel eines Erzwingungsstreiks ergeben.⁶⁷ Dies gilt erst recht, wenn es schon an einem förmlichen Streikbeschluss der Gewerkschaft fehlt. Soweit auf dieser Grundlage vom Arbeitgeber gerichtliche Schritte gegen einen drohenden Arbeitskampf erwogen werden,⁶⁸ darf jedenfalls nicht versäumt werden zu bestreiten, dass der Inhalt eines Streikbeschlusses, sofern vorhanden, inhaltlich den tatsächlichen Tarifforderungen entspricht und zu den „Ge-

samtumständen“ substantiiert vorzutragen. Vorsorglich sollte der Arbeitgeber sämtliche Veröffentlichungen und Verlautbarungen der Gewerkschaft im Zusammenhang mit der anstehenden Betriebsänderung und der Tarifsozialplanforderung dokumentieren.⁶⁹

cc) Rechtmäßigkeit des Regelungsziels

Arbeitskampfmaßnahmen, mit denen nicht rechtmäßige tarifliche Regelungen erzwungen werden sollen, sind rechtswidrig.⁷⁰ Dabei macht bereits die Rechtswidrigkeit einer von mehreren Tarifforderungen einen Streik insgesamt rechtswidrig.⁷¹ Eine graduelle Bewertung einer Tarifforderung im Verhältnis zu anderen im Sinne von Haupt- und Nebenforderungen lehnt das BAG zu Recht ab.⁷² Deshalb sollten die einzelnen „offiziellen“ Tarifsozialplanforderungen, sofern sie als solche identifizierbar sind,⁷³ einzeln einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen werden. Soweit diese auch nur hinsichtlich einer Tarifforderung negativ ist – beispielsweise wegen mangelnden Tarifbezugs,⁷⁴ Verstoßes gegen die Friedenspflicht⁷⁵ oder unrechtmäßiger Differenzierungsklauseln⁷⁶ – ist ein entsprechender Arbeitskampf rechtswidrig.

b) Friedenspflicht

Streiks oder andere Arbeitsk Kampfmaßnahmen zur Durchsetzung einer Tarifsozialplanforderung sind rechtswidrig, soweit aufgrund bestehender tariflicher Regelungen eine Friedenspflicht gilt.⁷⁷ Sofern von den Tarifvertragsparteien keine absolute Friedenspflicht vereinbart wurde,⁷⁸ bestimmt sich die inhaltliche Reichweite der Friedenspflicht durch die Auslegung bestehender tariflicher Regelungen,⁷⁹ wobei auch mehrere Tarifverträge berücksichtigt werden können, wenn diese eine wirtschaftliche Einheit bilden.⁸⁰ Die Friedenspflicht aus be-

56 S. oben II.1.

57 BAG, 25.8.2015 – 1 AZR 875/13, BB 2016, 378, Rn. 28.

58 BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10, juris; LAG Hessen, 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, BB 2015, 2813.

59 S. oben I.1.

60 Ebenso LAG Schleswig-Holstein, 27.3.2003 – 5 Sa 137/03, juris.

61 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066.

62 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235, Rn. 110.

63 LAG Hessen, 9.9.2015 – 9 SaGa 1082/15, BB 2015, 2813; nachgehend BVerfG, 7.4.2020 – 1 BvR 2674/15, juris (Nichtannahmebeschluss).

64 LAG Hessen, 3.9.2021 – 16 SaGa 1046/21, juris; LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitsk Kampf Nr. 114.

65 Im Ergebnis zustimmend Polzin, NZA 2019, 753 ff., mit der zutreffenden Einschränkung, dass es sich in jedem Fall um Verlautbarungen vertretungsberechtigter Gewerkschaftsvertreter handeln muss.

66 S. oben III.1.a)aa).

67 Polzin, NZA 2019, 753 ff., spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von der Gefahr, dass der Streikbeschluss zum „Feigenblatt“ wird bzw. geworden ist, hinter dem sich die tatsächliche Auseinandersetzung abspielt.

68 S. unten III.1.e).

69 So auch Lipinski/Ferne, DB 2007, 1250 ff.

70 Treber, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 192, Rn. 6 m. w. N.

71 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066.

72 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066; differenzierend dazu Treber, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 192, Rn. 6 m. w. N.

73 S. oben III.1.a)bb).

74 S. oben III.1.a)aa).

75 S. unten III.1.b).

76 S. unten III.2.

77 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066; BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BB 2003, 1125, dazu Zeppenfeld/Beyerlein, EWIR 2003, 863; Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitsk Kampfrecht, 2021, § 4, Rn. 154; Linsenmaier, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitskrecht, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 124 f. m. w. N.

78 Etwa in Verbindung mit einem tariflichem Schlichtungsabkommen. Dazu Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitskrecht, 24. Aufl. 2024, § 1 TVG, Rn. 84.

79 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066; Kleinebrink, ArbRB 2022, 157 ff.; Wiedemann/Thüsing, Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl. 2023, § 1, Rn. 852.

80 Wiedemann/Thüsing, Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl. 2023, § 1, Rn. 860; Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitsk Kampfrecht, 2021, § 4, Rn. 136; a. A Seifert, in: Kempfen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2013, § 1, Rn. 914.

stehenden tarifvertraglichen Regelungen endet grundsätzlich mit dem Eintritt der Nachwirkung des entsprechenden Tarifvertrags.⁸¹ Auch das BAG setzt sich in seiner Grundsatzentscheidung zum Tarifsozialplan mit der Frage einer einem Streik entgegenstehenden Friedenspflicht auseinander.⁸² Im konkreten Fall haben die Erfurter Richter diese Frage u. a. mit der Begründung verneint, dass die reine Erhebung einer Tarifforderung oder Verhandlungen darüber nicht zu einer auf ihren Gegenstand bezogenen Friedenspflicht führt.

Grundsätzlich können aber bestehende tarifvertragliche Regelungen eine Friedenspflicht vermitteln, die einen Arbeitskampf zur Durchsetzung der Tarifsozialplanforderungen entgegensteht, wenn die entsprechenden Verbands- oder Firmentarifverträge Regelungen enthalten, die in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit den Tarifsozialplanregelungen stehen.⁸³ Es muss also ein einzelfallbezogener Vergleich zwischen den bestehenden tariflichen Regelungen und den Tarifsozialplanforderungen angestellt werden. Die maßgebliche Reichweite der durch die bestehenden Tarifregelungen vermittelten relativen Friedenspflicht ist durch deren Auslegung zu ermitteln. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass in eng begrenzten Ausnahmefällen⁸⁴ die aus bestehenden Tarifverträgen resultierende Friedenspflicht eingeschränkt sein kann. Stehen die bestehenden, gegebenenfalls auch in verschiedenen Tarifverträgen enthaltenen, Regelungen danach in einem sachlichen Zusammenhang mit den Tarifsozialplanforderungen – beispielweise bei Regelungen zum Schutz vor Rationalisierungen, wie Kündigungserschwerungen, Abfindungen und/oder Qualifizierungsmaßnahmen – spricht viel dafür, dass ein Arbeitskampf zur Erzwingung dieser Tarifsozialplanforderungen wegen Verstoßes gegen die Friedenspflicht unzulässig ist.⁸⁵ In diesem Zusammenhang können die in der Praxis vermehrt zu beobachtenden Abschlüsse von Tarifverträgen zur Unternehmenspolitik,⁸⁶ etwa in Form sogenannter Zukunftstarifverträge⁸⁷ oder Standortsicherungstarifverträge eine Rolle spielen. Typischerweise enthalten diese Tarifvertragswerke Regelungen zu Beschäftigungssicherung und zur Qualifizierungsmaßnahmen unter Einbindung der Betriebsparteien.⁸⁸ Es ist im Einzelfall durchaus denkbar, dass sich aus diesen häufig komplexen Tarifvertragswerken im Wege der Auslegung eine Friedenspflicht ergeben kann, die einen Arbeitskampf um konkrete Tarifsozialplanforderungen unzulässig macht.⁸⁹

c) Ultima Ratio-Grundsatz

Soweit die Gewerkschaft im Rahmen der mit dem Betriebsrat abgestimmten parallelen Verhandlungen über den Tarifsozialplan und über Interessenausgleich und Sozialplan die Tarifverhandlungen nicht ernsthaft betreibt, etwa weil nach der konzertierten Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter zunächst die Ergebnisse des Mitbestimmungsverfahrens mit dem Betriebsrat abgewartet werden sollen,⁹⁰ kann das Aufrufen zu einer Arbeitskämpfmaßnahme gegen den arbeitskampfrechtlichen *ultima ratio* Grundsatz⁹¹ verstoßen.⁹² Die Rechtsprechung des BAG zum Tarifsozialplan steht dem nicht entgegen.⁹³

d) Verbot existenzvernichtender Arbeitskämpfe

Schließlich müssen Gewerkschaften, die Tarifsozialplanforderungen durch einen Erzwingungsstreik durchsetzen wollen, bei der Durchführung der Arbeitskämpfmaßnahme das vom BAG aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelte Gebot existenzvernichtender Arbeitskämpfe⁹⁴ und das arbeitskampfrechtliche Verbot der fairen Kampfführung⁹⁵ beachten. Daraus folgt, dass die tatsächlichen Vo-

raussetzungen zur Fortführung des bestreikten Betriebs nach Streikende gesichert werden müssen.⁹⁶ In der Praxis werden die demgemäß erforderlichen Erhaltungs- und Notstandsarbeiten regelmäßig durch Notdienst-Vereinbarungen geregelt. Jedenfalls, wenn die Gewerkschaft sich dem Abschluss solcher Vereinbarungen gänzlich verweigert, kann die konkrete Arbeitskämpfführung rechtswidrig sein.

e) Rechtsweg

Hält die eine Tarifsozialplanforderung erhebende Gewerkschaft die vorgenannten tariflichen und arbeitskampfrechtlichen Grenzen nicht ein, kann seitens des Arbeitgebers die gerichtliche Unterbindung eines angedrohten Erzwingungsstreiks im Wege der einstweiligen Verfügung⁹⁷ erwogen werden, jedenfalls, wenn die bevorstehende Arbeitskämpfmaßnahme offenkundig rechtswidrig⁹⁸ ist. Soweit die handelnden Organe hinsichtlich der Rechtswidrigkeit einer Arbeitskämpfmaßnahme ein Verschulden trifft, kann auch ein Schadensersatzanspruch gegenüber der Gewerkschaft bestehen.⁹⁹

2. Grenzen einer Differenzierung zugunsten der Gewerkschaftsmitglieder

Steht die Forderung nach einem Tarifsozialplan im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung im Raum, sind die Interessen der Betriebsparteien und der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft nicht regelmäßig deckungsgleich. Der Betriebsrat wird in der Praxis anstreben, die gesamte Belegschaft in den Genuss der, gegebenenfalls

81 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235.

82 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235, Rn. 63.

83 LAG Berlin-Brandenburg, 28.9.2007 – 8 Sa 916/07, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 78a, für den Fall von Regelungen im Manteltarifvertrag und einem tariflichen Rationalisierungsschutzabkommen der privaten Versicherungswirtschaft; BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066.

84 LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114, für den Fall, dass der fragliche Tarifvertrag für den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Verhandlungspflicht vorsieht; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BB 2003, 1125: bei ganz ungewöhnlichen, bei Abschluss eines Verbandstarifvertrags unvorhergesehenen und von dessen Regelungen offensichtlich nicht erfassten Entwicklungen.

85 LAG Berlin-Brandenburg, 28.9.2007 – 8 Sa 916/07, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 78a; *Kleinebrink*, ArbRB 2022, 157 ff.; *Frieling/Jacobs/Krois*, Arbeitskampfrecht, 2021, § 4, Rn. 137; differenzierend *Treber*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 192, Rn. 8.

86 Dazu *Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, 2016.

87 Hierzu *Zabel/Steininger/Fay*, ArbuR 2021, 498; beispielsweise Tarifvereinbarung Zukunftssicherung und Wettbewerbsfähigkeit M+E Industrie Hessen vom 31.3.2021; auch in der Metall und Elektroindustrie Baden-Württemberg auf der Grundlage des „Kornwestheimer Abkommens“ (§ 2.3 des Tarifvertrags zur Beschäftigungssicherung vom 18.11.2022).

88 Exemplarisch: Zukunftstarifvertrag bei Körber/Hauni, 2020, abrufbar unter <https://wageindicator.de/arbeitsrecht/datenbank-der-tarifvertrage/hauni-maschinenbau-baltic-metall-technik-2020> (Abruf: 4.12.2023).

89 *Zabel/Steininger/Fay*, ArbuR 2021, 498, stellen hierzu lapidar und ohne nähere oder gar nachvollziehbare Begründung fest, dass aus entsprechenden Flächentarifverträgen keine einem betrieblichen Tarifsozialplan entgegenstehende Friedenspflicht resultiert.

90 S. Teil II, IV. 3.b).

91 Hierzu *Treber*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 192, Rn. 35.

92 *Lipinski*, DB 2007, 1250 ff., der zurecht darauf hinweist, dass in diesem Falle deutlich wird, dass es der Gewerkschaft gar nicht um einen Tarifvertrag mit sozialplanähnlichem Inhalt geht, sondern um die (der tariflichen Regelungsmacht nach wie vor entzogenen) Verhinderung der Betriebsänderung an sich (im Interesse der Mitgliedergewinnung).

93 Ebenso *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 345.

94 BAG, 11.5.1993 – 1 AZR 649/92, BAGE 73, 141.

95 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, BB 2010, 379.

96 *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 180 ff.

97 Der Erlass einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf ist nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich zulässig (BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, BAGE 138, 68; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 65, Rn. 9; *Bertzbach*, in: *Däubler Arbeitskampfrecht* 3. Aufl. 2011, § 24, Rn. 8).

98 LAG Baden-Württemberg, 24.2.2016 – 2 SaGa 1/15, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 103.

99 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066.

streikweise erzwungenen, tarifvertraglichen Regelung zum Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile zu bringen. Da die Gewerkschaften nach wie vor – jedenfalls formal und direkt – nicht gegen die Betriebsänderung an sich streiken dürfen,¹⁰⁰ liegen ihre Interessen (zumindest auch) darin, das Instrument des Tarifsozialplans zur Mitgliederrekrutierung zu nutzen.¹⁰¹ Dieses Ziel kann umso besser erreicht werden, als Tarifsozialplanleistungen exklusiv Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten sind.¹⁰² Aus diesem Grunde haben die Gewerkschaften erfolgreich – und entgegen einer älteren Grundsatzentscheidung des Großen Senats des BAG,¹⁰³ das Thema der tariflichen Differenzierungsklauseln zum Gegenstand der jüngeren arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung gemacht.¹⁰⁴ Der Arbeitgeber wiederum, hat häufig kein Interesse an einer Erhöhung des gewerkschaftlichen Organisationsgrades seiner Arbeitnehmer oder gar an einer Beitrittschwelle¹⁰⁵ aufgrund einer im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung von der Gewerkschaft propagierten Tarifsozialplanforderung, nicht zuletzt wegen einer damit einhergehenden Erhöhung des tatsächlichen Streikrisikos.¹⁰⁶ Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber aus betriebspolitischen Gründen auch daran interessiert sein, eine Gleichbehandlung seiner nicht organisierten Mitarbeiter mit den Gewerkschaftsmitgliedern sicherzustellen,¹⁰⁷ jedenfalls dann, wenn die Ergebnisse der Tarifsozialplanverhandlungen ein wirtschaftlich vertretbares Niveau haben. Vor diesem Hintergrund wird die Frage relevant, in welchem Umfang in einem Tarifsozialplan zugunsten der Gewerkschaftsmitglieder (und zulasten der Nicht-Gewerkschaftsmitglieder) differenziert werden kann und inwieweit eine solche Differenzierung Bestandteil der Tarifforderung sein darf. Werden bei der Gestaltung des Tarifsozialplans die insoweit bestehenden rechtlichen Grenzen überschritten, führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der tariflichen Differenzierungsklausel ohne die Wirksamkeit der tariflichen Regelungen ansonsten zu beeinträchtigen.¹⁰⁸ Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer tariflichen Differenzierungsklausel ist regelmäßig ein Anspruch der zu Unrecht ausgeschlossenen Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber auf die unrechtmäßigerweise den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltenen Tarifsozialplanleistungen.¹⁰⁹ Der Arbeitgeber ist also schon aus diesem Grunde gut beraten, die von der Gewerkschaft geforderten Differenzierungen zugunsten ihrer Mitglieder zu prüfen. Sind unzulässige Differenzierungen Bestandteil der Tarifsozialplanforderung, kann dies auch für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Streiks zur Durchsetzung der Tarifforderung Relevanz haben.¹¹⁰ Der rechtliche Rahmen für eine zulässige Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern, jenseits von sog. qualifizierten Differenzierungsklauseln wie Spannen- bzw. Tarifausschlussklauseln,¹¹¹ ist von der Rechtsprechung weit abgesteckt.¹¹² Die insoweit maßgebliche aktuelle Rechtsprechung des 4. Senats des BAG¹¹³ und deren faktische Absegnung durch das Bundesverfassungsgericht¹¹⁴ sprechen in der Tat dafür, dass die Tarifvertragsparteien bei der Vereinbarung von „Gewerkschaftsboni“ oder sonstigen Sonderleistungen für Gewerkschaftsmitglieder durch sog. einfache Differenzierungsklauseln weitgehend keine Rücksicht auf „Außen-seiter“ nehmen müssen.¹¹⁵ Doch bestehen nach wie vor durchaus Grenzen hinsichtlich der Zulässigkeit der von den Gewerkschaften angestrebten Privilegierung der Gewerkschaftsmitglieder zulasten der Nicht-Gewerkschaftsmitglieder, an denen sich insbesondere Tarifsozialplanforderungen messen lassen müssen.

a) Spannenklauseln

Nach der Rechtsprechung des BAG¹¹⁶ sind jedenfalls sogenannte Spannenklauseln wegen Überschreitung der Tarifmacht unzulässig. Dabei handelt es sich um Inhaltsnormen, die eine den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung dadurch absichern soll, dass sie für den Fall einer Kompensationsleistung des Arbeitgebers an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer das Entstehen eines entsprechend erhöhten Anspruchs für Gewerkschaftsmitglieder vorsieht. Diese insoweit gesicherte Rechtsprechung begegnet offensichtlich der Missbilligung der Gewerkschaften.¹¹⁷ Gleichwohl hat sich die Tarifpraxis darauf eingestellt, weshalb Spannenklauseln in Tarifsozialplanforderungen vorerst keine praxisrelevante Rolle mehr spielen.

b) Tarifausschlussklauseln

Auch Tarifforderungen wonach es dem Arbeitgeber untersagt werden soll, Tarifsozialplanleistungen an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer zu gewähren, sog. Tarifausschlussklauseln, sind, jedenfalls als normative Tarifregelungen, nach einhelliger Meinung unzulässig¹¹⁸ und damit auch nicht erstreikbar.¹¹⁹

c) Exklusive Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder

Die für die Praxis relevantere Fragestellung ist, ob ansonsten die Teil einer Tarifsozialplanforderung bildenden „Extras“ für Gewerkschaftsmitglieder in jeder Höhe zulässig sind. Dies wird vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Rechtsprechung des 4. Senats des BAG überwiegend bejaht.¹²⁰ Bei genauer Betrachtung ergibt sich indes, dass die Forderung von exklusiv den Gewerkschaftsmitgliedern eines

100 S. oben III.1.a)aa).

101 S. oben II.1.

102 So werden in der Praxis regelmäßig neben tariflichen Abfindungen zusätzliche Zahlungen an Gewerkschaftsmitglieder (sog. Gewerkschaftsboni) gefordert; hierzu *Jordanow/Kübler*, NZA 2024, 1015 ff.

103 BAG, 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, in dem der Große Senat des BAG Differenzierungsklauseln als tarifrechts- und verfassungswidrig verwirft.

104 *Höpfner*, RdA 2019, 146, m. w. N.

105 *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 344, die ebenfalls auf diese Wirkung einer exklusiven Privilegierung von Gewerkschaftsmitgliedern im Tarifsozialplan hinweisen.

106 S. Teil II, IV.1.; diesen Zusammenhang verkennt offenbar *Greiner*, jM 2016, 66, der meint, dass die Interessen von Unternehmen und Gewerkschaft hinsichtlich einer Differenzierung zulasten von Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern in der Praxis oft „einträchtig in dieselbe Richtung“ weisen.

107 S. Teil II, VI.; so auch *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148e.

108 BAG, 9.5.2007 – 4 AZR 275/06, juris; BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43; LAG Hamm, 12.6.2012 – 14 Sa 1275/11, LAGE Art. 9 GG Nr. 18.

109 Es erfolgt also grundsätzlich eine Anpassung „nach oben“, LAG Hamm, 12.6.2012 – 14 Sa 1275/11, LAGE Art. 9 GG Nr. 18.

110 S. oben III.1.a)cc).

111 S. unten III.2.a), III.2.b).

112 *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 30; so auch *Höpfner*, RdA 2019, 146.

113 BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362, sowie die Parallelentscheidung BAG, 27.1.2016 – 4 AZR 441/14, juris; bestätigend BAG, 17.5.2017 – 4 AZR 646/14, juris.

114 BVerfG, 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, BB 2019, 448, (Nichtannahmebeschluss).

115 *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 29.

116 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231.

117 So findet sich in einem jüngeren Forderungskatalog der IG Metall an den Gesetzgeber insbesondere die Forderung nach einer rechtlichen „Absicherung von Mitgliedsvorteilsregelungen, auch von Abstands- und Spannenklauseln“, metallpositionen 2021-7, abrufbar unter https://www.igmetall.de/download/20210625_2021_06_25_metalpositionen_7_Mitbestimmung_16b741d2699a417c7d854e12b8c3b7245154be94.pdf (Abruf: 17.10.2024).

118 *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 34, m. w. N.; *Höpfner*, RdA 2019, 146, m. w. N., der richtigerweise darauf hinweist, dass eine derartige Abrede ggfs. Bestandteil des schuldrechtlichen Teils eines Tarifvertrags sein kann.

119 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066.

120 *Siegfanz-Strauß*, RdA 2015, 266; *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 26 ff.; *Höpfner*, RdA 2019, 146.

Betriebs vorbehaltenen Tarifsozialplanleistungen sich jedenfalls nicht in allen Konstellationen, und insbesondere hinsichtlich des Umfangs der Privilegierung von Gewerkschaftsmitgliedern auf die höchststrichterliche Rechtsprechung stützen kann.¹²¹ Dieser Befund wird durch die instanzgerichtliche Rechtsprechung¹²² gestützt.

aa) Einfache Differenzierungsklauseln

Ausgangspunkt ist zunächst, dass sog. einfache Differenzierungsklauseln¹²³ jedenfalls grundsätzlich zulässig sind. Dies hat der 4. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 18.3.2009¹²⁴ klargestellt, ohne eine Vorlage an den Großen Senat des BAG¹²⁵ für erforderlich zu erachten.¹²⁶ In seinen Entscheidungsgründen hat sich das BAG, ebenso wie das vorinstanzliche LAG Niedersachsen,¹²⁷ auch mit der Frage einer quantitativen Grenze für die Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln auseinandergesetzt und befunden, dass, unter der Annahme einer umfassenden sozialpolitischen Aufgabenstellung und einer damit einhergehenden umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, durchaus „Gesichtspunkte dafür streiten“, dass Differenzierungsklauseln in der Regel nicht an Regelungen des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung anknüpfen dürfen, „die Grundlage des laufenden Lebensunterhalts sind und die im Arbeitsleben jedenfalls regelmäßig als Maßstab für die Bemessung der angemessenen und üblichen Arbeitsbedingungen dienen“.¹²⁸ Diese Ausführungen stützt das Gericht auf zwei Gesichtspunkte:¹²⁹ Zum einen auf eine vom Ansatz einer umfassenden Regelungsaufgabe her bestehende Pflicht der Tarifvertragsparteien, bei Tarifregelungen konkurrierende Rechte (die individuelle Vertragsfreiheit der Tarifvertragsparteien und die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter) zu berücksichtigen. Zum anderen auf die Erwägung, dass ein Tarifvertrag einer umfassenden Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien gerecht werden müsse. Im konkreten Fall hat das BAG eine einmal jährlich fällige und damit außerhalb des laufenden Austauschverhältnisses liegende Tarifsozialplanleistung indes für wirksam gehalten, weil sie nach Ansicht des Gerichts der Höhe nach keinen unverhältnismäßigen Druck auf Außenseiter auszuüben geeignet war.

bb) Binnendifferenzierung

Zwar hat sich der erkennende 4. Senat von diesen sozialpolitischen Erwägungen in seiner Entscheidung vom 15.4.2015 explizit distanziert.¹³⁰ Doch ergibt sich aus der Entscheidung nicht, dass quantitative Gesichtspunkte bei der Bewertung der Wirksamkeit einer in einem Tarifsozialplan enthaltenen Differenzierungsklausel in jeder Konstellation und grundsätzlich ausgeblendet werden können bzw. müssen.¹³¹ Das explizite Abrücken des 4. Senats von den „nicht entscheidungserheblichen“ diesbezüglichen Erwägungen in seiner Entscheidung vom 18.3.2009 bezieht sich vor allem auf den Gesichtspunkt einer sozialpolitischen Aufgabenstellung der Tarifvertragsparteien und nicht auf die Berücksichtigung quantitativer Maßstäbe vor dem Hintergrund des Prüfungsmaßstabs der negativen Koalitionsfreiheit,¹³² an dem der 4. Senat indes offenbar durchaus festhalten will.¹³³ Es ist daher nicht verwunderlich, dass die jüngere instanzgerichtliche Rechtsprechung¹³⁴ unter Berufung auf den Prüfungsmaßstab der negativen Koalitionsfreiheit das Ausmaß der durch eine Differenzierungsklausel angestrebten Besserstellung der Gewerkschaftsmitglieder weiterhin für relevant hält und an den quantitativen Grundsätzen festhält, die das BAG in seiner Entscheidung vom 18.3.2009 aufgezeigt hat. In der Entscheidung vom 15.4.2015 stellt das BAG zudem ausdrücklich fest,

dass es sich bei der ihm zur Prüfung vorliegenden klassischen Stichtagsregelung¹³⁵ gerade nicht um eine einfache Differenzierungsklausel handelt, wie in der Entscheidung vom 18.3.2009, sondern um eine „Binnendifferenzierung“, also eine Differenzierung zwischen zwei Gruppen von Gewerkschaftsmitgliedern. Der 4. Senat des BAG hielt in seiner Entscheidung vom 15.4.2015 jedenfalls eine solche Stichtagsregelung¹³⁶ für wirksam. Über eine nicht auf die reine Binnendifferenzierung abzielende einfache Differenzierungsklausel hat der 4. Senat ausdrücklich nicht entschieden.

cc) Quantitativer Maßstab der Differenzierung

Das BAG hatte bislang auch keine Gelegenheit sich mit einer weiteren Argumentationslinie der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zum Thema einer quantitativen Grenze tariflicher Differenzierungsklauseln auseinanderzusetzen. So hat das LAG Hamm¹³⁷ eine einfache Differenzierungsklausel in einem Tarifsozialplan für unwirksam gehalten, weil die Höhe der Bevorzugung von Gewerkschaftsmitgliedern für die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit von Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist. Nach Ansicht des LAG Hamm liegt unter diesem Gesichtspunkt eine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter umso näher, als es durch die Höhe der Privilegierung von Gewerkschaftsmitgliedern in einem Tarifsozialplan zu einer „Aufzehrung“ der für einen betrieblichen Sozialplan zur Verfügung stehenden Mittel kommt. Diese Bewertung werde, so das LAG Hamm, noch „verschärft“, wenn auch die Nicht-Gewerkschaftsmitglieder bereits im Vorfeld der Betriebsänderung im Rahmen eines Sanierungstarifvertrags einen Beitrag zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers geleistet haben. In Anwendung dieser Kriterien hielt das LAG Hamm eine einfache Differenzierungsklausel für unwirksam, die eine Tarifsozialplanabfindung in Höhe von ca. drei Bruttomonatsgehältern tatbestandlich an eine Gewerkschaftsmitgliedschaft geknüpft hat.

121 In diese Richtung *Jordanow/Kübler*, NZA 2024, 1015 ff.; *Esser*, Anm. zu BVerfG, 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, ArbRB 2019, 41.

122 LAG Thüringen, 8.11.2022 – 1 Sa 257/20, juris; LAG Hamm, 12.6.2012 – 14 Sa 1275/11, LAGE Art. 9 GG Nr. 18.

123 Zum Begriff: BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43, Rn. 31: eine „sog. einfache Differenzierungsklausel“ ist dadurch charakterisiert, „dass sie in einer anspruchsbegründenden einzelnen Tarifregelung [...] die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft ausdrücklich zu einer anspruchsbegründenden Voraussetzung macht“.

124 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43; so auch BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231.

125 S. oben Fn. 103.

126 Die Begründung zur Nichtvorlage wurde seinerzeit vielfach kritisiert: *Bauer/Arnold*, NZA 2009, 1169; *Greiner/Suhre*, NJW 2010, 131.

127 LAG Niedersachsen, 11.12.2007 – 5 Sa 914/07, LAGE Art. 9 GG Nr. 15a, unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit.

128 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43, Rn. 79, unter Verweis auf BAG, 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, BB 2004, 1909; ebenso BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231.

129 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43, Rn. 78 f.

130 BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362, Rn. 50.

131 So aber *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 26 ff.; *Höpfner*, RdA 2019, 146; kritisch dazu *Steffan*, in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, (8) Differenzierungsklauseln, Rn. 13.

132 So aber LAG Thüringen, 8.11.2022 – 1 Sa 257/20, juris.

133 BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362, Rn. 45; so auch: *Steffan*, in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl. 2016, (8) Differenzierungsklauseln, Rn. 13.

134 LAG Thüringen, 8.11.2022 – 1 Sa 257/20, juris, für den Fall einer Stichtagsregelung.

135 Eine solche Stichtagsregelung wurde vom 4. Senat des BAG in einer früheren Entscheidung noch für unwirksam gehalten: BAG, 9.5.2007 – 4 AZR 275/06, juris.

136 Laut BAG sind Stichtagsregelungen im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG als „Typisierungen in der Zeit“ mit ihren notwendigen Pauschalierungen aus Gründen der Praktikabilität grundsätzlich nicht zu beanstanden, BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362, Rn. 34.

137 LAG Hamm, 12.6.2012 – 14 Sa 1275/11, LAGE Art. 9 GG Nr. 18; die dagegen eingelegte Revision zum BAG (4 AZR 629/12) führte zu einer Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich.

Zwar geht auch der 4. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 15.4.2015 auf das Argument einer „Aufzehrung“ der für Leistungen an Nicht-Gewerkschaftsmitglieder zur Verfügung stehenden Mittel durch eine Privilegierung von Gewerkschaftsmitgliedern ein¹³⁸ und verneint im konkreten Fall eine unzulässige Ungleichbehandlung der Außenseiter. Doch widerspricht das BAG in dieser Entscheidung weder der grundsätzlichen Relevanz des Umfangs der Besserstellung der Gewerkschaftsmitglieder,¹³⁹ noch hatte es den Gesichtspunkt eines vorhergehenden „Sanierungsbeitrags“ der Nicht-Gewerkschaftsmitglieder zu bewerten. Es ist daher nicht erkennbar, dass vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG die im Übrigen zutreffende und lebensnahe Argumentation des LAG Hamm zu einem quantitativen Maßstab für die Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln auszublenden ist.¹⁴⁰

dd) Einzelfallprüfung

Enthält eine Tarifsozialplanforderung also einfache Differenzierungsklauseln oder eine Stichtagsregelung, um eine Besserstellung der Gewerkschaftsmitglieder zu erreichen, sollte seitens des Arbeitgebers geprüft werden, ob diese unter den Umständen des Einzelfalls, insbesondere eines eventuellen vorhergehenden „Sanierungsbeitrags“ der Nicht-Gewerkschaftsmitglieder, und angesichts der konkreten Art und Höhe der angestrebten Privilegierung der Gewerkschaftsmitglieder wirksamer Bestandteil einer Tarifregelung sein kann. Ist das Ergebnis negativ, sprechen gute Argumente für die Unzulässigkeit eines auf die Erzwingung des Tarifsozialplans gerichteten Streiks. Denn nur ein rechtmäßiges Regelungsziel kann einen Arbeitskampf rechtfertigen,¹⁴¹ wobei bereits die Rechtswidrigkeit einer von mehreren Tarifforderungen einen Streik insgesamt rechtswidrig macht.¹⁴² Zudem kann so ein für die Mobilisierung der Belegschaft wesentliches „Verkaufsargument“ für die Tarifsozialplanforderung, nämlich die auf Mitgliedererwerb gerichtete Besserstellung der Gewerkschaftsmitglieder,¹⁴³ entkräftet werden.

d) Erholungsbeihilfen

Der Vollständigkeit halber sei noch eine weitere Variante einer indirekten qualifizierten Differenzierung zugunsten von Gewerkschaftsmitgliedern erwähnt, die seitens der Gewerkschaften im Zusammenhang mit einer Tarifsozialplanforderung ins Spiel gebracht werden kann. Hierbei macht die Gewerkschaft ihre Zustimmung zum Tarifsozialplan davon abhängig, dass der Arbeitgeber beitragspflichtig einem Verein beitrifft, der satzungsgemäß sog. Erholungsbeihilfen ausschließlich an Gewerkschaftsmitglieder zahlt. Diese Vorgehensweise hat das BAG¹⁴⁴ abgesegnet, weil der Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht eröffnet sei. Ob sich der Arbeitgeber darauf einlässt, ist eine verhandlungstaktische und wirtschaftliche Frage. In jedem Fall kann sein Beitritt zu einem solchen Verein nicht streikweise erzwungen werden. Zudem steht es dem Arbeitgeber frei, entsprechende Leistungen auch an Außenseiter zu zahlen.¹⁴⁵

3. Fortbestehende betriebsverfassungsrechtliche Grundsätze

Wie oben¹⁴⁶ ausgeführt, ist das Recht der Gewerkschaften, über ihre Arbeitskampfstrategien zu entscheiden, ebenso verfassungsrechtlich garantiert und höchstrichterlich abgesegnet wie die der Umstand, dass der Arbeitgeber eine durch eine Tarifsozialplanforderung ohne

Beschränkung durch ein parallellaufendes Mitbestimmungsverfahren gem. §§ 111ff. BetrVG entstehende „Zangenwirkung“ auszuhalten hat. Bei der praktischen Umsetzung der auf dieser Grundlage entwickelten Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter ist jedoch zu beachten, dass der Betriebsrat sich innerhalb des Rahmens des BetrVG bewegen muss. Er kann sich nämlich weder auf die Tarifautonomie noch auf die koalitionspezifische Betätigungsfreiheit stützen.¹⁴⁷ In der Praxis verwischen mitunter die Grenzen zwischen der Tarifsozialplanforderung der Gewerkschaft auf der einen und den betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben, Rechten und Pflichten des Betriebsrats und seiner Mitglieder¹⁴⁸ auf der anderen Seite. Auch von Seiten der Gewerkschaftsvertreter wird, im Eifer des Gefechts, nicht selten die gesetzlich festgelegte und verfassungsrechtlich garantierte Rolle der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft rechtlich unzutreffend weit interpretiert. Auch wenn dies im Sinne der von den Arbeitnehmervertretern angewandten konzertierten Doppelstrategie durchaus nachvollziehbar ist, setzen die fortbestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätze dieser Praxis Grenzen. Dem Arbeitgeber ist zu raten, diese Grenzen im Auge zu behalten und im Einzelfall – auch unter Berücksichtigung taktischer oder politischer Aspekte – auf deren Einhaltung zu dringen.

a) Betriebsverfassungsrechtliches Trennungsprinzip

Im Verhältnis der Betriebsparteien zu der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft gilt das Trennungsprinzip des BetrVG.¹⁴⁹ Das Gesetz unterscheidet insofern zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber als Organe der Betriebsverfassung auf der einen, und der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft auf der anderen Seite.¹⁵⁰ Der Betriebsrat ist weder in die gewerkschaftliche Organisation eingebunden, noch unterliegt er deren Weisungen. Auch eine Pflicht des Betriebsrats zum Zusammenwirken mit der Gewerkschaft im Rahmen der Forderung oder Erzwingung eines Tarifsozialplans besteht nicht. Nach § 2 Abs. 1 BetrVG besteht eine solche Pflicht nur, soweit die Gewerkschaft ihre gemäß BetrVG zugewiesenen Aufgaben wahrnimmt,¹⁵¹ wozu die Aufstellung einer Tarifsozialplanforderung bzw. deren Durchsetzung ersichtlich nicht gehört.¹⁵² Der Betriebsrat ist im Verhältnis zu den Arbeitnehmern vielmehr zu gewerkschaftspolitischer Neutralität verpflichtet.¹⁵³

138 BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, BB 2015, 2362, Rn. 67.

139 So aber *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 29.

140 In diese Richtung *Jordanow/Kübler*, NZA 2024, 1015 ff.; a. A.: *Höpfner*, RdA 2019, 146.

141 *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 115.

142 BAG, 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, BB 2016, 3066.

143 *Jordanow/Kübler*, NZA 2024, 1015 ff.

144 BAG, 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, BAGE 148, 139 und 4 AZR 120/13, juris.

145 So auch *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 38.

146 S. oben I.1.

147 *Arnold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht II, 5. Aufl. 2022, § 315, Rn. 65.

148 Exemplarisch: Bericht „Jetzt wird für den Sozialtarifvertrag gekämpft“ über die Vorgehensweise der IG Metall und der Betriebsräte des Stahlrohrproduzenten Vallourec nach der Ankündigung der Schließung von Werken in Deutschland im Mai 2022, abrufbar unter <https://www.igmetall.de/tarif/jetzt-wird-fuer-den-sozialtarifvertrag-gekaempft> (Abruf: 17.10.2024). Der Betriebsratsvorsitzende des Werks Mühlheim wird dort wie folgt zitiert: „Wir werden [...] erst dann aufhören, wenn wir einen Sozialtarifvertrag vereinbart haben, [...]“.

149 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 2, Rn. 45.

150 *Franzen*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 2, Rn. 22.

151 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 2, Rn. 53.

152 Dies verkennet *Helms*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 136, der die Auffassung vertritt, ein Betriebsrat, der einen Tarifsozialplan „unterstützt“, dürfe in einer betrieblichen Einigungsstelle (in die er vom Arbeitgeber „gedrängt“ wird) über einen Sozialplan gemäß §§ 112, 112a BetrVG wegen § 2 Abs. 1 BetrVG nicht „gegen die zuständige Gewerkschaft agieren“.

153 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 2, Rn. 45.

Für die Umsetzung der Doppelstrategie durch Betriebsrat und Gewerkschaft bedeutet dies, dass der Betriebsrat für die Geltendmachung der Tarifsozialplanforderung schlicht nicht zuständig ist.

Daran ändert sich auch nichts, wenn einzelne Betriebsratsmitglieder zugleich Mitglied in einer von der Gewerkschaft im Zusammenhang mit der Tarifsozialplanforderung ins Leben gerufenen sog. betrieblichen Tarifkommission sind oder werden. Zwar ist die Übernahme einer solchen gewerkschaftlichen Funktion¹⁵⁴ durch einzelne Betriebsratsmitglieder mit Blick auf § 74 Abs. 3 BetrVG rechtlich nicht zu beanstanden.¹⁵⁵ Doch ist auch in einer solchen, in der Praxis durchaus üblichen, Konstellation das Trennungsprinzip zu beachten. Eine über die Gewerkschaft gebildete Tarifkommission ist keine betriebliche Interessenvertretung,¹⁵⁶ geschweige denn ein Organ der Betriebsverfassung. Es handelt sich vielmehr um ein rein gewerkschaftliches Gremium, dessen Rolle und Kompetenzen im Zusammenhang mit der Aufstellung von Tarifforderungen, Tarifverhandlungen sowie diesbezüglicher Arbeitskämpfmaßnahmen sich nach den internen satzungsautonomen Regelungen¹⁵⁷ der jeweiligen Gewerkschaft¹⁵⁸ und vereinzelt auch nach spezifischen tarifvertraglichen Regelungen richten.

b) Betriebsratsgremium

Auch wenn der Betriebsrat eine durch die Gewerkschaft erhobenen Tarifsozialplanforderung im Rahmen der Doppelstrategie befürwortet, gelten für das Betriebsratsgremium die drei Verbote des § 74 Abs. 2 BetrVG, der das allgemeine Gebot zur vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG ergänzt.¹⁵⁹

aa) Betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht

Der Betriebsrat ist, aufgrund des Trennungsprinzips, schon nicht für die Geltendmachung einer Tarifsozialplanforderung zuständig.¹⁶⁰ Nach § 74 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 BetrVG ist ihm auch die Beteiligung an jeglichen Maßnahmen des Arbeitskampfes zur Durchsetzung der Tarifsozialplanforderung strikt untersagt. Der Betriebsrat muss sich vor allem im Falle eines von den gewerkschaftlichen Gremien beschlossenen Erzwingungsstreiks neutral verhalten.¹⁶¹ Insbesondere darf er einen solchen Streik nicht aktiv unterstützen.¹⁶²

bb) Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens

Nach § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG hat der Betriebsrat zudem jegliche Betätigung zu unterlassen, durch die der betriebliche Arbeitsablauf oder der Betriebsfrieden beeinträchtigt werden kann. Unter einem ungestörten Arbeitsablauf ist die organisatorische, räumliche und zeitliche Gestaltung der Arbeitsprozesse im Zusammenwirken von Mensch und Betriebsmitteln zu verstehen.¹⁶³ Der Begriff des Betriebsfriedens bezeichnet das störungsfreie Verhältnis bzw. Zusammenleben zwischen Arbeitnehmern des Betriebs, Betriebsrat und Arbeitgeber sowie zwischen den Arbeitnehmern untereinander.¹⁶⁴ Das diesbezügliche Betätigungsverbot des Betriebsrats greift bereits im Vorfeld einer von ihm ins Auge gefassten Betätigung, soweit mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Beeinträchtigung des Arbeitsablaufs oder des Betriebsfriedens zu erwarten ist.¹⁶⁵ Im Falle einer parallel zum Mitbestimmungsverfahren nach §§ 111 ff. BetrVG geltend gemachten Tarifsozialplanforderung sieht sich der Arbeitgeber häufig Maßnahmen des Betriebsrats gegenüber, die vor dem Hintergrund des weit gefassten Betätigungsverbots des § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG jedenfalls rechtlich be-

denklich sind. Dazu zählen in der Praxis etwa die Unterbrechung von Betriebs- oder Abteilungsversammlungen und deren Fortsetzung über Tage oder gar Wochen oder die extensive Ansetzung von Informationsveranstaltungen des Betriebsrats während der Arbeitszeit. Es liegt auf der Hand, dass es hierdurch zu Störungen des Betriebsablaufs kommen kann, jedenfalls soweit es um Veranstaltungen während der Arbeitszeit geht.

Beim Thema Betriebs- und Abteilungsversammlungen muss die Grenze zum Verstoß gegen das Verbot der Störung des Betriebsablaufs mit Blick auf die Regelungen der §§ 42 ff. BetrVG bestimmt werden. Danach bestimmt der Betriebsrat nach pflichtgemäßem Ermessen über die Ansetzung und den Zeitpunkt der Betriebsversammlung, wobei er auf betriebliche Notwendigkeiten Rücksicht nehmen muss.¹⁶⁶ Auch werden die in der Versammlung zu behandelnden Themen durch den Betriebsrat per Beschluss über die Tagesordnung festgelegt.¹⁶⁷ Zweifellos gehört zu diesen Themen auch eine geplante Betriebsänderung und deren Beratung gem. §§ 111 ff. BetrVG. Mit Blick auf § 45 BetrVG wird man auch die Behandlung einer für den Betrieb erhobenen Tarifsozialplanforderung zu den zulässigen Themen einer Betriebsversammlung zählen müssen.¹⁶⁸ Das Gesetz enthält allerdings keine expliziten Regelungen über die Dauer einer Betriebsversammlung. Auch eine Unterbrechung und spätere Fortsetzung der einmal einberufenen Versammlung ist nicht gesetzlich vorgesehen. Richtigerweise wird man aber davon auszugehen haben, dass der betriebsverfassungsrechtliche Grundsatz die Abhaltung einer vom Betriebsrat angesetzten Betriebsversammlung als zusammenhängende zeitliche Einheit ist.¹⁶⁹ Abweichungen von diesem Grundsatz müssen jedenfalls in Fällen anerkannt werden, in denen für die Abwicklung der Tagesordnungspunkte schlicht mehr Zeit erforderlich ist als an einem Arbeitstag zur Verfügung steht.¹⁷⁰ Das LAG Mecklenburg-Vorpommern¹⁷¹ hat hierzu instruktiv festgestellt, dass Betriebsversammlungen, die nach der Tagesordnung keinen höheren Zeitbedarf als acht Stunden haben, grundsätzlich an einem Kalendertag abzuhalten sind. Es kommt also darauf an, ob eine Betriebsversammlung über mehrere Tage vom Betriebsrat mit Blick auf die von ihm beschlossene Tagesordnung im Rahmen seines Ermessens für erforderlich gehalten werden darf. Angesichts der restriktiven Bestimmungen der §§ 43, 44 BetrVG zur Anzahl der ohne Einwilligung des Arbeitgebers während der Arbeitszeit möglichen Betriebsversammlungen wird der Maßstab

154 Ebenso wie das Agieren als gewerkschaftliche Vertrauensleute; dazu *Franzen*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 2, Rn. 101 ff.

155 *Löwisch/Kaiser/Klumpp*, BetrVG, 8. Aufl. 2023, § 74, Rn. 43.

156 LAG Berlin-Brandenburg, 22.2.2023 – 4 TaBVGa 1301/22, juris, Rn. 124.

157 *Helms*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 64.

158 Für die IG Metall s. <https://www.igmetall.de/tarif/tariflexikon/tarifkommission> (Abruf: 17.10.2024); für ver.di s. <https://www.verdi.de/themen/tarifpolitik/publikationen/+co+fdaea6b6-2d3d-11ee-8d59-001a4a16012a> (Abruf: 17.10.2024).

159 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 11.

160 S. oben III.3.a).

161 BAG, 10.12.2002 – 1 ABR 7/02, BB 2003, 1900.

162 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 14 m. w. N.

163 *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 74 BetrVG, Rn. 19.

164 *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 74 BetrVG, Rn. 20.

165 *Jacobs*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 145.

166 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 43, Rn. 8 ff.

167 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 43, Rn. 12.

168 S. unten III.3.b)cc).

169 *Ludwig/Forschner*, DB 2019, 907 ff., die hierfür zutreffend ein *argumentum ex negativo* anführen; *Bischof*, BB 1993, 1937 ff.

170 *Weber*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 44, Rn. 16; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 44, Rn. 21.

171 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 15.10.2008 – 2 TaBv 2/08, juris.

der Erforderlichkeit in solchen Fällen eng anzulegen sein müssen.¹⁷² Auch wenn das in den von §§ 42 ff. BetrVG vorgegebenen Grenzen bestehende Recht des Betriebsrats zur Bestimmung von Zeitpunkt, Dauer und Inhalt von Betriebsversammlungen unter arbeitskampfrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich nicht zu beanstanden ist,¹⁷³ ist eine exzessive Praxis von sich über mehrere Tage erstreckenden Betriebsversammlungen wegen eines möglichen Verstoßes gegen das Verbot des § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG kritisch zu beurteilen.

In der Praxis nicht selten anzutreffende sog. Informationsveranstaltungen des Betriebsrats¹⁷⁴ im Zusammenhang mit einer geplanten Betriebsänderung bzw. einer Tarifsozialplanforderung sind, außerhalb der vorgenannten gesetzlich geregelten Betriebs- oder Abteilungsversammlungen, betriebsverfassungsrechtlich nicht vorgesehen. Weder zählen solche Veranstaltungen zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats gem. § 80 BetrVG,¹⁷⁵ noch können kollektive Mitbestimmungsthemen etwa Gegenstand von Sprechstunden gem. § 39 BetrVG sein.¹⁷⁶ Selbstverständlich kann der Betriebsrat die von ihm vertretene Belegschaft über den Stand des Mitbestimmungsverfahrens unterrichtet halten, beispielsweise durch Aushänge oder andere betriebsübliche Kommunikationskanäle. Zur Ansetzung von gesonderten Informationsveranstaltungen während der Arbeitszeit besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage, die eine durch die Teilnahme der Arbeitnehmer an den Veranstaltungen eintretende Störung des Betriebsablaufs rechtfertigen könnte.

Setzt der Betriebsrat während der Arbeitszeit und ohne das Einverständnis des Arbeitgebers Betriebsversammlungen außerhalb der in § 43 Abs. 1 BetrVG genannten Fälle an, so verlieren die an diesen Versammlungen teilnehmenden Arbeitnehmer grundsätzlich ihren entsprechenden Entgeltanspruch.¹⁷⁷ Gleiches muss für die Teilnahme an gesetzlich nicht vorgesehenen Informationsveranstaltungen gelten. Schon aus Gründen der Fürsorgepflicht¹⁷⁸ und zur Vermeidung einer Haftung für Entgeltfortzahlung aus Rechtscheinsgrundsätzen¹⁷⁹ ist dem Arbeitgeber zu raten, die Arbeitnehmer auf diese Konsequenz hinzuweisen. Auch sollte seitens des Arbeitgebers erwogen werden, den Betriebsrat schriftlich auf die Rechtslage und die Konsequenzen für die Arbeitnehmer hinzuweisen, um Störungen des Betriebsablaufs möglichst schon im Vorfeld zu vermeiden.

Schließlich kann durch die vom Betriebsrat verfolgte Kommunikationsstrategie, sei es in der betriebsexternen Öffentlichkeitsarbeit¹⁸⁰ (bspw. durch Interviews oder Pressekonferenzen) oder intern gegenüber der Betriebsöffentlichkeit, etwa in „Werkszeitungen“, zumindest eine Beeinträchtigung des Betriebsfriedens zu besorgen sein. Die Frage, ob solche Aktionen des Betriebsrats gegen das Verbot des § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG¹⁸¹ verstoßen, hängt in besonderem Maße von den Umständen des Einzelfalls sowie grundrechtlichen Wertungen ab. Es kommt zunächst einmal darauf an, ob der Betriebsrat bei seinen Aktionen im Rahmen seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben handelt. Das ist bei von Seiten des Betriebsrats initiierten Kommunikationsmaßnahmen gegenüber der externen Öffentlichkeit oder Medien schon vom Grundsatz her ausgeschlossen.¹⁸² Auch aus den Grundrechten (Art. 5 Abs. 1 GG) lässt sich ein Recht des Betriebsrats zur betriebsexternen Öffentlichkeitsarbeit bestenfalls dann begründen, wenn ein hinreichender Betriebs- und Aufgabenbezug gegeben ist.¹⁸³ Jedenfalls sind in diesem Kontext die Grenzen der Meinungsfreiheit zu beachten, die sich vorliegend vor allem aus den Regelungen des BetrVG, insbesondere aus den §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 2 BetrVG ergeben.¹⁸⁴ Soweit es um die betriebsinterne Öffentlichkeitsarbeit des Be-

triebsrats geht, ist die Grenze zum Verstoß gegen § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG ebenfalls im Lichte der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG zu ziehen, wobei neben der Meinungsfreiheit auch noch die Pressefreiheit eine Rolle spielen kann.¹⁸⁵ Eine unzulässige Störung des Betriebsfriedens durch die betriebsinterne und -externe Öffentlichkeitsarbeit des Betriebsrats wird aber jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn eine (interne) Auseinandersetzung zwischen den Betriebsparteien ohne besondere Veranlassung gezielt in die Medien getragen wird, um den Betriebspartner unter Druck zu setzen,¹⁸⁶ oder wahrheitswidrige bzw. hetzerische Behauptungen über den Arbeitgeber verbreitet werden.¹⁸⁷

cc) Parteipolitische Betätigung

Gemäß § 74 Abs. 2 S. 3 Halbs. 1 BetrVG ist dem Betriebsrat jede parteipolitische Betätigung verboten. Von diesem Verbot ausgenommen ist nach § 74 Abs. 2 S. 3 Halbs. 2 BetrVG die Behandlung betriebsbezogener Angelegenheiten, insbesondere solcher tarifpolitischer und wirtschaftlicher Art, die den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen. Dazu zählt grundsätzlich auch die Behandlung einer von der Gewerkschaft für den Betrieb erhobenen Tarifsozialplanforderung, weil es sich dabei um ein Instrument betrieblicher Tarifpolitik handelt.¹⁸⁸ Der Betriebsrat kann also beispielsweise in einer Betriebsversammlung¹⁸⁹ über die Tarifforderung selber und den Stand der Verhandlungen unterrichten. Dieses Recht kann der Betriebsrat allerdings nur unter Beachtung der sonstigen Verbote des § 74 Abs. 2 BetrVG sowie der sonstigen Regelungen der Betriebsverfassung ausüben. Für die „Behandlung“ dieser Themen stehen ihm also die vom BetrVG vorgesehenen Foren und Kommunikationskanäle¹⁹⁰ zur Verfügung. Zudem darf es nicht zu einer Beeinträchtigung des Betriebsfriedens oder des Betriebsablaufs kommen.¹⁹¹ Das Gebot der arbeitskampfrechtlichen Neutralität des Betriebsrats besteht selbstverständlich fort.

dd) Rechtsweg

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG¹⁹² begründet ein Verstoß des Betriebsrats als Gremium oder seiner Mitglieder gegen ein sich aus § 74 Abs. 2 BetrVG ergebendes Verbot keinen gerichtlich durch-

172 So auch *Ludwig/Forschner*, DB 2019, 907 ff., die anführen, dass ansonsten ein gesetzlich nicht vorgesehenes Druckmittel gegen den Arbeitgeber entstünde.

173 BAG, 5.5.1987 – 1 AZR 292/85, BB 1988, 343; BAG, 14.10.1960 – 1 AZR 255/58, BB 1961, 177.

174 Zu sog. Informationsveranstaltungen der Gewerkschaft bzw. der Vertrauensleute: s. unten, III.3.d)cc).

175 Hierauf weist das BAG in seiner Entscheidung vom 16.11.2011 (7 ABR 28/10) in einem *obiter dictum* (Rn. 22) hin.

176 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 39, Rn. 25.

177 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 44, Rn. 48.

178 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 44, Rn. 48.

179 *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 44, Rn. 48.

180 Hierzu *von Steinau-Steinrück/Burmans*, NZA 2019, 209; *Gunter/Lenz*, NZA 2019, 1241, mit Fokus von sog. *social media*.

181 Und gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Betriebsparteien gem. § 2 Abs. 1 BetrVG.

182 BAG, 18.9.1991 – 7 ABR 63/90, juris; LAG Hessen, 7.3.2013 – 9 TaBV 197/12, juris.

183 *von Steinau-Steinrück/Burmans*, NZA 2019, 209, m. w. N. zum Meinungsstand.

184 *von Steinau-Steinrück/Burmans*, NZA 2019, 209.

185 BVerfG, 8.10.1996 – 1 BvR 1183/90, BB 1997, 205, wonach „Werkszeitungen“ unter den Schutz der Pressefreiheit fallen können.

186 *Kania*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl. 2024, § 74 BetrVG, Rn. 20; *Jacobs*, in: *GK BetrVG*, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 150.

187 LAG Köln, 16.11.1990 – 12 TaBV 57/90, BB 1991, 1191 Ls.

188 S. oben II.1.; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 58: „tarifpolitische Fragen sind solche, die mit den durch TV [...] zu regelnden Arbeitsbedingungen oder deren Verhältnis zu betrieblichen Leistungen [...] zusammenhängen.“

189 *Weber*, in: *GK BetrVG*, 12. Aufl. 2022, § 45, Rn. 13.

190 S. oben III.3.b)bb).

191 *Jacobs*, in: *GK BetrVG*, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 130.

192 BAG, 15.10.2013 – 1 ABR 31/12, BB 2014, 829; BAG, 17.3.2010 – 7 ABR 95/08, BAGE 133, 342.

setzbaren Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers. Nach Auffassung der Erfurter Richter folgt aus der Konzeption des § 23 Abs. 1 BetrVG, dass der Arbeitgeber stattdessen auf einen Antrag auf Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung gesetzlicher Pflichten beschränkt ist. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung wird in der Literatur zwar kritisiert,¹⁹³ doch in der Praxis schränkt sie die Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers erheblich ein. Im Einzelfall sollte erwogen werden, ob ein Unterlassungsanspruch nicht auf anderer Grundlage, etwa § 1004 BGB,¹⁹⁴ auch im Wege einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden kann. Zudem kann der Arbeitgeber im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage¹⁹⁵ oder mit einem Antrag auf einstweilige Feststellungsverfügung¹⁹⁶ die Unzulässigkeit der Betätigung des Betriebsrats feststellen lassen, etwa um die Erfolgsaussichten eines Auflösungsantrags gemäß § 23 Abs. 1 BetrVG – und damit den Druck auf den Betriebsrat – zu erhöhen.

c) Betriebsratsmitglieder

Aufgrund ihrer Funktion als betriebsverfassungsrechtliche Amtsträger gelten auch für die einzelnen Betriebsratsmitglieder gesetzliche Einschränkungen, die im Zusammenhang mit der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter zu beachten sind.

aa) Betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht

Die Verbote des § 74 Abs. 2 BetrVG gelten auch für jedes einzelne Betriebsratsmitglied,¹⁹⁷ soweit es in dieser Eigenschaft auftritt. Dies gilt insbesondere für das Verbot zur Beteiligung an Arbeitskämpfen gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 HS1 BetrVG. Mitglieder des Betriebsrats dürfen deswegen etwa keine Streikaufrufe unter ausdrücklicher Erwähnung ihrer Betriebsratsmitgliedschaft unterzeichnen oder sich an entsprechender Öffentlichkeitsarbeit als Betriebsratsmitglied beteiligen.¹⁹⁸ Nach § 75 Abs. 1 BetrVG dürfen Amtsträger auch keinen Druck zum Eintritt in die Gewerkschaft ausüben.¹⁹⁹

bb) Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb

Andererseits unterliegen die einzelnen Betriebsratsmitglieder, soweit sie nicht als betriebsverfassungsrechtlicher Amtsträger, sondern in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer des Betriebs und Gewerkschaftsmitglied handeln, gemäß § 74 Abs. 3 BetrVG keinen weitergehenden Schranken als alle anderen Arbeitnehmer. Das bedeutet, dass sie sich als Gewerkschaftsmitglied beispielsweise durchaus für die Durchführung einer Arbeitskämpfmaßnahme engagieren dürfen, etwa durch die Leitung des Streiks oder als Mitglied einer Tarifkommission.²⁰⁰ Außerhalb ihrer Rolle als betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger können Betriebsratsmitglieder auch gewerkschaftliche Funktionen, etwa als gewerkschaftliche Vertrauensleute, die als Bindeglied zwischen dem Funktionärskörper der Gewerkschaft und den Gewerkschaftsmitgliedern im Betrieb fungieren, übernehmen.²⁰¹ Soweit Betriebsratsmitglieder im Falle einer Tarifsozialplanforderung auch als Mitglieder einer sog. betrieblichen Tarifkommission agieren, kann es im Hinblick auf das Trennungsprinzip durchaus verstärkte Interessenkonflikte geben, weil die Tarifkommission nicht Teil der Betriebsverfassung ist.²⁰² Gibt es in der Praxis Anhaltspunkte oder Bedenken, dass es dem einzelnen Betriebsratsmitglied schwerfallen könnte, mit diesen Interessenkonflikten umzugehen, kann ein schriftlicher Hinweis auf die fortbestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Amtspflichten, etwa auf das gegenüber der Gewerkschaft bestehende Offenbarungs- und Verwertungsverbot nach § 79 Abs. 1 BetrVG,²⁰³ gegebenenfalls sinnvoll sein.

cc) Amtsträgerhandeln

Was Betriebsratsmitglieder im Rahmen der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter dürfen oder nicht hängt davon ab, ob sie in ihrer Eigenschaft als Betriebsratsmitglied oder als gewerkschaftszugehöriger Arbeitnehmer handeln. In der Praxis ist das häufig nur schwer auseinanderzuhalten. Von einer Vermutung für ein Handeln als Betriebsratsmitglied wird man in der Praxis nicht belastbar ausgehen können.²⁰⁴ Bei einem Verstoß gegen eine dem Betriebsratsmitglied obliegenden Amtspflicht sind die rechtlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers zudem in der Regel auf ein Vorgehen nach § 23 Abs. 1 BetrVG in Form eines Antrags auf Ausschluss des Mitglieds aus dem Betriebsrat, beschränkt,²⁰⁵ der allerdings eine grobe, vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtwidrigkeit voraussetzt.²⁰⁶ Vor diesem Hintergrund kann aber durchaus erwogen werden, das Betriebsratsmitglied auf eventuelle Amtspflichtverstöße schriftlich hinzuweisen, um für den Wiederholungsfall zumindest eine Bösgläubigkeit zu schaffen. Nicht selten kann so eine gewisse Disziplinierung der Akteure des Betriebsrats erreicht werden.

d) Gewerkschaft

Auch die die Tarifsozialplanforderung stellende Gewerkschaft muss bei der Konzertierung ihrer Aktivitäten mit dem Mitbestimmungsverfahren gemäß §§ 111 ff. BetrVG die betriebsverfassungsrechtlichen Spielregeln einhalten.

aa) Betriebsverfassungsrechtliches Trennungsprinzip

Die im Betrieb vertretene Gewerkschaft muss bei der Ausübung ihrer betrieblichen Tarifpolitik das betriebsverfassungsrechtliche Trennungsprinzip beachten. Sie ist kein Organ der Betriebsverfassung, sondern ihr kommt, außerhalb der Wahrnehmung der den Gewerkschaften vom BetrVG explizit zugewiesenen Aufgaben, betriebsverfassungsrechtlich lediglich eine Unterstützungsfunktion²⁰⁷ zu. Auch gewerkschaftliche Vertrauensleute im Betrieb haben keine betriebsverfassungsrechtliche Stellung und sind dem Trennungsprinzip unterworfen.²⁰⁸ Soweit die Gewerkschaft sich im Zusammenhang mit der von ihr erhobenen Tarifsozialplanforderung faktisch in das betriebliche Geschehen einschaltet, kann sie dies nur im Rahmen ihrer Unterstützungsfunktion, also auf expliziten Wunsch des Betriebsrats, tun. Aus § 2 Abs. 1 BetrVG ergibt sich kein dahingehendes eigenständiges

193 *Jacobs*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 93, 133 ff. m. w. N.

194 Diese Möglichkeit wird vom BAG nach wie vor bejaht: BAG, 15.10.2013 – 1 ABR 31/12, BB 2014, 829; *Jacobs*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 93.

195 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 74a.

196 BAG, 28.5.2014 – 7 ABR 36/12, BAGE 148, 182, Rn. 21.

197 *Maschmann*, in: Richardi, BetrVG 17. Aufl. 2022, § 74, Rn. 50; *Jacobs*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 35, 39; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 15, 27, 39.

198 *Maschmann*, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 74, Rn. 24; *Jacobs*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 67; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 70, zur verbotenen Gewerkschaftswerbung in offiziellen Betriebsratssprechstunden.

199 LAG Köln, 15.12.2000 – 11 TaBV 63/00, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 39.

200 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 16.

201 BAG, 12.6.1986 – 6 AZR 559/84, juris; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 65.

202 S. oben III.3.a).

203 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 79, Rn. 25.

204 *Jacobs*, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 74, Rn. 160; wohl auch LAG Düsseldorf, 5.7.1994 – 8 TaBV 57/94, BB 1994, 1940 Ls.

205 Eine „betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung“ ist grundsätzlich unzulässig, weil eine vertragsrechtliche Sanktion bei betriebsverfassungsrechtlichen Verstößen ausgeschlossen ist; BAG, 9.9.2015 – 7 ABR 69/13, BB 2015, 3132.

206 S. oben III.3.b)dd).

207 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 74, Rn. 64.

208 *Boemke*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, § 289, Rn. 20 ff., m. w. N.

Recht der Gewerkschaften.²⁰⁹ Die Gewerkschaften sind in ihrem Engagement auf Betriebsebene grundsätzlich auf die Wahrnehmung der ihnen im BetrVG zugewiesenen Aufgaben beschränkt. Ein „Einmischen“ der Gewerkschaft in das betriebliche Geschehen durch Erhebung einer Tarifsozialplanforderung in Abstimmung mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahren über einen Sozialplan ist deshalb nur zulässig, wenn und soweit der Betriebsrat dies ausdrücklich wünscht.²¹⁰ Auch wenn dies in der Praxis regelmäßig der Fall ist, muss das oben beschriebene Trennungsprinzip beachtet werden. Im Rahmen der Beratungen gem. §§ 111 ff. BetrVG kann es deshalb aus Arbeitgebersicht mitunter angebracht sein, sich bestätigen zu lassen, ob und inwieweit die auf Wunsch des Betriebsrats teilnehmenden Gewerkschaftsvertreter als Berater i. S. v. § 111 S2 BetrVG bzw. Sachverständige gem. § 80 Abs. 3 BetrVG hinzugezogen sind oder mit ihren Wortmeldungen eigene tarifpolitische Zielsetzungen verfolgen.

bb) Arbeitskämpfungrechtliche Grundsätze

Wie § 74 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 BetrVG klarstellt, werden die Arbeitskämpfungrechte der Gewerkschaften durch das betriebsverfassungsrechtliche Arbeitskämpfverbot nicht berührt. Das gilt auch und gerade für den Fall einer Tarifsozialplanforderung, da sich die Friedenspflicht des § 74 Abs. 2 BetrVG ausschließlich an die Betriebsparteien richtet.²¹¹ Soweit die Gewerkschaft – unter Beachtung des betriebsverfassungsrechtlichen Trennungsprinzips – zu einem Streik aufruft, um die von ihr erhobene Tarifsozialplanforderung zu erzwingen, gelten die allgemeinen arbeitskämpfungrechtlichen Grundsätze.²¹²

cc) Gewerkschaftsaktionen im Betrieb

„Eigene“ Aktivitäten der Gewerkschaft im Betrieb im Zusammenhang mit einer Tarifsozialplanforderung müssen sich innerhalb der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Grenzen bewegen. Nach § 2 Abs. 2 BetrVG besteht ein Zugangsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter zum Betrieb, durch das das an sich fortbestehende Hausrecht des Arbeitgebers in verfassungsrechtlich zulässiger Weise²¹³ eingeschränkt wird.²¹⁴ Während dieses Zugangsrecht nur zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben und Befugnisse der Gewerkschaft besteht,²¹⁵ bestehen darüber hinausgehende Rechte zur gewerkschaftlichen Betätigung auf dem Betriebsgelände aufgrund der von der Rechtsprechung weit ausgelegten²¹⁶ koalitionspezifischen Betätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG. Der Strategie des „Doppelten Sozialplans“ folgend, nutzen die Gewerkschaften diese breite Rechtsposition häufig, um im Zusammenhang mit der im Raume stehenden Tarifsozialplanforderung Informations- und Werbeveranstaltungen der Gewerkschaftsvertreter bzw. der gewerkschaftlichen Vertrauensleute auf dem Betriebsgelände abzuhalten. Die Grenze der rechtlichen Zulässigkeit solcher Aktivitäten verläuft dort, wo grundrechtlich geschützte Positionen des Arbeitgebers, beispielsweise das Interesse an einem reibungslosen Betriebsablauf,²¹⁷ beeinträchtigt werden und, im konkreten Einzelfall überwiegen.²¹⁸ Insbesondere wenn solche Veranstaltungen während der Arbeitszeit anberaumt werden, liegt eine gravierende Störung des Betriebsablaufs nahe und es ist kann erwogen werden, gegen entsprechende Aktionen der Gewerkschaft im Betrieb den Rechtsweg zu beschreiten.

e) Stellvertreterprinzip

Nicht selten ist es Teil der konzertierten Doppelstrategie des Betriebsrats und der Gewerkschaft, auch über die Einbeziehung der Belegschaft selbst, etwa durch das Postulat eines bestimmten „Zustim-

mungsquorums“ zu einer Einigung auf einen betrieblichen Sozialplan im Zusammenhang mit einer Tarifsozialplanforderung, Druck auf den Arbeitgeber aufzubauen. Selbstverständlich ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Betriebsrat sicherstellen will, dass seine Verhandlungsergebnisse von der Zustimmung möglichst breiter Teile der Belegschaft getragen werden. Doch gilt das betriebsverfassungsrechtliche Stellvertreterprinzip, wonach der Betriebsrat kein imperatives Mandat ausübt.²¹⁹ Jedenfalls die normative Geltung eines betrieblichen Sozialplans kann nicht von einem „Zustimmungsquorum“ abhängig gemacht werden.²²⁰ Insofern kann ein solcher Ansatz der Arbeitnehmervertreter aus Rechtsgründen nicht verfangen.

4. Gebot der Rechtsquellenklarheit

In regelungstechnischer Hinsicht ergibt sich eine weitere Begrenzung für die Synchronisation von Interessenausgleich- und Sozialplanverhandlungen und Tarifsozialplan aus dem vom BAG entwickelten Gebot der Rechtsquellenklarheit.²²¹ Hiernach müssen normative Regelungen in einer Betriebsvereinbarung bzw. einem Sozialplan gem. § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG oder einem Tarifsozialplan oder flankierender tariflicher Regelungen²²² aus Sicht der normunterworfenen Arbeitnehmer klar erkennen lassen, ob Betriebsrat oder Gewerkschaft der Normurheber ist.²²³ Im Rahmen der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter sollen nicht selten sowohl tarifliche als auch betriebsverfassungsrechtliche Regelungen getroffen werden. Wenn im Zuge dessen diese Normsetzungsebenen „vermischt“ werden, besteht das Risiko der Rechtsunwirksamkeit derjenigen Regelungen, die sich nicht klar zuordnen lassen.²²⁴ Der Arbeitgeber sollte deshalb auf Einhaltung des Gebots der Rechtsquellenklarheit drängen.

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M., RA/FAArbR, ist Partner der Rechtsanwaltssozietät Mayer Brown LLP. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, dem Kollektivarbeitsrecht, der Gesamtvergütungsgestaltung sowie der arbeitsrechtlichen Compliance, einschließlich des Beschäftigtendatenschutzes.



209 LAG Hamm, 9.3.1972 – 8 BVTa 2/72, AP BetrVG 1972 § 2 Nr.1; Maschmann, in: Richardi, BetrVG 17. Aufl. 2022, § 2, Rn. 35.

210 Dies wird etwa auch in § 31 BetrVG (beratende Teilnahme von Gewerkschaftsvertretern an Betriebsratssitzungen) deutlich.

211 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BB 2007, 2235, Rn. 90.

212 S. oben III.1.

213 BVerfG, 14.10.1976 – 1 BvR 19/73, AP Nr. 3 zu § 2 BetrVG 1972.

214 Maschmann, in: Richardi, BetrVG 17. Aufl. 2022, § 2, Rn. 105.

215 Die außerhalb des BetrVG bestehenden Aufgaben der Gewerkschaft, insbesondere die Erhebung und Durchsetzung einer Tarifsozialplanforderung, werden durch Regelungen des BetrVG ausdrücklich nicht beschränkt, § 2 III BetrVG.

216 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BB 1996, 590; BVerfG, 6.2.2007 – 1 BvR 978/05, juris; BAG, 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, BAGE 115, 58.

217 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BB 1996, 590; BAG, 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, BB 2006, 1798.

218 Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 2, Rn. 83.

219 BAG, 28.7.2020 – 1 ABR 4/19, BB 2020, 2941; Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148 f.: kein „Plebiszit“.

220 BAG, 28.7.2020 – 1 ABR 4/19, BB 2020, 2941.

221 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07, BAGE 126, 251; BAG, 26.9.2017 – 1 AZR 717/15, BB 2018, 1274; BAG, 26.2.2020 – 4 AZR 48/19, BAGE 170, 56.

222 S. Teil II, IV.1.a).

223 Franzen, in: GK BetrVG, 12. Aufl. 2022, § 50, Rn. 83.

224 Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148e.

Teil II

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M., RA/FAArbR

Tarifsozialplan – der Arbeitgeber zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Tarifautonomie – Teil II

Spätestens seitdem das BAG in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2007 (1 AZR 252/06) die Erstreikbarkeit eines Tarifvertrags mit sozialplanähnlichem Inhalt (nachfolgend: „Tarifsozialplan“) grundsätzlich anerkannt hat, sehen sich Arbeitgeber bei der Planung und Umsetzung von Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG häufig einer konzentrierten Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter gegenüber. In Teil I dieses Beitrags (BB 2024, 2612 ff.) wurde der rechtliche Rahmen für die im Zusammenhang mit einer Tarifsozialplanforderung angewandte Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter und seine Grenzen beleuchtet. In Teil II dieses Beitrags geht es nun um präventive, strategische und vertragliche Handlungsoptionen als mögliche Komponenten einer an den Umständen des Einzelfalls orientierten konsistenten Gegenstrategie des Arbeitgebers.

IV. Handlungsoptionen des Arbeitgebers

1. Einschätzung des Streikrisikos

Muss der Arbeitgeber, der eine Betriebsänderung plant, davon ausgehen, dass eine Tarifsozialplanforderung²²⁵ zu erwarten ist oder steht eine solche bereits im Raume, stellt eine Einschätzung des Streikrisikos²²⁶ in tatsächlicher, rechtlicher und operativer Hinsicht einen sinnvollen Ausgangspunkt für die Definition einer Arbeitgeberstrategie als Reaktion auf die zu erwartende konzentrierte Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter dar. Je geringer das tatsächliche Risiko eines Erzwingungsstreiks und je höher die „Streikresilienz“ des betroffenen Betriebs, des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Strategie des doppelten Sozialplans verfehlt. Mit anderen Worten: Soweit ein Streik zur Durchsetzung einer Tarifsozialplanforderung für den Arbeitgeber „verkräftbar“ ist, besteht nur ein geringer oder gar kein Einigungsdruck. Es ist deshalb ratsam, eine Bestandsaufnahme und Analyse zu für die „Streikresilienz“ wesentlichen Punkten vorzunehmen. Dazu zählen beispielsweise der Organisationsgrad in der Belegschaft, das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft sowie eine Einschätzung des Mobilisierungspotentials der Gewerkschaft angesichts einer geplanten Betriebsänderung. Auch eine Bewertung des tatsächlichen Risikos operativer Disruptionen im Streikfall oder der rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Konsequenzen eines streikbedingten Produktionsausfalls in den (Vertrags-)Verhältnissen des Arbeitgebers mit seinen Kunden können (und sollten) Einfluss auf die strategische Positionierung des Arbeitgebers haben.

2. Präventive Optionen des Arbeitgebers

Idealerweise auf der Grundlage der vorgenannten umfassenden Bewertung eines Streikrisikos für den Arbeitgeber bzw. seiner Unterneh-

mensgruppe im Falle einer Tarifsozialplanforderung gibt es diverse Handlungsoptionen, die arbeitgeberseitig schon im Vorfeld einer endgültigen unternehmerischen Entscheidung über die Umsetzung einer Betriebsänderung erwogen werden können.²²⁷

a) Tarifvertragliche Friedenspflicht

Wie oben²²⁸ dargelegt, kann ein Tarifsozialplan nicht erzwungen werden, soweit den Tarifforderungen aufgrund bestehender tariflicher Regelungen eine Friedenspflicht entgegensteht. Eine solche kann sich aus Verbands- und Firmentarifverträgen²²⁹ ergeben, die Regelungen über den Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile, insbesondere im Falle einer Betriebsänderung, enthalten. Beispielsweise aus Rationalisierungsschutzabkommen²³⁰ aber auch aus Rahmen-Tarifsozialplänen, Zukunftstarifverträgen und ähnlichen Tarifverträgen zur Unternehmenspolitik.²³¹ Ob sich aus diesen Tarifwerken im Hinblick auf einen zukünftigen Tarifsozialplan eine Friedenspflicht ergibt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Es kommt darauf an, ob zwischen den bestehenden tariflichen Regelungen und den konkreten Tarifsozialplanforderungen ein innerer sachlicher Zusammenhang besteht.²³² Sofern ein Arbeitgeber zukünftig erforderlich werdende Betriebsänderungen für absehbar hält, kann erwogen werden, ob entsprechende Tarifverträge mit für einen potentiellen Tarifsozialplan „typischen“ Regelungen (beispielsweise zu Abfindungen) nicht präventiv abgeschlossen oder die Bindung an eine entsprechende Verbandstarifregelung herbeigeführt werden können bzw. sollten. Im Einzelfall sollten allerdings unbedingt die Nachteile²³³ solcher vorsorglichen Tarifregelungen, insbesondere die Schaffung eines „Mindestniveaus“ für nachfolgende Sozialpläne aufgrund von § 4 Abs. 3 TVG (Günstigkeitsprinzip), Bestandteil der arbeitgeberseitigen Erwägungen sein.

225 In der Praxis mitunter kombiniert mit der Forderung nach Tarifvereinbarungen über eine Standort- und Beschäftigungssicherung, einen sog. Zukunftstarifvertrag oder eines sog. Investorenprozesses.

226 Hierzu auch *Bauer/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, Teil 2 C, Rn. 34 ff.

227 Hierzu auch *Lipinski/Ferme*, DB 2007, 1250 ff.

228 S. Teil I, III.1.b).

229 BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BB 2003, 1125, dazu *Zeppenfeld/Beyerlein*, EWiR 2003, 863.

230 Für die Metallindustrie beispielsweise: Abkommen zum Schutz der Arbeiter und Angestellten vor Folgen der Rationalisierung vom 27.5./25.6.1968 und seine Nachfolgeregelungen, in dem u.a. Abfindungen und Umschulungen für den Fall betriebsändernder Maßnahmen, die Entlassungen zur unmittelbaren Folge haben, geregelt sind.

231 S. Teil I, III.1.b).

232 S. Teil I, III.1.b).

233 Hierzu *Schweibert*, in: *Willemsen u.a.*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 344.

b) „Streikresilienz“ des Betriebs

Um die „Streikresilienz“ des Betriebs oder der Unternehmensgruppe des Arbeitgebers für den Fall einer Tarifsozialplanforderung zu erhöhen und damit vorausschauend die arbeitgeberseitige Verhandlungsposition gegenüber Gewerkschaft und Betriebsrat zu verbessern,²³⁴ sind eine Reihe von präventiven operativen und personellen Maßnahmen zu erwägen, die rechtzeitig²³⁵ vor der Bekanntgabe konkreter unternehmerischer Planungen einer Betriebsänderung hinsichtlich ihrer Machbarkeit geprüft, vorbereitet und gegebenenfalls umgesetzt werden müssen.

aa) Safety Stock

Für Produktionsbetriebe kommt die frühzeitige Schaffung eines Vorratsbestands (*safety stock*) in Betracht. Aus rechtlicher Sicht, spricht nichts gegen die Aufstockung der Produktion, soweit dies nicht zu einer mitbestimmungsrechtlich relevanten Arbeitsverdichtung der Arbeitnehmer des Betriebs führt. Dies ist umso unwahrscheinlicher, je langfristiger der Vorratsbestand aufgebaut wird.

bb) Auslagerung von Betriebskapazitäten

Soweit eine Verlagerung neuralgischer Betriebskapazitäten an andere, gegebenenfalls auch im Ausland liegende, Standorte innerhalb der Unternehmensgruppe des Arbeitgebers oder eine Auslagerung solcher Kapazitäten an einen externen Dienstleister operativ darstellbar ist, kann auf diesem Wege die „Streikresilienz“ des konkreten Betriebs verbessert werden. Häufig hängt die Machbarkeit solcher präventiven Reorganisationsmaßnahmen von den vertraglichen Festlegungen in den Kundenverträgen des Arbeitgebers ab. Da diese Maßnahmen selbst zudem die Durchführung eines betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens gemäß §§ 111 ff. BetrVG erforderlich machen können und bei einer Verlagerung innerhalb der Unternehmensgruppe regelmäßig Kapazitäten an anderen Standorten aufgebaut werden müssen, ist in der Praxis ein besonders langer Vorlauf erforderlich.²³⁶

cc) Planung von Personalmaßnahmen

Um die Betriebskapazität auch im Fall eines Streiks aufrechterhalten zu können, können verschiedene vorausschauende Personalmaßnahmen, einschließlich eines Fremdpersonaleinsatzes, erwogen werden. Denn auch nach der Einführung des Verbots des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als „Streikbrecher“ gemäß § 11 Abs. 5 AÜG im April 2017 bleibt der Einsatz von Fremdpersonal in einem bestreikten Betrieb in diversen Konstellationen rechtlich möglich. Solche Optionen sollten seitens des Arbeitgebers möglichst frühzeitig geprüft und gegebenenfalls vorbereitet werden. Im Streikfall können diese Personalmaßnahmen dann, unter bestimmten Voraussetzungen ohne Mitbestimmung des Betriebsrats,²³⁷ kurzfristig umgesetzt werden.²³⁸

Nach § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG darf der Arbeitgeber in seinem unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb keine Leiharbeitnehmer einsetzen. Gemäß § 11 Abs. 5 S. 2 AÜG gilt dieses Einsatzverbot nur für die unmittelbare oder mittelbare Übernahme von Tätigkeiten streikender Stammbetriebsmitarbeiter. Das bedeutet, dass Leiharbeitnehmer nur dann als „Streikbrecher“ eingesetzt werden können, wenn die von ihnen verrichteten Tätigkeiten nicht inhaltlich identisch mit den Tätigkeiten streikender Arbeitnehmer sind. Nach der Gesetzesbegründung²³⁹ gelten diese Grundsätze auch für Leiharbeitnehmer, die bereits vor Streikbeginn im Betrieb tätig waren und dann einfach

weiterarbeiten. Auch solche „Bestands-Leiharbeitnehmer“ dürfen also nur dann während des Streiks eingesetzt werden, wenn sichergestellt werden kann, dass ihre Tätigkeit nicht der von Arbeitnehmern entspricht, die sich am Streik beteiligen oder ihrerseits Tätigkeiten von Streikenden übernommen haben.²⁴⁰ Insgesamt ist die Reichweite des Einsatzverbotes nach § 11 Abs. 5 S. 1, 2 AÜG groß und lässt dem Arbeitgeber lediglich die – in der Regel nicht zielführende – Möglichkeit, Leiharbeitnehmer während eines Arbeitskamps in dem davon unmittelbar betroffenen Betrieb nur für nicht streikrelevante Tätigkeiten einzusetzen. Zudem steht dem jeweiligen Leiharbeitnehmer gemäß § 11 Abs. 5 S. 3, 4 AÜG ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht zu, auf das der jeweilige Verleiher hinzuweisen hat. Zu beachten sind außerdem die in der Leiharbeitsbranche für Verleiher geltenden tariflichen Überlassungsverbote²⁴¹ im Arbeitskampf der Entleiher. Deren Einschlägigkeit und Reichweite sollte der Arbeitgeber in jedem Fall mit den für ihn in Betracht kommenden Verleihern bzw. Personaldienstleistern vorab klären.

Das Einsatzverbot des § 11 Abs. 5 AÜG gilt indes nur für den unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb und nicht etwa für andere Betriebe des Arbeitgebers, die nicht vom Streikaufruf der Gewerkschaft umfasst sind.²⁴² Es ist daher rechtlich möglich, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmer aus einem anderen Betrieb im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf als „Streikbrecher“ einsetzt²⁴³ und die Personallücken im „abgebenden“ Betrieb dort durch Leiharbeitnehmer auffüllt. Auch gilt § 11 Abs. 5 AÜG unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr.2 AÜG nicht für die Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen,²⁴⁴ sodass auch eine Personalgestaltung innerhalb der Unternehmensgruppe des Arbeitgebers zulässig ist. Eine solche Personalrotation zwischen Betrieben desselben Arbeitgebers oder zwischen dem Arbeitgeber und seinen Konzernunternehmen bedarf der Planung und Vorbereitung, da betriebsfremde Arbeitnehmer des Arbeitgebers oder seiner Konzernunternehmen in der Regel eine gewisse Einarbeitung benötigen, um im „Ernstfall“ die Tätigkeiten streikender Arbeitnehmer möglichst reibungslos übernehmen zu können. Auch sind häufig organisatorische und logistische Probleme zu bewältigen, die mit der Bildung einer solchen „Streikreserve“ einhergehen. Auch können die Arbeitnehmer nicht gegen ihren Willen als „Streikbrecher“ eingesetzt werden,²⁴⁵ was sich aber in der Praxis oft durch finanzielle Anreize auflösen lässt.²⁴⁶

234 S. unten IV.3.b). c), d).

235 *Lipinski/Ferne*, DB 2007, 1250 ff., die zutreffend feststellen, dass ein längerfristiger Einsatz verfolgt werden muss, um eine „Nicht-Erpressbarkeit“ zu erreichen.

236 So auch *Lipinski/Ferne*, DB 2007, 1250 ff.; *Bauer/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, Teil 2 C, Rn. 37.

237 *Ubber*, in: *Dahl*, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 55; BAG, 20.3.2018 – 1 ABR 70/16, BB 2018, 3002.

238 S. unten IV.3.d)aa).

239 BT-Drs. 18/9232, 18.

240 *Höpfner*, in: *Hennsler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrechtskommentar, 11. Aufl. 2024, § 11 AÜG, Rn. 34; *Motz*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, 72. Ed., Stand: 1.6.2024, § 11 AÜG, Rn. 35.

241 Z. B. § 17.1 MTV BAP/DGB, § 12 MTV iGZ/DGB.

242 *Motz*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, 72. Ed., Stand: 1.6.2024, § 11 AÜG, Rn. 34.

243 *Ricken*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 275, Rn. 4, 9; *Schüren/Hamann*, AÜG, 6. Aufl. 2022, § 11, Rn. 151.

244 *Höpfner*, in: *Hennsler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrechtskommentar, 11. Aufl. 2024, § 11 AÜG, Rn. 34; *Thüsing*, AÜG, 4. Aufl. 2018, § 11, Rn. 52; *Bauer/Haußmann*, NZA 2016, 803; *Lembke*, NZA 2017, 1; *Schüren/Hamann*, AÜG, 6. Aufl. 2022, § 11, Rn. 151; *Ricken*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 275, Rn. 9 m. w. N.

245 *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 42, Rn. 91; *Ricken*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 275, Rn. 4.

246 S. unten IV.3.d)bb).

Schließlich bleibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, im Falle eines (drohenden) Arbeitskampfes, befristete Arbeitsverträge²⁴⁷ oder echte Werkverträge²⁴⁸ abzuschließen, um die „Streikresilienz“ des Betriebs sicherzustellen. Da es im „Ernstfall“ schnell gehen muss, müssen auch solche befristeten Neueinstellungen bzw. die Fremdvergabe von Tätigkeiten an einen Werkunternehmer mit zeitlichem Vorlauf vorbereitet werden.

c) Finanzielle Isolierung

Aus Sicht des Arbeitgebers bzw. seiner Unternehmensgruppe sollte in Vorbereitung auf eine Betriebsänderung auch die Option einer „finanziellen Isolierung“ des Arbeitgeberunternehmens im Konzern, etwa durch Beendigung von Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen,²⁴⁹ als präventive Handlungsoption zu erwogen werden.²⁵⁰

aa) Unternehmensbezogenheit des Sozialplans

Wird bei einer mitbestimmungspflichtigen Betriebsänderung ein Sozialplan gemäß § 112 Abs. 4 BetrVG durch die Einigungsstelle beschlossen, hat diese gem. § 112 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 BetrVG bei der Bemessung des Sozialplanvolumens auch dessen wirtschaftliche Vertretbarkeit für den Arbeitgeber²⁵¹ zu berücksichtigen. Diese Ermessensleitlinie ist unternehmensbezogen und bezieht sich grundsätzlich nur auf das sozialplanpflichtige Arbeitgeberunternehmen, auch wenn dieses einem Konzern angehört, und nicht auf die Finanzkraft der Muttergesellschaft oder Unternehmensgruppe des Arbeitgebers.²⁵² Ausnahmen von diesem Grundsatz, ein sogenannter Berechnungsdurchgriff auf das Vermögen von Konzerngesellschaften zur Finanzierung eines betrieblichen Sozialplans, kann die Einigungsstelle nur in engen Grenzen erwägen.²⁵³ Für den Tarifsozialplan gelten diese betriebsverfassungsrechtlichen Beschränkungen nicht.²⁵⁴ Wie dargelegt,²⁵⁵ lehnt die Rechtsprechung eine Übermaßkontrolle der auf den Abschluss eines Tarifsozialplans gerichteten Streikforderungen grundsätzlich ab und sieht eine Grenze erst erreicht, wenn die Forderungen der Gewerkschaft gezielt auf die wirtschaftliche Existenzvernichtung des Arbeitgebers gerichtet sind. Folgerichtig wird mancherorts²⁵⁶ argumentiert, dass der Tarifsozialplan die Möglichkeit biete, die Unternehmensbezogenheit des betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplans zu überwinden und Konzernunternehmen zur Finanzierung der Tarifsozialplanforderungen mit einzubeziehen, wenn diese für den Arbeitgeber allein nicht wirtschaftlich vertretbar sind. Zudem kann es nach der jüngsten instanzgerichtlichen Rechtsprechung²⁵⁷ nicht mehr als gesichert angesehen werden, dass Streikforderungen der Gewerkschaft im Zusammenhang mit einem Tarifsozialplan nicht auch gegen ein Konzernunternehmen des Arbeitgebers gerichtet sein können. Gleichwohl stellt die „finanzielle Isolierung“ des Arbeitgeberunternehmens eine sinnvolle Präventivmaßnahme gegen eine zu erwartende, nicht der Übermaßkontrolle unterliegende, Tarifsozialplanforderung dar. Denn nur der Arbeitgeber als Tarifvertragspartei i.S.d. § 2 Abs. 1 TVG kann Schuldner der aus einem Tarifsozialplan resultierenden finanziellen Verbindlichkeiten sein.²⁵⁸ Eine Tarifsozialplanforderung in exzessiver Höhe verpufft deshalb, wenn sie die finanzielle Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers übersteigt und keine Einstandspflicht von Konzernunternehmen besteht. Unter Umständen besteht dann sogar ein Insolvenzrisiko für das Unternehmen des Arbeitgebers, woran auch die den Tarifsozialplan fordernde Gewerkschaft kein Interesse haben kann.²⁵⁹

bb) Insolvenzscenario

Wird ein Sozialplan nach der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers aufgestellt, begrenzt § 123 InsO das Gesamtvolumen, das zum Nachteilsausgleich für die von einer Betriebsänderung²⁶⁰ betroffenen Arbeitnehmer zur Verfügung steht, ganz erheblich. Ob § 123 InsO auch auf Tarifsozialpläne Anwendung findet, ist umstritten.²⁶¹ Jedoch geht die herrschende Auffassung²⁶² mit überzeugenden Argumenten davon aus, dass die gesetzlichen Begrenzungen des Sozialplanvolumens jedenfalls analog auch für einen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellten Tarifsozialplan gelten. Sofern also, angesichts einer Überforderung des Arbeitgeberunternehmens durch eine Tarifsozialplanforderung ein Eröffnungsgrund²⁶³ für ein Insolvenzverfahren gegeben ist oder droht und das Insolvenzverfahren eröffnet wird, läuft die Gewerkschaft Gefahr, mit ihren Forderungen weitgehend ins Leere zu laufen und den betroffenen Arbeitnehmern so einen Bärendienst zu erweisen. Die Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellt allerdings einen sehr drastischen Schritt dar, dessen weitreichende Konsequenzen, insbesondere auch für Kundenbeziehungen oder den Ruf des Arbeitgebers bzw. seiner Unternehmensgruppe, dringend bedacht werden müssen.²⁶⁴ Doch stellt allein die Möglichkeit eines Insolvenzscenarios ein gewichtiges Argument dar, das einer exzessiven Tarifsozialplanforderung in der Praxis gegebenenfalls entgegengehalten werden kann.

3. Strategische Optionen des Arbeitgebers

Steht im Zusammenhang mit einer konkreten Betriebsänderung eine Tarifsozialplanforderung im Raum, muss der Arbeitgeber im Einzelfall entscheiden, wie er auf die zu erwartende konzertierte Vorgehens-

247 Schüren/Hamann, AÜG, 6. Aufl. 2022, § 11, Rn. 154.

248 Kock, in: BeckOK Arbeitsrecht, 72. Ed., Stand: 1.6.2024, § 11 AÜG, Rn. 58.

249 Hierzu Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 12. Aufl. 2023, § 19.

250 Schweibert, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 344.

251 BAG, 14.2.2023 – 1 ABR 28/21, juris, wonach ein – außerhalb eines Insolvenzverfahrens aufgestellter – Sozialplan für das Unternehmen regelmäßig nicht wirtschaftlich vertretbar ist, wenn die Erfüllung der Sozialplanverbindlichkeiten zu einer Illiquidität, einer bilanziellen Überschuldung oder einer nicht mehr hinnehmbaren Schmälerung des Eigenkapitals führt.

252 BAG, 14.2.2023 – 1 ABR 28/21, juris.

253 Hierzu Ludwig/Hinze, NZA 2020, 1657 ff.; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, §§ 112, 112a, Rn. 258 ff.; Schweibert, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 325 ff.

254 Kuhn/Willemsen, NZA 2012, 593; Schweibert, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 347.

255 S. Teil I, I.1.

256 Helm, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 2 – Perspektive Betriebsrat, Rn. 74, 140.

257 LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114: das Gericht vertritt die Auffassung, dass von dem Grundsatz der Rechtswidrigkeit einer Tarifforderung gegen einen Dritten, der nicht Arbeitgeber i.S.d. § 2 Abs. 1 TVG ist, jedenfalls dann abgewichen werden kann, wenn es sich dabei um den Hauptgesellschafter des Arbeitgebers handelt. Dazu Grimm, ArbRB 2019, 234; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht, Bd. 1, 2020, S. 229 ff.

258 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg, 20.2.2019 – 4 Sa 40/18, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 114. Dort ging es nicht um die finanzielle Haftung des Hauptgesellschafters des Arbeitgebers für den Tarifsozialplan, sondern um die Forderung der Gewerkschaft auf Abschluss eines sog. sonstigen Kollektivvertrags „begleitend“ zum eigentlichen Tarifsozialplan.

259 S. unten IV.2.c)bb).

260 Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, §§ 112, 112a, Rn. 294, 308.

261 Göpfert/Dachner, in: Kübler u.a., Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand: März 2023, §§ 123, 124, Rn. 42.

262 Röger, Insolvenzarbeitsrecht, 2. Aufl. 2024, S. 139 f.; Braun, Insolvenzordnung, 10. Aufl. 2024, § 123, Rn. 19; Caspers, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2019, § 123, Rn. 17; Göpfert/Dachner, in: Kübler u.a., Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand: März 2023, §§ 123, 124, Rn. 44 ff.; a. A: Markowski, in: Däubler u.a., Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, § 123 InsO, Rn. 4; Schmidt, ZInsO 2008, 247 ff.

263 Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), Überschuldung (§ 19 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).

264 So auch Schweibert, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 344.

weise von Betriebsrat und Gewerkschaft reagieren will. In Betracht kommen dazu eine Reihe von Handlungsoptionen und Maßnahmen als mögliche Komponenten einer auf die konkreten Umstände abgestimmten und konsistenten Arbeitgeberstrategie.

a) Reaktion auf Überschreitung der Grenzen für die Doppelstrategie

Die oben²⁶⁵ aufgezeigten rechtlichen Grenzen für die zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat abgestimmte Doppelstrategie sollten seitens des Arbeitgebers jederzeit im Auge behalten werden. Zum einen gilt dies für die Rechtmäßigkeitsprüfung der Tarifsozialplanforderungen selbst und die zu deren Durchsetzung angedrohten bzw. durchgeführten Arbeitskämpfmaßnahmen. Zum anderen sollte der Arbeitgeber beobachten, ob und inwieweit sich die Akteure von Betriebsrat und Gewerkschaft im Rahmen ihrer konzertierten Vorgehensweise an die fortbestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätze und Regeln halten. Bestehen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise, Forderungen oder Maßnahmen der Arbeitnehmervertreter Zweifel, sollte der Arbeitgeber jedenfalls in gerichtsfest dokumentierter Form darauf hinweisen und gegebenenfalls gerichtliche Schritte erwägen. Die konkreten Mittel, mit denen der Arbeitgeber auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Doppelstrategie dringt, müssen im Einzelfall – auch unter Berücksichtigung taktischer und politischer Aspekte – ausgewählt werden.

b) Entkopplung der Regelungsebenen

Wie dargelegt, beruht die im Zusammenhang mit einer Tarifsozialplanforderung seitens der Arbeitnehmervertreter angewandte Doppelstrategie auf einer Kopplung des Mitbestimmungsverfahrens gem. §§ 111 ff. BetrVG und der tariflichen Ebene. Nach dem Grundsatzurteil des BAG hat der Arbeitgeber diese „Zangenwirkung“ grundsätzlich auszuhalten. Der Arbeitgeber kann aber den strategischen Ansatz erwägen, die der „Zange“ zugrundeliegende Kopplung der betriebsverfassungsrechtlichen und tariflichen Regelungsebenen abzuschwächen bzw. aufzuheben.

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, mit dem Betriebsrat das Verfahren zum Versuch eines Interessenausgleich nach § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG, einschließlich der Unterrichtung und Beratung gemäß § 111 Abs. 1 S. 1 BetrVG und, im Falle der Nichteinigung zwischen den Betriebsparteien, der Anrufung der Einigungsstelle nach § 112 Abs. 2 S. 2 BetrVG, vor der Umsetzung der geplanten Betriebsänderung durchzuführen, um vor allem Nachteilsausgleichsansprüche gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG sowie, gegebenenfalls Unterlassungsansprüche des Betriebsrats zu vermeiden.²⁶⁶ Diese betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers werden durch zeitgleich laufende Tarifsozialplanverhandlungen nicht tangiert.²⁶⁷ Gleichzeitig muss der Arbeitgeber sich, will er Arbeitskämpfmaßnahmen vermeiden, in einer konstruktiven Weise zu der Tarifsozialplanforderung der Gewerkschaft verhalten,²⁶⁸ etwa durch die zeitnahe Aufnahme von Gesprächen über die Tarifforderungen und letztlich durch die Aufnahme von entsprechenden Tarifverhandlungen. Auf der anderen Seite sind Gewerkschaft und Betriebsrat im von der Rechtsprechung²⁶⁹ abgesetzten Rahmen ihrer Doppelstrategie frei zu entscheiden, ob, wann und wie sie den Schwerpunkt auf das betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsverfahren oder den Tarifsozialplan legen oder diese beiden Regelungsstränge zeitlich parallel vorantreiben wollen. Häufig wird der Schwerpunkt zunächst auf die Verhandlung des Tarifsozial-

plans gelegt, an denen Betriebsratsmitglieder als Mitglieder der sogenannten betrieblichen Tarifkommission²⁷⁰ teilnehmen. Der praktische Effekt dieser Schwerpunktsetzung ist regelmäßig, dass in dem – gegebenenfalls durch Streik erzwungenen – Tarifvertrag ein Mindestniveau für den betrieblichen Sozialplan gesetzt wird. Wählen die Arbeitnehmervertreter hingegen die Variante, zunächst die Ergebnisse der Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen, zu denen der Betriebsrat regelmäßig Gewerkschaftsvertreter hinzuzieht,²⁷¹ abzuwarten, um dann den Tarifsozialplan „oben drauf“ zu setzen, steht das betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsverfahren einschließlich eines Einigungsstellenverfahrens faktisch unter Arbeitskampfdruck.²⁷² Gleiches gilt im Falle des parallelen Vorantreibens des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens und der Tarifsozialplanverhandlungen. Um sich der aus der jeweiligen strategischen Schwerpunktsetzung der Arbeitnehmervertreter resultierenden nachteiligen Verhandlungsposition zu entziehen, kann der Arbeitgeber Möglichkeiten erwägen, das betriebsverfassungsrechtliche Verfahren von den Tarifsozialplanverhandlungen zu entkoppeln.

aa) Beschleunigung des betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrens

Rechtlich ist das Mitbestimmungsverfahren gemäß §§ 111 ff. BetrVG unabhängig von den Tarifverhandlungen.²⁷³ Der Arbeitgeber kann deshalb darauf abzielen, seinerseits den Schwerpunkt auf möglichst zügige Ergebnisse der Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen mit dem Betriebsrat zu legen. Ist der Arbeitgeber bereit, schon zum Auftakt der Beratungen ein „gutes“ Angebot für die Dotierung des Sozialplans vorzulegen und gelingt auf dessen Grundlage eine rasche Einigung mit dem Betriebsrat, sinkt nicht selten das Interesse der Belegschaft an einem gegebenenfalls durch Streik erkämpften zusätzlichen Tarifsozialplan – und damit auch die faktische Durchsetzungskraft der Gewerkschaft und das Interesse des Betriebsrats die Doppelstrategie weiter mitzutragen. Der Betriebsrat ist verpflichtet, die Beratungen mit dem Arbeitgeber über Interessenausgleich und Sozialplan konstruktiv voranzutreiben.²⁷⁴ Entzieht er sich dieser Verpflichtung und zögert, in Abstimmung mit der Gewerkschaft, das Verfahren hinaus, kann und muss der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen und gegebenenfalls gerichtlich einsetzen lassen.²⁷⁵

Unbedingt ist bei einer solchen gezielten Beschleunigung des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens zu beachten, dass es der Gewerkschaft auch nach Abschluss eines Sozialplans mit dem Betriebsrat, gegebenenfalls durch einen Spruch der Einigungsstelle gemäß § 112 Abs. 4 BetrVG, möglich bleibt, ihre Tarifsozialplanforderungen aufrechtzuerhalten und durch Arbeitskampf zu erzwingen. Es

265 S. Teil I, III.

266 S. unten IV.3.b)cc).

267 Bauer/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, Teil 2 C, Rn. 31 ff.

268 Bauer/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, Teil 2 C, Rn. 40, die zutreffend auf das arbeitskampfrechtliche ultima-ratio-Prinzip hinweisen, wonach während Tarifverhandlungen ein Streikverbot gilt.

269 S. Teil I, I.1.

270 S. Teil I, III.3.c).

271 S. Teil I, III.3.d)aa).

272 Bauer/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, Teil 2 C, Rn. 27, die anmerken, dass die Arbeitnehmerseite durch die Möglichkeit eines Arbeitskampf einen „tatsächlich oder vermeintlich wirkungsvolleren ‚Hebel‘ in die Hand erhalten; auch Willemssen, in: Willemssen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148d.

273 S. Teil I, I.1.

274 Röder/Günther/Winzer, Interessenausgleich und Sozialplan, 6. Aufl. 2024, Kap. 1, Rn. 83; Liebers, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 57, Rn. 2.

275 S. oben IV.3.b).

ist deshalb von großer Wichtigkeit, die vertragliche Kopplung²⁷⁶ von Sozialplanansprüchen mit Ansprüchen aus einem etwaigen Tarifsozialplan in dem betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan sicherzustellen. Insbesondere ist eine Anrechnungsklausel²⁷⁷ in den Sozialplan aufzunehmen, um etwaige Doppelanprüche der Arbeitnehmer auszuschließen. Auch die Einigungsstelle muss die im Raume stehende Tarifsozialplanforderung berücksichtigen.²⁷⁸

bb) Umsetzung der Betriebsänderung während des Arbeitskampfs

Führt die Gewerkschaft zur Erzwingung ihrer Tarifsozialplanforderungen Arbeitskampfmaßnahmen durch, kann der Arbeitgeber erwägen, die geplante Betriebsänderung umzusetzen, ohne mit dem Betriebsrat ein Interessenausgleichs- und Sozialplanverfahren durchzuführen. Insofern wird in der Literatur²⁷⁹ mit überzeugenden Argumenten die Meinung vertreten, dass dieeteiligungsrechte des Betriebsrats gemäß §§ 111 ff. BetrVG während eines Arbeitskampfs suspendiert sind.²⁸⁰ Allerdings ist zu beachten, dass diese Ansicht keineswegs als herrschende Meinung betrachtet werden kann, diesbezüglich gewichtige Gegenargumente vertreten werden²⁸¹ und diese Frage bislang nicht höchstrichterlich entschieden wurde. Zwar lässt sich in der Praxis kaum bestreiten, dass sich die gezielte Kopplung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung mit der tariflichen Auseinandersetzung faktisch paritätsstörend auswirkt, was für eine arbeitskampfrechtskonforme Einschränkung der §§ 111 ff. BetrVG²⁸² spricht, doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht dies gegenteilig beurteilt. Deshalb ist die Nutzung einer Arbeitskampfmaßnahme zur Umsetzung der Betriebsänderung ohne Interessenausgleich und Sozialplan rechtlich nicht ohne Risiko. Entschließt sich der Arbeitgeber gleichwohl dazu, sollten – sicherheitshalber und vorsorglich – etwa vor dem Ausspruch von Kündigungen der Betriebsrat nach § 102 BetrVG angehört und, gegebenenfalls, das Konsultationsverfahren bei anzeigepflichtigen Massenentlassungen nach § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt werden,²⁸³ um die Unwirksamkeit in Umsetzung der Betriebsänderung vorgenommener Entlassungen aus diesen Gründen zu vermeiden.²⁸⁴ Gelingt es, während der Dauer eines Arbeitskampfes²⁸⁵ „Fakten zu schaffen“, verbleiben dem Betriebsrat nur noch die Informationsrechte des § 111 BetrVG sowie die Durchführung des betrieblichen Sozialplanverfahrens.²⁸⁶ Zudem ist mit einer erhöhten Kampfbereitschaft der Gewerkschaft und der Belegschaft zu rechnen.

cc) Umsetzung der Betriebsänderung außerhalb von Arbeitskampfmaßnahmen

Führt der Arbeitgeber die geplante Betriebsänderung außerhalb einer konkreten Arbeitskampfmaßnahme durch, ohne das Verfahren zum Versuch eines Interessenausgleichs abgeschlossen zu haben, liegt grundsätzlich eine Missachtung der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats vor. Die rechtlichen Konsequenzen einer solchen Vorgehensweise sind durchaus gravierend. Zunächst können Arbeitnehmer, die in Umsetzung der Betriebsänderung entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden, nach § 113 Abs. 3 BetrVG i. V. m. § 113 Abs. 1, 2 BetrVG einen Nachteilsausgleich gegen den Arbeitgeber einklagen. Bei Entlassungen besteht der Nachteilsausgleichsanspruch in einer Abfindungszahlung, deren Höhe vom Arbeitsgericht unter Beachtung der sich aus § 10 KSchG ergebenden Höchstgrenzen²⁸⁷ festgelegt wird. Der Ausgleich anderer wirtschaftli-

cher Nachteile ist nach § 113 Abs. 2 BetrVG auf zwölf Monate begrenzt. Nach der Rechtsprechung des BAG²⁸⁸ sind Abfindungen aufgrund des gesetzlichen Nachteilsausgleichs und Abfindungen aus einem, eventuell nachfolgenden betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan grundsätzlich verrechenbar. Unterlässt es der Arbeitgeber vorsätzlich,²⁸⁹ seine gegenüber dem Betriebsrat bestehenden Unterrichtungspflichten nach § 111 BetrVG zu erfüllen, handelt er ordnungswidrig und kann gemäß § 121 BetrVG mit einer Geldbuße bis zu 10 000 Euro belegt werden.

Die Frage, ob der Betriebsrat die Umsetzung der Betriebsänderung unter Missachtung seiner Beteiligungsrechte aus eigener Initiative durch gerichtliche Geltendmachung eines entsprechenden Unterlassungsanspruch verhindern kann ist höchst umstritten²⁹⁰ und höchstrichterlich nicht entschieden.²⁹¹ Ist die Betriebsänderung einmal umgesetzt, besteht jedenfalls kein Unterlassungsanspruch mehr.²⁹² Deswegen ist für die Praxis vor allem relevant, ob der Betriebsrat durch eine einstweilige Unterlassungsverfügung die Umsetzung der Betriebsänderung gerichtlich untersagen lassen kann. Aufgrund der einheitlichen instanzgerichtlichen Rechtsprechung²⁹³ zur Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats gemäß §§ 111 ff. BetrVG im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hängen die Erfolgsaussichten für einen solchen Unterlassungsantrag des Betriebsrats tatsächlich davon ab, in welchem Landesarbeitsgerichtsbezirk der fragliche Betrieb liegt. Steht das zuständige LAG einem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats verneinend gegenüber, kann der Arbeitgeber realistischerweise vom Betriebsrat nicht daran gehindert werden, durch die rasche Umsetzung der Betriebsänderung „Fakten zu schaffen“ – wie dargelegt, unter Inkaufnahme von Nachteilsausgleichsansprüchen und Geldbußen.

276 S. unten V.

277 S. unten V.1.

278 S. unten V.1.

279 *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 112a BetrVG, Rn. 13; *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 56; *Schweibert*, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 346; *Lipinski/Ferme*, DB 2007, 1250; *Willemsen/Stamer*, NZA 2007, 413; *Gaul*, RdA 2008, 13.

280 Zur Einschränkung der Mitbestimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen während des Arbeitskampfs s. unten IV.3.d)aa).

281 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, §§ 112, 112a, Rn. 190; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, § 112, Rn. 179.

282 *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 56.

283 Ebenso *Schweibert*, in: Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, C, Rn. 346.

284 Ein Mangel des im Falle einer anzeigepflichtigen Massenentlassung durchzuführenden Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 2 KSchG führt zur Nichtigkeit von Kündigungen. Die sich aktuell andeutende Rechtsprechungsänderung zur Rechtsfolge von Fehlern im Massenentlassungsverfahren (BAG, 11.5.2023 – 6 AZR 157/22 (A), BAG, 14.12.2023 – 6 AZR 157/22 (B), BAG, 1.2.2024 – 2 AS 22/23, juris) bezieht sich nicht auf § 17 Abs. 2 KSchG. Hierzu *Winkel*, NZA 2024, 728.

285 Mit Beendigung der Arbeitskampfmaßnahme leben die Mitbestimmungsrechte gemäß §§ 111 ff. BetrVG vollumfänglich wieder auf.

286 Ebenso *Ubber*, in: Dahl, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 57.

287 *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2024, § 10 KSchG, Rn. 1.

288 BAG, 12.2.2019 – 1 AZR 279/17, BAGE 165, 336, u. a. mit überzeugender Bejahung der Europarechtskonformität einer solchen Verrechnung.

289 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 121, Rn. 6.

290 Hierzu *Gilberg*, NZA 2024, 1001 ff.; zum aktuellen Streitstand *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 111, Rn. 160 ff. m. w. N.; *Arnold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, 5. Aufl. 2022, § 317, Rn. 30 ff.

291 Zuletzt ausdrücklich offen gelassen in BAG, 8.3.2022 – 1 ABR 19/21, juris.

292 LAG Köln, 21.5.2021 – 9 TaBV 56/20, juris; LAG Rheinland-Pfalz, 13.10.2016 – 6 TaBVGA 2/16, LAGE § 111 BetrVG 2001 Nr. 15.

293 Hierzu s. *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 111 BetrVG, Rn. 27a.

c) Doppelte Verhandlungsführung

Ist eine Entkopplung des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens von den Tarifsozialplanverhandlungen nicht machbar oder opportun, kann es ratsam sein, die Beratungen mit dem Betriebsrat gemäß §§ 111 ff. BetrVG mit den Tarifvertragsverhandlungen so weit wie möglich zu verknüpfen, insbesondere durch Einbindung des Betriebsrats in die Verhandlungen mit der Gewerkschaft. Häufig ist es so, dass die Arbeitnehmer angesichts der bevorstehenden Betriebsänderung ein starkes Interesse daran haben, möglichst zügig zu wissen, was die Umsetzung der Maßnahme für sie persönlich bedeutet. Legt der Arbeitgeber frühzeitig ein „gutes“ Angebot für einen betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan auf den Tisch, kann das Interesse der Belegschaft – und damit regelmäßig des Betriebsrats – an einer langwierigen Tarifauseinandersetzung, womöglich begleitet von Arbeitskämpfen, in der Praxis durchaus sinken.²⁹⁴ Soweit die Gewerkschaft den Ansatz verfolgt, durch exklusiv ihren Mitgliedern vorbehaltene Tarifsozialplanleistungen²⁹⁵ ihren Organisationsgrad im Betrieb und die Streikmotivation innerhalb der Belegschaft zu erhöhen bzw. hochzuhalten, kann dem unter Umständen durch die Ankündigung einer Erstreckungsvereinbarung²⁹⁶ entgegengewirkt werden. Sofern die Gewerkschaft im Rahmen dieser doppelten Verhandlungsführung über ihre eigentlichen Tarifsozialplanforderungen nicht „ernsthaft“ verhandelt und dennoch mit Arbeitskampfmaßnahmen droht, spricht viel dafür, dass ein solcher Arbeitskampf wegen Verstoßes gegen den arbeitskampfrechtlichen *ultima ratio* Grundsatz²⁹⁷ rechtswidrig wäre.

d) Begrenzung des Streikdrucks

Die Verhandlungsposition des Arbeitgebers angesichts der konzertierten Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter verbessert sich korrelierend zur „Resilienz“ des Betriebs gegenüber Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaft.²⁹⁸ Deswegen sollte der Arbeitgeber die Umsetzung von Maßnahmen zur Begrenzung des Streikdrucks erwägen.

aa) Umsetzung von „Streikbruchoptionen“

Während eines Arbeitskampfes zur Erzwingung des Tarifsozialplans können die, idealerweise im Vorfeld der Tarifauseinandersetzung vorbereiteten,²⁹⁹ „Streikbruchoptionen“ grundsätzlich ohne Beteiligung des Betriebsrats – und damit kurzfristig – umgesetzt werden. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁰⁰ sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen, insbesondere bei Einstellungen und Versetzungen des als „Streikbrecher“ eingesetzten Fremdpersonals, während des Arbeitskampfes suspendiert. Dies gilt grundsätzlich auch für Vorbereitungshandlungen des Arbeitgebers zur Beschränkung drohender Folgen einer bevorstehenden Arbeitsniederlegung.³⁰¹ Bei einer Personalrotation zwischen den Betrieben des Arbeitgebers hat der Betriebsrat des abgebenden Betriebs bei einer arbeitskampfbedingten Versetzung arbeitswilliger Arbeitnehmer in den bestreikten Betrieb nicht nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen, unabhängig davon, ob der abgebende Betrieb in den Arbeitskampf einbezogen ist oder nicht.³⁰²

bb) Streikbruchprämie

Der Arbeitgeber kann dem Streikdruck auch durch die Auslobung von Streikbruchprämien begegnen, also von Zulagen, die an Arbeitnehmer gezahlt werden, die sich nicht am Streik beteiligen. Solche Streikbruchprämien sind jedenfalls dann grundsätzlich zulässig,³⁰³

wenn sie vor Beginn oder während des Streiks ausgelobt werden. Auch unterliegt die Auslobung von Streikbruchprämien nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.³⁰⁴

cc) Arbeitskampfmaßnahmen des Arbeitgebers

Dem von einem Arbeitskampf betroffenen Arbeitgeber stehen darüber hinaus die anerkannten arbeitskampfrechtlichen Gegenmaßnahmen (Betriebsstilllegung³⁰⁵ und Abwehraussperrung³⁰⁶) zu Gebote. Diese Maßnahmen bezwecken im Kern eine bewusste Ausweitung des Kampfrahmens und eine Begrenzung des Lohnfortzahlungsriskos für arbeitswillige Arbeitnehmer. Weil damit letztlich auch die streikbedingte Disruption des Betriebs ausgeweitet wird, stellen diese arbeitskampfrechtlichen Mittel des Arbeitgebers in der Praxis der Auseinandersetzung um einen Tarifsozialplan indes meistens keine zielführenden Optionen dar.

e) Kommunikationsstrategie

Wichtiger Bestandteil einer Arbeitgeberstrategie in einem Tarifsozialplanszenario sollte auf jeden Fall auch die (pro) aktive Kommunikation des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern sein. Da es für die Umsetzung der Strategie des doppelten Sozialplans letztlich des Rückhalts in der Belegschaft bedarf, werden die Tarifsozialplanverhandlungen in der Regel von einer intensiven betriebsinternen Kampagnenführung der Arbeitnehmervertreter begleitet.³⁰⁷ Der Arbeitgeber muss dieser Kampagne nach Möglichkeit entgegenwirken, beispielsweise durch Erläuterung der Beweggründe für die Betriebsänderung, seiner Angebote in den Verhandlungen mit Betriebsrat und Gewerkschaft oder durch Aufzeigen der negativen Auswirkungen einer langwierigen Tarifauseinandersetzung für die Zukunftsfähigkeit des Arbeitgeberunternehmens. Idealerweise kann so die Motivation der Belegschaft gesenkt werden, die Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter mitzutragen.

V. Vertragliche Koppelung von Sozialplan und Tarifsozialplan

Die konzertierte Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter ist auf den Abschluss eines Tarifsozialplans neben dem betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan gerichtet. Wie dargelegt,³⁰⁸ handelt es sich dabei um rechtlich getrennte Regelungsebenen, zwischen denen grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3 TVG gilt.³⁰⁹ Um im

294 In diese Richtung auch *Willemsen*, in: *Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148d.

295 S. Teil I, III.2.

296 S. unten VI.

297 S. Teil I, III.1.c).

298 S. oben IV. 2.b).

299 S. oben IV.2.b)cc).

300 BAG, 20.3.2018 – 1 ABR 70/16, BB 2018, 3002; BAG, 13.12.2011 – 1 ABR 2/10, BAGE 140, 113; BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, BAGE 34, 331.

301 BAG, 20.3.2018 – 1 ABR 70/16, BB 2018, 3002, Rn. 39; kritisch hierzu offenbar *Linsenmaier*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 157.

302 BAG, 13.12.2011 – 1 ABR 2/10, BAGE 140, 113.

303 BAG, 14.8.2018 – 1 AZR 287/17, BAGE 163, 219, m. w. N.

304 *Walenta*, NZA 2021, 1762.

305 Hierzu *Linsenmaier*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 217 ff.

306 Hierzu *Linsenmaier*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG, Rn. 236.

307 S. Teil I, II.1.

308 S. Teil I, I.1.

309 *Däubler*, in: *Däubler/Klebe/Wedde, BetrVG*, 18. Aufl. 2022, §§ 112, 112a, Rn. 114.

Zusammenhang mit dieser Kombination Doppelansprüche auszuschließen oder einem exzessiven Gesamtvolumen der sich aus Sozialplan und Tarifsozialplan kumulativ ergebenden Ansprüche entgegenzuwirken, muss der Arbeitgeber auf jeden Fall – und unabhängig von seinem jeweiligen strategischen Ansatz³¹⁰ – darauf achten, die Ergebnisse der Sozialplanverhandlungen und der Tarifsozialplanverhandlungen durch die Aufnahme geeigneter vertraglicher Klauseln zu koppeln.

1. Anrechnungsklauseln

Um eine unsachgemäße Kumulation von Ansprüchen aus Sozialplan und Tarifsozialplan zu verhindern, sollte der Arbeitgeber unbedingt und von Beginn an verlangen, dass die Regelungen aus beiden Vereinbarungen gegeneinander angerechnet werden. Dies kann zum einen durch Aufnahme einer Regelung in dem betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan, wonach Tarifsozialplanansprüche auf Ansprüche aus dem Sozialplan angerechnet werden, erreicht werden.³¹¹ Zum anderen kann auch der Tarifsozialplan entsprechend die Regelung enthalten, wonach Ansprüche aus dem Sozialplan auf tarifliche Ansprüche angerechnet werden.³¹² Dabei muss beachtet werden, dass die Betriebsparteien und die Tarifvertragsparteien jeweils nur über Ansprüche aus Sozialplan³¹³ bzw. Tarifsozialplan disponieren können und somit nur bestimmen können, welche anderen Ansprüche auf die von ihnen jeweils begründeten Ansprüche angerechnet werden – und nicht umgekehrt.³¹⁴ Soweit der betriebsverfassungsrechtliche Sozialplan von einer Einigungsstelle beschlossen wird und eine Tarifsozialplanforderung im Raume steht, muss die Einigungsstelle eine möglichen Überkompensation der durch die Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile aufgrund zusätzlicher Leistungen aus dem Tarifsozialplan durch eine entsprechende Anrechnungsregelung vermeiden.³¹⁵

2. Anpassungsklauseln im betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan

In den Sozialplanverhandlungen mit dem Betriebsrat kann auch die Aufnahme einer Regelung über die Anpassung des betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplans im Hinblick auf einen zu erwartenden, später abzuschließenden Tarifsozialplan geeignet sein, eine Koppelung der Regelungsebenen zu erreichen. Ist zu erwarten, dass es durch die Kumulierung von Ansprüchen aus Sozialplan und Tarifsozialplan – auch nach einer Verrechnung derselben³¹⁶ – zu einer Gesamtkostenbelastung kommen kann, die die zur Finanzierung des Ausgleichs oder der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile für die Arbeitnehmer zur Verfügung stehenden Mittel des Arbeitgebers überschreitet, kann es sinnvoll sein, eine Nachverhandlungspflicht der Betriebsparteien über die Sozialplanleistungen vorzusehen. Eine solche Anpassungsklausel orientiert sich an der für vertragliche Dauerschuldverhältnisse geltenden Rechtsfigur einer Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Dass auch für einen Sozialplan grundsätzlich eine Anpassung aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage Anwendung findet, entspricht ständiger Rechtsprechung des BAG.³¹⁷ Diejenige Betriebspartei, die sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft, hat gegenüber der anderen einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen über die Anpassung des Sozialplans. Verweigert der andere Betriebspartner eine solche Anpassung oder kommt es nicht zum Einvernehmen darüber, kann die sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufende Betriebspartei die Einigungsstelle anrufen,

die verbindlich entscheidet.³¹⁸ Dies gilt, so das BAG,³¹⁹ ausdrücklich auch insoweit, als die zur Dotierung des Sozialplans zur Verfügung stehenden Finanzmittel durch Entwicklungen außerhalb des Einflussbereichs der Betriebsparteien beeinträchtigt werden. Dies entspricht dem gesetzlichen Grundsatz, dass die Regelungskompetenz der Betriebsparteien bei der Festlegung von Sozialplanregelungen nicht durch tarifliche Regelungen beschränkt wird (§ 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG). Insbesondere können die Betriebsparteien über die betrieblichen Sozialplanleistungen disponierende Regelungen für den Fall eines Tarifsozialplans treffen, wie sich aus der Rechtsprechung³²⁰ zur Zulässigkeit der oben dargelegten Anrechnungsklauseln ergibt. Entscheidet letztlich eine Einigungsstelle über die Anpassung des Sozialplans, kann diese die im Raume stehende Tarifsozialplanforderung unter dem Gesichtspunkt der Überkompensation wirtschaftlicher Nachteile der Betriebsänderung für die Arbeitnehmer nicht unbeachtet lassen.³²¹

In der Praxis führt eine vom Arbeitgeber vorgeschlagene Anpassungsklausel im betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan mitunter zu heftigen Reaktionen, insbesondere seitens der auf Wunsch des Betriebsrats zu den Beratungen gemäß §§ 111 ff. BetrVG hinzugezogenen Gewerkschaftsvertreter. Die insoweit bisweilen vorgebrachten rechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Anpassungsklausel sind jedoch in der Regel unbegründet. Insbesondere gilt dies für die mitunter anzutreffende Behauptung, durch eine Anpassungsklausel werde gegen die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit verstoßen. Hierfür wäre es erforderlich, dass durch die Anpassungsklausel auf die nichtorganisierten Arbeitnehmer ein unzulässiger Zwang zum Eintritt in die Gewerkschaft ausgeübt würde.³²² Für einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit reicht es nicht aus, dass aus einer kollektivrechtlichen Regelung ein bloßer Anreiz zum Eintritt in die Gewerkschaft ausgeht. Diese Grundsätze liegen der gefestigten Rechtsprechung³²³ zu tariflichen Differenzierungsklauseln zugrunde. Aus der Anpassungsklausel ergibt sich kein Zwang, in die Gewerkschaft einzutreten. Wenn die Betriebsparteien, wie in der Anpassungsklausel vorgesehen, für den Fall einer Tarifsozialplanregelung ein betriebsverfassungsrechtlich vorgesehenes Verfahren zur Anpassung des Sozialplans verabreden, ist das im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit nicht zu beanstanden.³²⁴ Selbst ein – verfassungsrechtlich unbedenklicher – Anreiz zum Gewerkschaftseintritt, dürfte nicht größer sein, als wenn die Anpassungsklausel nicht im So-

310 S. oben IV.3.

311 BAG, 14.11.2006 – 1 AZR 40/06, BB 2007, 218; *Däubler*, in: *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG, 18. Aufl. 2022, §§ 112, 112a, Rn. 116.

312 *Röder/Günther/Winzer*, Interessenausgleich und Sozialplan, 6. Aufl. 2024, Kap. 1, Rn. 140.

313 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 112, 112a, Rn. 183.

314 *Lunk*, ArbRB 2007, 25; *Ubber*, in: *Dahl*, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 42.

315 *Oetker/Schubert*, in: *GK BetrVG*, 12. Aufl. 2022, § 112a, Rn. 150; *Löwisch/Kaiser/Klump*, BetrVG, 2022, § 112, Rz. 83. *Ubber*, in: *Dahl*, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 44 m. w. N.

316 S. oben V.1.

317 BAG, 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, BB 1995, 1240; BAG, 28.8.1996 – 10 AZR 886/95, BB 1996, 2624.

318 *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 32. Aufl. 2024, § 112, 112a, Rn. 219, 285.

319 BAG, 10.8.1994 – 10 ABR 61/93, BB 1995, 1240.

320 BAG, 14.11.2006 – 1 AZR 40/06, BB 2007, 218.

321 S. oben V.1.

322 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202.

323 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202; s. Teil I, III.2.

324 Aus den gleichen Gründen kommt auch ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG, zu dessen Schutzbereich auch die negative Koalitionsfreiheit gehört, nicht in Betracht.

zialplan aufgenommen wird. Denn letztlich kann ein Tarifsozialplan ohnehin nur für Gewerkschaftsmitglieder normative Geltung entfalten.³²⁵ Soweit Arbeitnehmer, über den Sozialplan hinaus, an möglicherweise zusätzlichen Leistungen eines Tarifsozialplans unmittelbar teilhaben wollen, besteht grundsätzlich also ein faktischer Zwang zum vorherigen Eintritt in die Gewerkschaft.

VI. Erstreckungsvereinbarungen

Da ein Tarifsozialplan nur für diejenigen Arbeitnehmer gilt, die entweder als Gewerkschaftsmitglieder unmittelbar tarifgebunden oder durch insoweit ausreichende arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln³²⁶ mittelbar tarifbetroffen sind, kann ein betriebspolitisches Interesse³²⁷ des Arbeitgebers daran bestehen, den Tarifsozialplaninhalt auf alle Arbeitnehmer des Betriebs zu erstrecken. In der besonderen Verhandlungssituation über einen Tarifsozialplan im Zusammenhang mit einem betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan, kann der Arbeitgeber durch eine Erstreckung der Tarifsozialplanregelungen aber auch dem Interesse der Gewerkschaft an der Rekrutierung neuer Mitglieder und an einer Sicherstellung bzw. Erhöhung der Streikmotivation in der Belegschaft durch die Forderung von exklusiven Tarifsozialplanleistungen für Gewerkschaftsmitglieder entgegenwirken.³²⁸ Die Erstreckung der Tarifsozialplaninhalte auf alle Arbeitnehmer des Betriebs³²⁹ kann grundsätzlich durch Bezugnahme auf die Tarifsozialplanregelungen in dem betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan erreicht werden,³³⁰ für den gemäß § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG die Tarifsperrung des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht gilt. Diese Bezugnahme kann auch so ausgestaltet werden, dass die Betriebsparteien wegen ihr verabreden, von der Aufstellung eines gesonderten Sozialplans ganz abzusehen.³³¹ Eine Bezugnahme des Tarifsozialplans in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung ist wegen § 77 Abs. 3 2 BetrVG indes nur möglich, wenn der Tarifvertrag dies ausdrücklich zulässt.³³² Bei der Bezugnahme auf den Tarifsozialplan ist allerdings dann Vorsicht geboten, wenn dieser (zulässige) tarifliche Differenzierungsklauseln³³³ enthält. Denn für den betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplan, ebenso wie für eine freiwillige Betriebsvereinbarung, gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 Abs. 1 BetrVG, sodass für eine Differenzierung zwischen Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmergruppen durch die Betriebsparteien engere Maßstäbe gelten als für die Tarifvertragsparteien.³³⁴ Die mit einer Erstreckungsvereinbarung verfolgten Ziele kann der Arbeitgeber schließlich auch durch entsprechende individuelle Vereinbarungen,³³⁵ einschließlich einer einzelvertraglichen Bezugnahme auf den Tarifsozialplan, mit nicht organisierten Arbeitnehmern erreichen. § 4 Abs. 3 TVG kann dem nicht entgegenstehen, weil Normadressaten des Tarifvertrags nur die tarifgebundenen Arbeitnehmer sind.³³⁶

VII. Fazit

Im Zusammenhang mit einer geplanten Betriebsänderung muss der Arbeitgeber sich darauf einstellen, dass der Abschluss eines Tarifsozialplans neben dem betriebsverfassungsrechtlich erforderlichen Sozialplan gefordert und gegebenenfalls durch Arbeitskämpfmaßnahmen erzwungen wird. Der Arbeitgeber muss zudem davon ausgehen, dass sich Gewerkschaft und Betriebsrat im Rahmen einer konzertierten Doppelstrategie in der Regel eng abstimmen und so die rechtlich an sich getrennten Regelungsebenen des betriebsverfassungsrechtli-

chen Mitbestimmungsverfahrens und der tarifautonomen Tarifsozialplanforderung koppeln. Die betrieblichen und gewerkschaftlichen Arbeitnehmervertreter können sich dabei in einem von der Rechtsprechung weit abgesteckten rechtlichen Rahmen bewegen. Auch eine faktisch mit der Doppelstrategie einhergehende „Zangenwirkung“ für den Arbeitgeber ist vom BAG ausdrücklich abgesegnet worden. Doch ist der Arbeitgeber dieser „Zangenwirkung“ nicht schutzlos ausgesetzt. So bestehen nach wie vor rechtliche Grenzen für die Gewerkschaft, den Betriebsrat und seine Mitglieder – und damit auch für die Umsetzung der Doppelstrategie der Arbeitnehmervertreter. Auch bieten sich dem Arbeitgeber eine Reihe von präventiven, strategischen und vertraglichen Handlungsoptionen, um den aus der Strategie des „Doppelten Sozialplans“ resultierenden Druck in der Praxis abzuschwächen oder aufzuheben. Dem Arbeitgeber ist zu raten, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände seines Unternehmens bzw. Betriebs, aus diesen Handlungsoptionen eine im Einzelfall geeignete konsistente Gegenstrategie zu entwickeln und diese beherzt umzusetzen.

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M., RA/FAArbR, ist Partner der Rechtsanwaltssozietät Mayer Brown LLP. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, dem Kollektivarbeitsrecht, der Gesamtvergütungsgestaltung sowie der arbeitsrechtlichen Compliance, einschließlich des Beschäftigtendatenschutzes.



325 S. unten VI.

326 Dazu *Wiedeman*, TVG, 9. Aufl. 2023, § 3, Rn. 298 ff.; *Bayreuther*, NZA 2010, 378 ff.; *Kuhn/Willemsen*, NZA 2012, 593 ff., Fn. 14, 16.

327 *Ubber*, in: *Dahl*, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, 2021, Abschn. 1 – Perspektive Arbeitgeber, Rn. 8.

328 S. oben IV.3.c).

329 Mit Ausnahme der leitenden Angestellten gemäß § 5 III BetrVG.

330 BAG, 12.4.2011 – 1 AZR 505/09, juris.

331 BAG, 13.4.2016 – 4 AZR 8/14, juris.

332 *Willemsen*, in: *Willemsen u. a.*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 6. Aufl. 2021, B, Rn. 148e; zu eng insofern *Däubler* in: *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG, 18. Aufl. 2022, §§ 112, 112a, Rn. 114.

333 S. Teil I, III.2.

334 *Däubler*, in: *Däubler/Klebe/Wedde*, BetrVG, 18. Aufl. 2022, §§ 112, 112a, Rn. 114; insofern differenzierend *Kuhn/Willemsen*, NZA 2012, 593 ff.

335 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43; BVerfG, 14.11.2008 – 1 BvR 1278/16, BB 2019, 448; zur AGB-rechtlichen Problematik in diesem Zusammenhang *Kuhn/Willemsen*, NZA 2012, 593 ff.

336 *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl. 2024, § 4 TVG, Rn. 5.

MAYER | BROWN

DELIVERING EXCELLENCE

Neue Mainzer Str. 32-36
60311 Frankfurt am Main
+49 69 7941 0

Königsallee 61
40215 Düsseldorf
+49 211 86224 0

mayerbrown.com
Americas | Asia | EMEA

